

El orden público interno, europeo e internacional civil

Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado

José Carlos Fernández Rozas

Núria Bouza Vidal

Juan José Álvarez Rubio

Estelle Gallant

Santiago Álvarez González

Ana Quiñones Escámez

Esther Farnós Amorós

Mònica Vinaixa Miquel

Albert Font i Segura

Jonathan Fitchen

Presentación

Los compañeros, amigos y discípulos de la profesora Núria Bouza le dedicamos un acto académico, los días 10 y 11 de diciembre de 2015, con ocasión de su jubilación administrativa en la Universitat Pompeu Fabra. El acto tuvo la virtud de aunar a juristas de distintas disciplinas y de distintas procedencias, y también a generaciones diversas. El tema de reflexión que agrupó todos los trabajos fue “El orden público (interno, europeo o internacional) en el ámbito civil”. Se trabajó tanto la vertiente patrimonial como el derecho de familia y sucesiones. Fue a petición nuestra, que la Dra. Núria Bouza se avino a participar, como un ponente más, en los temas de derecho patrimonial del acto académico. Una vez más, aprendimos con sus siempre renovadas reflexiones.

Los temas de derecho patrimonial (Orden público y arbitraje, contratos y responsabilidad extra-contractual) tuvieron como ponentes a los profesores: José Carlos Fernández Rozas, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid; “Orden público y contratos; Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho Internacional Privado; Sixto Sánchez Lorenzo, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada y Juan José Álvarez Rubio, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad del País Vasco.

Los temas de derecho de familia (multiculturalidad, matrimonio y filiación) tuvieron como ponentes a los profesores: Marie Claire Foblets, directora del Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung y Professor de la Katholieke Universiteit Leuven; Françoise Monéger, Ancien conseiller de la Cour de cassation y Professeur honoraire des universités; Santiago Álvarez González, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Santiago de Compostela; Esther Farnós Amorós, profesora ayudante de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra y Ana Quiñones Escámez, catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universitat Pompeu Fabra.

Los temas relativos a los nuevos reglamentos de la Unión Europea en materia de familia (régimenes matrimoniales y Sucesiones) estuvieron a cargo de los profesores: Anatol Dutta, Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung de la Universität Regensburg; Mónica Vinaixa Miquel, profesora visitante de Derecho Internacional Privado de la Universitat Pompeu Fabra; Walter Pintens, Professor Emeritus de la Katholieke Universiteit Leuven; Albert Font i Segura, profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universitat Pompeu Fabra, y Jonathan Fitchen, Senior Lecturer de la University of Aberdeen, y Jayne Holliday, Research PG de la University of Aberdeen.

Quisiera aprovechar la ocasión para volver a agradecer el apoyo de la Facultad (especialmente el de su entonces decano Josep M^a Vilajosana Rubio, que dio la bienvenida), del Departamento de Derecho (y en especial el apoyo de su entonces director Alejandro Saiz Arnaiz, que cerró el acto) y a los profesores del Área de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra (y en especial del Josep Ferrer i Riba, catedrático de derecho civil, co-organizador del acto) y a los profesores de otras Universidades que moderaron y

enriquecieron el debate (Alegría Borrás Rodríguez, catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universitat de Barcelona, Blanca Vilà Costa, catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universitat Autònoma de Barcelona, Joaquín Forner Delaygua, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universitat de Barcelona y Miquel Gardeñes Santiago, profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universitat Autònoma de Barcelona), y a la Dra. Marian Gili Saldaña, profesora de derecho civil, por su tan eficaz ayuda en las tareas logísticas.

En este número de InDret se publican algunos de los trabajos presentados en aquel acto y a los que el lector tendrá acceso directo a través del correspondiente enlace.

Ana Quiñones Escámez

Sumario

- José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, "El orden público del árbitro en el arbitraje comercial internacional"
- Núria BOUZA VIDAL, "La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo"
- Juan José ÁLVAREZ RUBIO, "Responsabilidad por daños al medio marino: cauces de actuación procesal internacional"
- Estelle GALLANT, "Contrats nuptiaux internationaux et anticipation des conséquences financières du divorce : ¿quel ordre public?"
- Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Gestación por sustitución y orden público"
- Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, "El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a ley (Método del reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)"
- Esther FARNÓS AMORÓS, "¿Deben los donantes de gametos permanecer en el anonimato?"
- Mònica VINAIXA MIQUEL, "La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)"
- Albert FONT I SEGURA, "La delimitación de la excepción de orden público y del fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria"
- Jonathan FITCHEN, "Public Policy in Succession Authentic Instruments: Articles 59 and 60 of the European Succession Regulation"

El orden público del árbitro en el arbitraje comercial internacional

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Complutense de Madrid

Abstract

Party autonomy in international commercial arbitration is the most compelling reason for the contracting parties to enter into arbitration agreement, rather than opting for litigation. However, arbitration functionalities may be hindered by several factors, one of which is arbitrability and public policy. The concept of public policy exists in almost all legal systems. Yet, it is one of the most elusive concepts in law given the contradictory case law and convoluted literature. The scope of public order is more than a mere tool of judicial review, upon completion of the proceedings before the arbitrators. It is manifested throughout the arbitration process which influence the determination of competence of arbitrators, in the substantiation of the arbitration proceedings and in determining the law applicable to the arbitration agreement, leading to a sort of “public order of the arbitrator”. Consequently, the appreciation of public policy does not relate exclusively to the judges. The arbitrators are as competent as the judges to inquire about the content of the underlying public policy of a particular law, regulation or in an arbitration practice.

La autonomía de las partes en el arbitraje comercial internacional es una razón convincente para que adopten un convenio de arbitraje, en vez de optar por un litigio jurisdiccional. Sin embargo, la labor de los árbitros pueden verse obstaculizada por varios factores, en concreto, la arbitrabilidad y el orden público. La noción de orden público existe en casi todos los sistemas jurídicos, sin embargo, es uno de los conceptos jurídicos de mayor dificultad de precisión debido a la diversidad de la práctica y de la doctrina en la materia. El alcance del orden público es algo más que un mero utensilio del control judicial, una vez finalizado el proceso ante los árbitros. Se exterioriza a lo largo del proceso arbitral repercutiendo en la determinación de la competencia de los árbitros, en la sustanciación de las actuaciones arbitrales y en la determinación del Derecho aplicable al convenio arbitral, dando lugar a una suerte de “orden público del árbitro”. Por consiguiente, la apreciación del orden público no atañe exclusivamente a los jueces. Los árbitros son tan competentes como éstos últimos para indagar en torno al contenido del orden público subyacente de una determinada ley, en un reglamento o en una práctica arbitral.

Title: The Public Policy of Arbitrator in the International Commercial Arbitration

Palabras clave: Arbitraje comercial internacional, arbitrabilidad, orden público, corrupción

Keywords: International arbitration, Arbitrability, Public Policy, Corruption

Sumario

1. El orden público en la fase preliminar del arbitraje
2. Cuestiones de delimitación
 - 2.1. Arbitrabilidad objetiva y orden público
 - 2.2. Configuración de una categoría autónoma
 - 2.3. Foros de competencia exclusiva y arbitrabilidad
3. Orden público y validez del convenio arbitral
 - 3.1. Patología del convenio arbitral
 - 3.2. Orden público y principio de separabilidad
 - 3.3. Arbitrabilidad en los litigios con indicios de cohecho y corrupción
4. Orden público y sustanciación del proceso arbitral
 - 4.1. Ámbito de los poderes de los árbitros
 - 4.2. Presencia de los principios rectores del proceso arbitral
5. Aplicación del orden público por los árbitros
 - 5.1. Orden público y Derecho aplicable
 - 5.2. Arbitrabilidad de controversias afectadas por normas imperativas
6. Bibliografía

1. El orden público en la fase preliminar del arbitraje

En el Derecho de los negocios internacionales prácticamente todos los conflictos pueden ser sometidos al arbitraje; sin embargo, las normativas estatales establecen las materias o los contenciosos que configuran este proceso. Estas limitaciones obedecen en gran parte a que el Estado considera que existen cuestiones cuya decisión puede afectar al orden público¹. La delimitación del orden público en el arbitraje comercial internacional sigue siendo objeto de un controvertido debate en función, especialmente, del diferente enfoque adoptado por los tribunales nacionales, sobre todo una vez que el laudo arbitral ha sido pronunciado². Aunque con el tiempo las leyes y prácticas de arbitraje han tratado de armonizar su contenido, para que las partes puedan beneficiarse de una noción universalmente aceptada, persiste un marcado particularismo que convierte esta tarea en algo inacabado³. En la actualidad, el orden público se erige como un instrumento importante en las manos de los jueces con una repercusión sensible en el proceso de arbitraje⁴. Pero no debe perderse de vista que desde la perspectiva internacional posee una dimensión polivalente que es consecuencia de su presencia en ámbitos muy diversos de la institución arbitral.

Esgrimido con insistencia como un instrumento delimitador de dicha institución respecto de la justicia estatal, el orden público se ha caracterizado, en verdad, por la defensa de la soberanía del Estado. Pero su alcance va mucho más allá de un mero utensilio del control judicial, una vez finalizado el proceso ante los árbitros. Se presenta como una noción multifuncional con manifestaciones variadas. Ciertamente, su ámbito principal de actuación se localiza en la fase post arbitral (anulación⁵ y ejecución⁶), al operar como un dispositivo del control jurisdiccional del laudo por parte del juez, influyendo incluso de manera indeseable, en ciertos sistemas, en la fase de ejecución del laudo arbitral⁷. Pero

1 GHODOOSI (2106 a, pp. 685-736 y 2016 b, pp. 34 ss).

2 KERR (1985, pp. 1-24).

3 BOUZA VIDAL (2009, p. 49).

4 SCHLOSSER (1997, pp. 81-96); RACINE (1999, pp. 436 ss); ARFAZADEH (2005); BÖCKSTIEGEL (2008, pp. 123 ss); RADICATI DI BROZOLO (2006, pp. 629 ss).

5 FERNÁNDEZ ROZAS (2015 b, pp. 823-852).

6 Recomendaciones de la ILA (2002), *Arb. Int'l.*, vol. 19, nº 2, 2003, pp. 217 ss <file:///C:/Users/user/Downloads/international_commercial_arbitration_2002%20(1).pdf>.

7 Así se expresó cierta jurisprudencia española, afortunadamente minoritaria. En concreto, el AAP Madrid 14ª 9 de mayo de 2005 (AC 2005\1233) confirmó la denegación del despacho de la ejecución del laudo dictado en un arbitraje administrado por una institución de arbitraje con el solo argumento de que el laudo es contrario al orden público por falta de imparcialidad de los árbitros, señalando que “la asociación administradora del arbitraje juzga a través de sus árbitros contratos que ella misma ha confeccionado a instancia de sus clientes más poderosos”. La propia AP de Madrid afirmó que “entendemos que el Juzgado, como presupuestos procesales, debe vigilar su competencia funcional y territorial y la legitimación de las partes en función del convenio suscrito y del laudo recaído (...). Asimismo entendemos igualmente que podrá denegar la ejecución cuando el contenido sea contrario al orden público, entendido

también se exterioriza y mediatiza a lo largo del proceso arbitral repercutiendo en la determinación de la competencia de los árbitros, en la sustanciación de las actuaciones arbitrales y en la determinación del Derecho aplicable al convenio arbitral, dando lugar a una suerte de “orden público del árbitro”. Al lado del orden público del juez, donde la distinción entre orden público interno y orden público internacional despliega toda su eficacia, está el orden público del árbitro⁸, cuya presencia es indubitada en la práctica arbitral internacional, como una la manifestación de un consenso generalmente aceptado⁹, pero cuya delimitación y eficacia ofrece enorme complejidad. Lo que se ha venido en llamar “orden público transnacional” condiciona decisivamente la actividad de los árbitros y las partes deben tenerlo muy presente a lo largo de sus actuaciones en la controversia¹⁰. Esta última cuestión fue abordada por primera vez en nuestro país por la profesora Nuria Bouza Vidal¹¹, con su habitual buen hacer.

Por consiguiente, al estar el papel de los árbitros inextricablemente vinculado a la propia conceptualización de la institución arbitral, la consideración del orden público no atañe exclusivamente a los jueces. Los árbitros son tan competentes como éstos últimos para indagar en torno al contenido del orden público subyacente de una determinada ley, en un reglamento o en una práctica arbitral¹². Y, desde una perspectiva internacional, si se considera que existe un “orden jurídico arbitral” de carácter transfronterizo, el árbitro podría ser requerido por principios y normas dimanantes de un orden público

siempre desde la perspectiva de la Constitución...” (SSAP Madrid 14^a 5 noviembre 2004, VERDERA, FERNÁNDEZ ROZAS, BENEYTO y STAMPA, *Jurisprudencia española de arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España* –en adelante JEA–, n^o 719). *Vid.*, en la misma dirección, SSAP Madrid 18^a 15 octubre 2007, 20^a 31 enero 2011, *ibíd.*, n^o 724; 20^a 31 enero 2011, *ibíd.*, n^o 725).

8 BELOHLAVEK (2009, p. 1137).

9 Como puso de relieve la Resolución del *Institut de Droit International* de Santiago de Compostela de 1987 “*En aucun cas un arbitre ne doit méconnaître les principes d’ordre public international sur lesquels un large consensus s’est formé dans la communauté internationale*” [http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_01_fr.PDF].

10 MATRAY (1982, p. 241), LALIVE (1986, pp. 329 ss); KAHN (1989, pp. 305 ss); HASCHER (1999, p. 64); GAILLARD (2007 a, pp. 178-179 y 2010, pp. 891-907); (BUCHER (2009, p. 207). *Vid.*, en Canadá, Sentencia de la *Cour d’appel* de Québec de 31 marzo 2003 (*Air France v. Libyan Arab Airlines*) [<https://www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/AF.pdf>]; *Jour. dr. int.*, 2004, n^o 1, pp. 89 ss; *ASA Bull.*, 2003, pp. 630 ss y nota de P. PINSOLLE; SCHERER (2005, p. 110)] ; en Francia, la Sentencia de la *Cour de cassation* de 26 junio 2013 [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027633051>].

11 BOUZA VIDAL (2000, pp. 371–394).

12 PAULSSON (2013, pp. 134–135); GAILLARD, 2007 b, p. 717 : “*Tout le mouvement de faveur à l’arbitrage qui a conduit à considérer, dans les Etats favorables à l’institution, comme arbitrable l’essentiel des litiges de nature patrimoniale repose sur l’idée qu’il y a lieu de faire confiance, au moins dans un premier temps, à l’arbitre pour faire respecter les exigences de l’ordre public international, celui-ci statuant sous le contrôle ultérieur du juge de l’annulation ou de l’exécution*”.

verdaderamente transnacional¹³. Bien entendido que, como afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de los EE UU de 27 abril 2010 (*Stolt-Nielsen S. A. v. Animal Feeds Int'l Corp.*¹⁴): “*task of an arbitrator is to interpret and enforce a contract, not to make public policy*”. Es más, si no aplica correctamente el alcance del orden público, su decisión podría ser anulada en el trámite oportuno. Dicho en otros términos, aunque los árbitros no están investidos por el Estado para ser guardianes del orden público o de las normas materiales imperativas, deben efectuar necesariamente esta función para la propia supervivencia de arbitraje internacional como mecanismo esencial en la resolución de las controversias transfronterizas¹⁵.

Nunca extinguido, en los últimos tiempos se ha reanudado el debate en torno al papel del orden público y a su impacto en el sistema de resolución alternativa de conflictos desarrollado en un mundo cada vez más globalizado. De una parte, la conceptualización de tal debate determina, esencialmente, el papel de árbitros a medida que surgen estas cuestiones durante el proceso; pero no debe olvidarse que son los árbitros quienes han elaborado la arquitectura del arbitraje comercial internacional y que en dicho mecanismo figura como una de sus piezas maestras la consideración de las cuestiones de orden público; el papel de la “jurisprudencia arbitral” ha sido decisiva a este respecto; baste observar que ha perfilado sus efectos en materias tan importantes como el soborno y la corrupción, la evasión de impuestos y lavado de dinero¹⁶. De otra parte, el alcance de la autoridad otorgada a los jueces y tribunales nacionales en la aplicación de la noción ha demostrado ser, en ocasiones, altamente discrecional¹⁷; discutir acerca de cada una de estas dimensiones requiere un análisis separado y el presente estudio nos centraremos en la primera.

2. Cuestiones de delimitación

2.1. Arbitrabilidad objetiva y orden público

Salvo las cuestiones derivadas de ciertas situaciones patológicas, las relativas a la arbitrabilidad asumen, por lo general, un carácter menos ambiguo en el marco estrictamente comercial respecto de otros ámbitos del Derecho privado. Es muy habitual vincular la arbitrabilidad con la noción de orden público en el sentido de que resulta inarbitrable todo aquello que contraviene dicho principio. Siendo la arbitrabilidad un elemento predicable de cada Estado en particular (*v.gr.*, art. 2 LA/2003), suele aparecer bajo

13 LALIVE (1986, pp. 329 ss); GAILLARD (2010, pp. 891-907).

14 [559 U.S. ___ (2010) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/08-1198/opinion.html>>]. “

15 MAYER (1986, p. 274).

16 ROGERS (2007, pp. 370-371).

17 FERNÁNDEZ ROZAS (2015 b, pp. 1-9).

la forma de normas no dispositivas o principios de orden público¹⁸. Son sin embargo dos nociones que poseen autonomía propia. Es cierto que muchos ligios no son susceptibles de arbitraje por motivos de orden público, pero no es menos cierto que existen materias inarbitrables que no contrarían a dicha noción, por ejemplo, porque no reúnen ciertos requisitos de patrimonialidad, disponibilidad, o porque están sometidas a una determinada jurisdicción¹⁹. En una primera aproximación puede afirmarse que la arbitrabilidad hace referencia a la legalidad de un acuerdo de arbitraje, esto es, para que dicho acuerdo despliegue sus efectos no basta que se produzca el consentimiento válido de las partes, sino que su objeto debe ser susceptible de ser resuelto mediante arbitraje; emerge, pues, como una condición legal de la validez del convenio arbitral²⁰ y, por consiguiente, de la competencia de los árbitros. Por el contrario, el orden público se refiere a las leyes o los parámetros que el contrato pudiera infringir²¹. En este sentido, la noción no opera necesariamente como fundamento de inarbitrabilidad de las materias litigiosas, sino como un límite del poder de decisión de los árbitros que se convierten de esta suerte en auténticos guardianes del orden público²².

El orden público se ha utilizado con frecuencia como una frontera infranqueable a la arbitrabilidad; mas su ámbito de aplicación ha evolucionado, sobre todo a nivel internacional, no actuando en todos los supuestos como un límite a la misma, sino como un freno al poder de los árbitros, de tal forma que se desplaza el control desde la fase inicial

18 REQUEJO ISIDRO (1995, p. 71).

19 PAMBOUKOS (2009, pp. 121-142); PROL (2016, pp. 807-816).

20 Algunos autores en vez de arbitrabilidad prefieren hablar de “restricción a la libertad contractual de las partes” (LEVEL, 1992, p. 213).

21 BÖCKSTIEGEL (1987, p. 181). En Argentina se suscitó la arbitrabilidad de una materia comprendida en una normativa de orden público, con referencia a la legislación de emergencia promulgada a partir de enero de 2002 con motivo de la crisis sistémica que afectó al país. En el laudo arbitral parcial CCI en el asunto 4604/1985, el árbitro J.C. Rivera resaltó en su voto que el hecho que la norma fuese de orden público no impedía que las partes pudieran transar o renunciar a los derechos patrimoniales que emergen de dicha legislación. En su opinión la accionante hubiera podido sin duda renunciar a los derechos patrimoniales que, en su opinión, emanan de la legislación de emergencia, sin que por ello se violase el orden público (de la misma forma que un deudor cuyo crédito fue pesificado por el Decreto 214/2002, podía pagar el monto original del crédito en dólares o agregar el Coeficiente de Estabilización de Referencia, si así lo desea). De acuerdo con la opinión de este árbitro, “(e)sto implica caer en una confusión entre la aplicación por el árbitro de normas de orden público e imposibilidad de someter a arbitraje el litigio que debe resolverse por normas de orden público. El tema no es novedoso en el ámbito en que se desarrolla este arbitraje, y ha sido materia de análisis doctrinario y de varios laudos dictados en arbitrajes según el Reglamento de Arbitraje de la CCI, lo cual fue disipando, paso a paso, tal confusión. Así concluir que el hecho de que una cuestión entre partes esté sometida a reglas de orden público –como las normas sobre concurrencia del Tratado de Roma– no excluye el arbitraje, aunque constriñe al árbitro a aplicar tales normas de orden público”. *Vid.* Laudo CCI n° 4604/1985, *Collection of ICC Arbitral Awards* (1974-1985), S. JARVIN e Y. DERAÏNS (eds.), ICC Publication n° 433, 1990 –en adelante *Collection of ICC I-*, p. 550. RIVERA (2006, p. 213 y 2008, pp. 266-267).

22 PERALES VISCASILLAS (2005, p. 24)

del arbitraje a la fase final, esto es, al recurso de anulación o al reconocimiento y la ejecución del laudo. Que una cuestión se considere de orden público o de interés general no debería ser un obstáculo a la arbitrabilidad de la materia. Cosa distinta es que la no arbitrabilidad por razones de orden público deba ser analizada con minuciosidad, ya que el orden público es un concepto jurídico indeterminado²³ que no sufre alteración alguna por el hecho de que la controversia de tipo comercial se resuelva por arbitraje y, en caso de existir una perturbación sobre la misma, a través de los tribunales ordinarios²⁴.

No es, pues, suficiente determinar que una cuestión es arbitrable para poner en marcha el proceso arbitral. Dentro de la misión del árbitro se incluye la necesidad de indagar si el litigio es contrario al orden público, o si está afectado por esta noción para condicionar sus actuaciones posteriores, y aunque la competencia del árbitro en esta materia fue discutida en el pasado, en la actualidad es algo totalmente aceptado, tanto más cuando existe el control posterior del juez. Se habla incluso de un postulado favorable a la arbitrabilidad de lo establecido en la cláusula de arbitraje²⁵. La Sentencia del Tribunal Supremo de los EE UU de 20 junio 1960 (*Steelworkers v. Warrior & Gulf Co.*) afirmó al respecto que

“... an order to arbitrate the particular grievance should not be denied unless it may be said with positive assurance that the arbitration clause is not susceptible of an interpretation that covers the asserted dispute; and doubts should be resolved in favor of coverage”²⁶.

En la valoración debe tenerse muy presente el carácter interno o internacional de la materia objeto de arbitraje. Y, si nos hallamos ante un arbitraje internacional, el *favor arbitrandum* adquiere una extensión mayor en el sentido de que en caso de duda ante la arbitrabilidad de la controversia por razones de orden público interno la excepción no debe, en principio, prosperar²⁷. Pero no es un tema totalmente pacífico en la doctrina, pues a medida que la arbitrabilidad se extiende en determinados sistemas en otros el orden público sigue manifestándose con toda su amplitud y, con ello, es verosímil una deslocalización del arbitraje con fines fraudulentos²⁸.

23 PERELMAN (1984, pp. 363-374).

24 FADLALLAH (1994, p.416).

25 HOELLERING (1985-1986, pp. 125-126).

26 [363 U.S. 574 (1960) < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/363/574/case.html>>]. Esta tendencia favorable a la arbitrabilidad de la cláusula figura en la Sentencia del Tribunal Supremo de California de 29 diciembre 1983 (*Ericksen, Arbuthnot, McCarthy, Kearney & Walsh, Inc. v. 100 Oak Street*) [141 Cal. App. 3d 971, 190 Cal. Rptr. 625 (1983), rev'd, 197 Cal. Rptr. 581, 673 P.2d 251 (Cal. 1983) <<http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/35/312.html>>].

27 HANOTIAU (1994, p. 927).

28 SEVER (1991, pp. 1661 ss).

Las hipótesis más frecuentes de esta situación se producen cuando los árbitros deben resolver cuestiones vinculadas a la aplicación y a la interpretación de un contrato ilícito respecto del cual una de las partes solicita su ejecución²⁹. En tal caso, pese al carácter arbitrable de la materia, el tribunal arbitral no podrá conocer del asunto por los problemas inherentes al propio litigio.

La arbitrabilidad *ratione materiae*, es decir, que el objeto de la controversia sea o no sea susceptible de ser sometido al proceso arbitral, figura en algunas legislaciones en el mismo capítulo donde también se inserta el orden público, como causales para que el juez competente compruebe si el laudo debe ser anulado, o reconocido y ejecutado si proviene del extranjero; sin embargo, debe tenerse presente que las normas jurídicas que restringen la arbitrabilidad no son necesariamente de orden público, pues en ocasiones derivan de normas de Derecho privado del Estado requerido³⁰. El árbitro que ha de enfrentarse a una cuestión de arbitrabilidad debe determinar previamente si posee una base competencial para resolver la controversia, jugando el recurso al orden público un papel importante en la determinación del ámbito material del arbitraje y en la posibilidad de excluir del mismo determinadas cuestiones y restringiendo con ello el ámbito de la libertad contractual. Cosa distinta es que eluda en el laudo la cuestión de la arbitrabilidad en determinados ámbitos materiales influenciados por el orden público, como el Derecho de la competencia³¹.

Al regular el alcance del acuerdo de arbitraje los redactores del art. II.1º del Convenio de Nueva York de 1958 (al igual que los del art. I.1º.a del Convenio de Ginebra de 1961) se guardaron muy cuidadosamente de pronunciarse en torno a la noción de "arbitrabilidad", limitándose a referirse sin mayor precisión a las controversias que "puedan ser resueltas por medio de arbitraje". Se consideró que tal precisión no era procedente pues la noción de "arbitrabilidad" al igual que la de "orden público", posee un talante cambiante en el tiempo y en el espacio y que era más adecuado estar al proceso evolutivo de la noción y no caer en el error de congelar esta para el futuro. Sea como fuere, el art. 7.1º Ley Modelo Uncitral de 1985 guardó también un consciente silencio al respecto³².

Pero arbitrabilidad y orden público están íntimamente unidos dentro de este último texto uniforme: en el art. 34.2º.b.i), se toma en consideración el recurso de anulación como el único posible contra el laudo arbitral, que podrá ser anulado si el tribunal estatal comprueba que según la ley del Estado donde se solicita la nulidad, el objeto de la

29 RACINE (1999, pp. 132-149). La Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 14 octubre 1993 (*Société Aplix v. société Velcro*), determinó que "*les arbitres, comme le juge étatique de droit commun, peuvent tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard de règles d'ordre public (...) pouvant être directement appliqués aux relations des parties en cause*" (*Rev. arb.*, 1994, nº 1, pp. 164 ss y nota de C. JARROSSON).

30 BÖCKSTIEGEL (1987, pp. 177-204).

31 Laudo CCI nº 2811/1978, *Journ. dr. int.*, 1979, pp. 983-983, esp. p. 986. BLANKE (2001, p. 1844); ÁLVAREZ GONZÁLEZ (1999, pp. 137-148).

32 BROCHES (1990, p. 40).

controversia no es susceptible de arbitraje; por su parte en el art. 34.2º.b).ii) habla de la contrariedad del laudo con el orden público de ese Estado. Por ende puede inferirse de ambos preceptos la aplicación a la arbitrabilidad de la ley de la sede y de la ley del reconocimiento previsible, en la fase negocial, o actual, en la fase post-arbitral, del laudo internacional. Se comprende así que tanto el árbitro como el juez deban tener en cuenta tanto las disposiciones de la ley de la sede, como las de orden público del lugar del previsible ejecutivo. Es curioso que en los trabajos de redacción de los dos párrafos del art. 32 LMU que estamos considerando³³ hubo una corriente de opinión favorable a eliminar la noción de “orden público” en función de su generalidad y amplitud y si bien esta posición no prosperó el debate fue muy útil para precisar dos cosas. En primer lugar, que su contenido, debe estar centrado en conceptos y principios fundamentales de justicia, habida cuenta que muchos Estados, tanto del *common law*³⁴ como de Derecho civil, insertan en él principios de justicia procesal. Y, en segundo lugar, que el ámbito del denominado “orden público internacional” es mucho más reducido que el del “orden público interno”. Pero sigue sin haber acuerdo en orden a una delimitación y uniforme del concepto en cuestión, pues se le sigue relacionando, no con el orden público común a la generalidad de los Estados sino con los principios esenciales de orden público de cada Estado individualmente considerado. Semejante diversidad no deja de repercutir en la actuación del árbitro cuando se enfrenta a la delimitación del contenido de la noción³⁵.

2.2. Configuración de una categoría autónoma

En el Derecho de las obligaciones el orden público es un límite que se impone a uno de los elementos esenciales de la institución arbitral, que es la autonomía de la voluntad de las partes³⁶. Teniendo presente que cualquier arbitraje internacional reposa en un contrato y que está sujeto a la resolución de una controversia contractual, el orden público debe ser considerado, desde esta especial dimensión, como un límite, junto a la arbitrabilidad, a la autonomía de la voluntad de las partes y como un requisito de validez del convenio de arbitraje³⁷ cuya determinación condiciona todo el mecanismo arbitral y, especialmente, el

33 *Yearbook Uncitral*, vol. XVI, 1985, pp. 449 ss.

34 HERTZFELD (2008, pp. 79-89).

35 International Law Association, New Delhi Conference (2002), Committee on International Commercial Arbitration, “Final Report on Public Policy”: Recommendation 1(d) “*The international public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as ‘lois de police’ or ‘public policy rules’; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organisations.*”
[<file:///C:/Users/usuario/Downloads/international_commercial_arbitration_2002.pdf>]

36 FERNANDEZ PEREZ (2013, pp. 841-860).

37 HASCHER (1993, p. 164; SEVER (1991, pp. 1664-1665). “*disposer de ses droits est l’une des manières d’user de la liberté contractuelle, et la soumission du litige à l’arbitrage est l’une des manifestations de cette liberté [...] l’indisponibilité d’un droit est une exception à l’autonomie de la volonté, et, partant à la liberté contractuelle. Elle nous conduit, irrésistiblement, nécessairement vers la notion d’ordre public....*” cf. JARROSSON (1996, p. 1)

razonamiento del tribunal arbitral a la hora de examinar su propia competencia, *v.gr.*, cuando el objeto del arbitraje sea contrario al orden público. En el arbitraje internacional, en efecto, el árbitro puede determinar su propia competencia respecto a la arbitrabilidad de la controversia y a su conformidad con el orden público internacional³⁸.

Esta dimensión del orden público posee autonomía respecto de:

i) La arbitrabilidad objetiva. La determinación de la arbitrabilidad en función de la materia actúa negativamente cuando el conflicto en sí mismo no es susceptible de ser sometido a arbitraje circunscribiéndose a las materias que el legislador ha querido reservar a los jueces estatales. Las soluciones tradicionales de los sistemas estatales hacen referencia a que son arbitrables las controversias transigibles o aquellos asuntos patrimoniales en los cuales las partes tienen poder de disposición. Bien entendido que en este elenco algunas normativas estatales añaden las materias contrarias al orden público, lo cual suscita problemas al involucrar dos cuestiones distintas³⁹.

ii) La arbitrabilidad subjetiva. Está centrada en las cuestiones relativas a la capacidad para obligarse por el convenio arbitral, lo que conduce a verificar si la participación de determinados sujetos en el mismo puede también vulnerar el orden público⁴⁰. Una diferenciación, a efectos sistemáticos, que no implica una necesaria consideración separada. Se presenta cuando no se permite someter al arbitraje una determinada controversia, por razón del carácter, naturaleza o calidad de las partes en conflicto. Normalmente, la inarbitrabilidad subjetiva existe respecto de los Estados o las entidades estatales o de Derecho público, que en virtud de normas legales no se les permite acudir al arbitraje o se les permite bajo ciertas y estrictas condiciones⁴¹. La determinación de la cesión de las potestades del ente público para someterse a arbitraje deberá ajustarse a los requisitos formales previstos en la ley para cada caso concreto, lo que nos conduce al ámbito de la capacidad de los poderes públicos para ser sujetos activos del proceso arbitral. Pese a que la capacidad del Estado para involucrarse en un procedimiento de arbitraje se considera una materia perteneciente al orden público internacional⁴², aún domina cierta una

38 De acuerdo con la *Cour d'appel* de París 29 marzo 1991, *Société nationale des Chemins de Fer tunisiens*: "en matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international, et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation; [...] hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière- en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage - l'arbitrage international dont la mission consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires a la bonne foi" (*Rev. arb.*, 1991, p. 478 y nota de L. IDOT).

39 VÁSQUEZ PALMA (2006, pp. 181-213).

40 ÁLVAREZ GONZÁLEZ (1991, pp. 841-852).

41 JEQUIER LEHUEDE (2013, pp. 157-180).

42 En concreto, que el orden público internacional no permite al Estado invocar disposiciones específicas de su Derecho nacional para sustraerse a los efectos de una cláusula de arbitraje figura con precisión en el

tendencia refractaria a la participación de Estados, organismos y empresas públicas en un arbitraje comercial, considerándose dicha legitimidad como un auténtico principio de orden público transnacional⁴³. Y a ello hay que añadir que ciertos contratos, por afectar a materias de pura disciplina administrativa pueden perturbar el orden público, por lo que no siempre será eficaz un convenio de arbitraje que involucre de alguna manera al Estado⁴⁴. Descartada la denominada arbitrabilidad *stricto sensu*, por supeditarse a las cuestiones que pueden ser objeto del arbitraje y estar estrechamente vinculadas al fondo del asunto, procede centrarse en verificación de si la controversia derivada del contrato en el que se inserta la cláusula de arbitraje es susceptible de contrariar el orden público, lo cual conduce al ámbito de las condiciones de validez del convenio arbitral. Téngase en cuenta que dicha validez depende de la concurrencia de los presupuestos o elementos, esenciales y naturales, del negocio jurídico integrante de ese convenio, es decir, consentimiento, objeto y causa conforme a lo señalado en el art. 1261 Cc, que contiene la disposición general sobre los requisitos esenciales para la validez de los contratos, sin que sean precisos requisitos distintos, o más rígidos⁴⁵. Ello implica centrarse en la búsqueda de la voluntad real de las partes a la hora de redactar el convenio de arbitraje.

La referencia al carácter protector del orden público es susceptible de excluir del arbitraje amplios sectores, por ejemplo aquellos que impliquen una especial sensibilidad social y que, en cuanto tales, deben contar con una especial tutela y algunas legislaciones nacionales así lo establecen⁴⁶; pero en caso de ponerse en marcha la excepción, ésta debe examinarse con la necesaria cautela teniendo en cuenta que debe operar con carácter excepcional. Concretamente el art. 2060 del Código civil francés⁴⁷ ha sido objeto de severas

Laudo CCI nº 1526 [http://www.trans-lex.org/201526/_/icc-award-no-1526-clunet-1974-at-915-et-seq/, *Journ. dr. int.*, 1974, pp. 915 ss]; RUBINO SAMMARTANO (2001, p. 246).

43 Por ejemplo, en la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 17 diciembre 1991, (*Gatoil / National Iranian oil Compani [NIOC]*), a pesar de que la empresa panameña, "Gatoil", pretendía hacer valer que la empresa iraní no tenía capacidad para comprometer al ser un organismo de Derecho público y las disposiciones internas iraníes no permitían esta posibilidad por ir en contra del art. 139 de la Constitución de la República Islámica de Irán, consideró que era una disposición imperativa de Derecho interno que no afectaba al orden público internacional (*Rev. arb.*, 1993, p. 281 ss y nota de H. SYNVEIT).

44 PATRIKIOS (1997, pp. 49 ss); GONZÁLEZ DE COSSÍO (2012, p. 122); SORIANO HINOJOSA (2014, pp. 439-448).

45 SAP Madrid 14ª 16 junio 2006, *JAE*, nº 503; SAP Santa Cruz de Tenerife 4ª 22 abril 2009, *JEA*, nº 250.

46 Art. 2060 del Código civil francés; art. 2639.2º del Código civil de Quebec. *Vid.* CARTIER (1998, pp. 244-245). La Sección 187 2.b) *Restatement (Second) of the Confits of Law* reconoce que el Derecho material elegido por las partes en el contrato no se aplicará en la eventualidad que sea contrario "to a fundamental policy" del Estado del foro. Art. 3.b) de la Ley 489-08, de Arbitraje de la República Dominicana de 2008.

47 Según este precepto: "*On ne peut compromettre sur les questions... et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public*"; aunque la jurisprudencia ha reducido al alcance de esta disposición, sobre todo en el ámbito internacional (VON MEHREN, 1986, pp. 1045-1059). La Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 21 febrero 1964 (*Meulemans*), declaró que cualquier litigio "*relatif à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public ne serait de ce fait être soustrait à l'arbitrage*" (*Journ. dr. int.*, 1965, pp. 113 ss y nota de B. GOLDMAN). *Vid.*, en una dirección similar, Sentencia de la *Cour de cassation*, 1^{re}

críticas al considerarse ambiguo, equívoco e, incluso, inútil, pues si se aplicara al pie de la letra quedarían pocas materias para arbitrar⁴⁸. El establecimiento de una prohibición generalizada a los árbitros para conocer de las materias involucradas con el orden público sería un instrumento en manos de un juez renuente al arbitraje y pondría en peligro la práctica misma de este procedimiento de arreglo de controversias⁴⁹.

En consecuencia, la validez del contrato puede ser impugnada ante el árbitro en relación con una amplia variedad de materias, como, por citar algunos ejemplos concretos, la incidencia sobre el mismo de ciertas leyes de comercio exterior relativas a las restricciones de divisas o restricciones de importación y exportación de determinadas mercancías, en particular la exportación de armas o de conocimientos de alta tecnología o las medidas de embargo recomendadas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de conformidad con el Capítulo V (art. 25) de la Carta NU⁵⁰.

Si se considera que un asunto no es arbitrable por razones de orden público debe demostrarse fehacientemente esta circunstancia⁵¹ y si con tal proceder se da respuesta a una necesidad social plenamente justificada.

2.3. Foros de competencia exclusiva y arbitrabilidad

La noción de arbitrabilidad permite situar la frontera entre la autonomía de la voluntad de las partes que acuerdan el sometimiento de sus controversias a arbitraje y la imperativa e

civ., 18 mayo 1971 (*Impex v. Société PAZ*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, pp. 124 ss y nota de B. OPPETIT; Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 22 mayo 1980 y Sentencia de la *Cour de cassation*, com., de 21 octubre 1981, *Rev. arb.*, 1982, pp. 264 ss y nota de J.-B. BLAISE.

48 LEVEL (1992, p. 232).

49 Con arreglo a la Sentencia de la *Cour d'appel* de Québec de 9 noviembre 1990 (*Condominiums Mont Saint-Sauveur fnc. v. Constructions Serge Sauvé Ltée* (C.A. Q.), [(1990) A.Q. (Quicklaw) No 2052 (C.A.) <<https://www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/Condo.pdf>>] “Some rules of public order are, by their nature, only susceptible of application or enforcement by the ordinary courts. It is difficult to imagine, for example, questions of criminal responsibility or the granting of a divorce, or a question of paternity, being decided by arbitration. The public order component goes directly to the jurisdiction of the body that is to decide the dispute. On the other hand, there are rules of public order that can be applied in arbitrations as easily and as appropriately as they are by courts. (...) The fact that these regulations are of public order does not deprive the arbitrators of their jurisdiction to hear the disputes or require that they be heard by the ordinary courts”.

50 Un contrato internacional que violó el embargo decretado por las Naciones Unidas se consideró contrario a las buenas costumbres derivadas de un “Derecho público universal” resultante de las Resoluciones de las Naciones Unidas en la materia. *Vid.* Sentencia del Tribunal Federal suizo (sala civil) de 28 marzo 2001 (*Beverly Overseas S.A. v. Privredna Banka Zagreb*), 4 C.172/200. *Bol. ASA*, 2001, pp. 807; SCHERER (2005, pp. 113-115). *Vid.* KREINDLER (2003 b, p. 251). *Vid.*, asimismo, Sentencia de la *Cour d'appel* de Québec de 31 marzo 2003, cit. nota 10, n^{os} 87 ss; RACINE (2004, pp. 89 ss).

51 DÍAZ CANDIA (2013, pp. 55-57).

irrenunciable jurisdicción del Estado⁵². De admitirse esto se seguirían dos importantes consecuencias. De un lado, que la competencia de los árbitros quedaría limitada, *prima facie*, a aquellas materias que no estén sujetas a jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales o cuenten con un sistema de protección a la parte débil⁵³; de otro lado, que la precisión de las materias sujetas a esta limitación deberían ser resueltas, caso por caso, con referencia un sistema jurídico determinado.

Ciertamente, la práctica ha evolucionado a favor de la arbitrabilidad, aunque no puede establecerse una respuesta generalizada⁵⁴. En el Laudo CCI n° 6697/1990 (*Casa v. Cambior*), ante la solicitud de una de las partes de una medida cautelar y la oposición de la otra por entender que era contraria al orden público internacional, el tribunal arbitral, se inclinó por esta última posición afirmando que la “inarbitrabilidad de un litigio respecto del orden público del lugar de ejecución del laudo comprende la prohibición a los árbitros para pronunciarse en una materia que pertenece a la jurisdicción exclusiva de las jurisdicciones estatales”⁵⁵.

52 *Vid.* en la doctrina francesa, IDOT (1996, p. 11); BUREAU y MUIR-WATT (2009, pp. 1 ss).

53 NAKAMUR (2002, pp. 29 ss).

54 Un ejemplo concreto de colisión entre una cláusula arbitral y una competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia, con resultado favorable para esta última, se evidencia con el siguiente supuesto: en Chile dos sociedades mineras celebraron un contrato en el que estipularon someter a arbitraje todos los litigios que directa o indirectamente tuviesen relación con la propiedad minera “San Enrique I”. En virtud de lo acordado en el referido contrato la sociedad legal minera San Enrique de Alto San Antonio presentó demanda arbitral en contra de la sociedad legal minera “La Unión” solicitando, conforme a lo dispuesto por los arts. 95.7° y 7° transitorio del Código de Minería, que se declarase que la concesión correspondiente a la pertenencia minera San Enrique de propiedad de la demandada era nula por haberse constituido abarcando terrenos ya comprendidos por las pertenencias salitreras Oficina Salitrera San Enrique y Oficina Salitrera Peruana de propiedad de la demandante y que a pesar de todo debía cancelarse la inscripción de dicha concesión minera. El árbitro acogió en su integridad el fondo de la demanda interpuesta declarando la nulidad de la pertenencia. Así las cosas, el demandado en el juicio arbitral, impugnó el laudo alegando, entre otras cosas, la incompetencia del árbitro para pronunciarse sobre el referido asunto toda vez que el art. 19.24° de la Constitución establece en sus incisos 6° a 10° que la propiedad minera en cuanto a la exploración, explotación y forma de constituir la mediante las respectivas concesiones que se otorgan, deberá realizarse siempre por resolución judicial. Y, a mayor abundamiento, se hizo referencia al inciso 8° del mencionado art. 19.24° que establece la “competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia, declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos ...”. La Sentencia de la Corte Suprema, de 21 junio 1990 (*Sociedad Legal Minera La Unión de Tarapacá*) acogió esta línea argumental afirmando que las normas constitucionales de referencia dejaban bien claro que toda concesión minera debe siempre otorgarse por resolución judicial y que un árbitro no tiene la calidad de Juez integrante de un tribunal ordinario de justicia; por consiguiente: “... existiendo preceptos claros de rango constitucional y legal que establecen la competencia exclusiva de los tribunales ordinarios para otorgar las concesiones mineras como para darlas por extinguidas o caducadas, no puede someterse a arbitraje ninguna de estas materias por impedirlo expresas normas de orden público” (Lexis-Nexis, n° 10987). *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS (2008, pp. 682-683).

55 *Rev. arb.*, 1992, pp. 135 ss y nota de P. ANCEL; *vid.* ARRÚE MONTENEGRO (2011, pp. 155-156).

Con el fin de preservar las políticas legislativas que subyacen en los foros de competencia exclusiva y en los foros de protección en materias como contratos individuales de trabajo, consumo, o seguros, se ha sostenido que las prohibiciones y limitaciones a que se hallan sujetos los particulares para pactar la sumisión a un tribunal judicial distinto del previsto en los mencionados foros de competencia, también resultan aplicables cuando las partes optan por el arbitraje⁵⁶. De hecho, entre las materias tradicionalmente arbitrables en razón de la materia se encuentran las que figuran, *v.gr.* en el art. 24 Reglamento Bruselas I (derechos reales, validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, validez de las inscripciones en los registros públicos, inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro⁵⁷ ...) que sus susceptibles de poner en marcha de *derogatio fori* si quien tiene que decidir es un tribunal exclusivamente competente.

Si se adopta una solución mimética a la jurisdiccional⁵⁸, para determinar la validez de un convenio arbitral, los árbitros tendrían que verificar esta circunstancia *ratione materiae* y su adecuación al orden público lo que, en este caso, implicaría una traslación automática de las normas de competencia judicial internacional relativas a los límites de la autonomía de la voluntad determinados por las competencias exclusivas, y contratos celebrados por los consumidores y contrato de trabajo⁵⁹. En definitiva, el régimen de Bruselas I o, en el establecido en otro Estado en términos similares, se proyectaría directamente al ámbito de la cláusula arbitral.

El resultado de admitir esa tesis es que no sería posible poner en marcha el arbitraje cuando una determinada materia esté reservada a la jurisdicción ordinaria a título de foro de competencia exclusiva y el fundamento de ello descasaría, como acaba de indicarse, en el propio orden público. En efecto, de imponerse la arbitrabilidad a la verificación de que no sea contraria a las materias vinculadas a la jurisdicción de un Estado determinado, el ámbito de actuación de los ámbitos quedaría mermado de una manera significativa.

56 BOUZA VIDAL (2000, pp. 371-394).

57 GANDÍA SELLENS (2014, pp. 82 ss.

58 La Sentencia del Tribunal Supremo de los EE UU de 12 junio 1972 (*The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*), respecto a la validez de los acuerdos de elección de foro, reconoció que una cláusula de este tipo en un contrato internacional proporciona suficientes elementos en orden a la previsibilidad pues al seleccionar un foro de antemano, las partes garantizan que una eventual controversia se resuelva en un foro neutral familiarizado con el problema controvertido de manera relativamente conveniente para ambos y que descartan la acción de foros de conveniencia que podrían beneficiar a una de las partes fuente a otra. De acuerdo con el Tribunal: "*A contractual choice of forum clause should be held unenforceable if enforcement would contravene a strong public policy of the forum in which suit is brought, whether declared by statute or by judicial decision*", pero "*The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts*" [407 U.S. 1 (1972) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/case.html>>]. Asimismo, el tribunal insistió en la necesidad de no ahogar el comercio internacional.

59 ARTUCH IRIBERRI (2001, pp. 201-214).

Es cierto que la solución encuentra una dificultad de base en el sentido de que la mayoría de las legislaciones nacionales guardan silencio sobre esta materia⁶⁰. Pero existen sólidos argumentos favorables a que los foros exclusivos o los de protección no se extiendan al proceso arbitral⁶¹. El primero y principal es que el proceso arbitral y el judicial constituyen planos diferentes y autónomos que responden a principios estructurales diversos⁶². El segundo es que la arbitrabilidad deja de ser un presupuesto autónomo del cual deriva la eficacia procesal (*prorrogatio / derogatio*) del convenio arbitral, para pasar a ser una manifestación del ámbito de libertad que las normas de competencia judicial dejan a los particulares para elegir el tribunal competente. Refiriéndose a una materia objeto de frecuente colisión: la impugnación de los acuerdos sociales, la STS 1ª 18 abril 1998 aseveró que:

“... el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el art. 22 LOPJ [redacción primitiva] que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el art. 118 que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje”⁶³.

Como corolario de lo anterior, no es posible impedir automáticamente el arbitraje cada vez que nos hallemos ante una determinada materia que haya sido reservada a un tribunal estatal bajo una atribución imperativa de jurisdicción, ni es pertinente considerar de orden público las disposiciones que contienen foros de competencia exclusiva en favor de los tribunales estatales para conocer de una determinada categoría de controversias.

60 Las legislaciones estatales que cuentan con foros de competencia exclusiva no suelen regular esta materia a excepción del art. 5 (Objeto del arbitraje) del derogado Concordato intercantonal suizo de 1969 (el actual Código procesal suizo ha suprimido esta previsión), según el cual: “El arbitraje pueden comprender cualquier derecho que se desprenda de la libre disposición de las partes, a menos que la materia no sea de la competencia exclusiva de una autoridad estatal en virtud de una disposición imperativa de la ley”.

61 El Informe de P. SCHLOSSER emitido como consecuencia de la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido al Convenio de Bruselas de 1968 señala expresamente en su punto 63 a) que “El Convenio no limita la libertad de las partes para someter un litigio a un tribunal arbitral. Así es también en el caso de procedimientos para los cuales el Convenio haya instituido una competencia exclusiva. Por supuesto, el Convenio no prohíbe que los legisladores nacionales declaren nulos los compromisos arbitrales relativos a litigios para los cuales existan competencias exclusivas, ya sea en virtud del Derecho nacional, ya sea en virtud del Convenio” (DO C89 de 28.7. 1990, p. 203). *Vid.* BERMAN (2012, p. 400-407).

62 De acuerdo con el AP Madrid 25ª 3 enero 2011: “la propia sumisión al arbitraje impide que puedan invocarse las normas de competencia territorial diseñadas para los procesos judiciales, son dos ámbitos distintos, netamente separados, y sin espacios comunes, salvo que las partes hayan adoptado las normas procesales de competencia territorial en el convenio arbitral. La norma procesal de competencia puede ser imperativa y de orden público dentro del proceso, pero deja de serlo en instituciones ajenas a él” (*JEA*, nº 548).

63 *JEA*, nº 54

Esta autonomía posee sus limitaciones, pues hay ocasiones en las cuales la competencia judicial internacional exclusiva y la inarbitrabilidad pueden confluír, impidiendo a los árbitros conocer de estas⁶⁴. En consecuencia, limitar el arbitraje en materias objeto de competencias exclusivas y de protección, revela una actitud hostil y una desconfianza no justificada hacia la aptitud de los árbitros para garantizar el respeto a los principios y reglas de orden público de los Estados más directamente vinculados al caso. El riesgo de que el árbitro pronuncie un laudo contrario a principios y reglas de orden público no debe soslayarse negando la arbitrabilidad de estas materias “sensibles” (en tanto que susceptibles de afectar al interés general o de terceros), sino, en todo caso, intensificando el control judicial del laudo.

En EE UU bajo la influencia del Estatuto *Racketeer Influence and Corrupt Organizations* (RICO), se permite establecer acciones civiles para recuperar los daños sufridos y los gastos de litigio, pero esta disposición guardó silencio acerca de la posibilidad de someter esas acciones a arbitraje. Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal de Apelación, Tercer Distrito, de 5 agosto 1987 (*Jacobson v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*⁶⁵) se consideró que las demandas civiles RICO son inarbitrables cuando afecten a la sección 10 (b) de la Ley de Valores.

Esta línea se consolidó, en relación con los acuerdos de arbitraje, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 junio 1974 (*Scherk v. Alberto Culver Co*⁶⁶), que puso el acento en la internacionalidad del contrato controvertido al declarar que un contrato de este tipo implica consideraciones y políticas significativamente diferentes de los contratos sólo se ocupan de los asuntos domésticos y que este aspecto debe ser tenido en cuenta, al verificar

64 Resulta ilustrativa la Sentencia de la *Cour d'appel* París 20 enero 1989 (*Société phocéenne de dépôt v. Société dépôts pétroliers de Fos*), *Rev. arb.*, 1989, nº1, pp. 80 ss. El mismo tribunal en una sentencia de 24 marzo 1994 (*Deko v. G. Dingler et Meva*), entendió que una cuestión relativa a un contrato de explotación de patentes de invención era arbitrable, pese a que la legislación sobre patentes atribuía jurisdicción exclusiva a la justicia estatal. Al rechazar el recurso de nulidad intentado contra el laudo, la Corte sostuvo que si bien la Ley de Patentes prevé que las controversias relativas a ellas son de la jurisdicción de los tribunales judiciales, ello no obsta al recurso al arbitraje en los términos del Código civil para ciertas cuestiones: sólo está prohibido para las materias que interesan al orden público, no siendo tales las controversias nacidas de un contrato de explotación, que se refieren a la interpretación o ejecución del contrato y que, por lo tanto, son arbitrables (*Rev. arb.*, 1994, nº 3, pp. 515 ss).

65 [797 F.2d 1197 (3d Cir. 1986) <<http://openjurist.org/824/f2d/287/jacobson-85-3311-85-3343-v-merrill-lynch-pierce-fenner-and-smith-inc-m-85-3282-e-burris>>]

66 [417 US 506 (1974) <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/417/506.html>>]. En dicho asunto una de las partes instó la competencia de los Tribunales norteamericanos pese a la existencia en el contrato objeto del litigio de una cláusula de arbitraje CCI, pero tal argumento fue rechazado por el Tribunal Supremo, el cual, con respaldo en lo resuelto en el asunto *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co*, por considerar que el supuesto no se había infringido el orden público: “*The invalidation of such an agreement in the case before us would not only allow the respondent to repudiate its solemn promise but would, as well, reflect a 'parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts. (...) We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts'*”. JALILI (1975, pp. 738-757); GIBERSON (1975, pp. 491-503).

la conformidad de tal contrato con el orden público. En consecuencia, consideró que, a pesar de que las controversias derivadas de transacciones de valores no podían ser sometidas a arbitraje si el contrato era interno, los litigios derivados de dichas operaciones podían ser susceptibles de arbitraje, si el contrato es internacional. Por lo demás, la necesidad de un enfoque limitado a la noción de orden público ha sido confirmada por muchos tribunales de EE UU en las decisiones posteriores. Baste referirse a la Sentencia del Tribunal de Distrito (Southern District of New York) de 23 marzo 1987 (*American Const. MacHinery & Equipment Corp. v. Mechanised Const. of Pakistan*)⁶⁷.

3. Orden público y validez del convenio arbitral

3.1. Patología del convenio arbitral

Mayor enjundia problemática presenta la posibilidad de rechazar y excluir un convenio arbitral por el hecho de que el laudo que se espera de su aplicación atente contra el orden público internacional del país concernido (ya sea el Estado de la sede del arbitraje, el Estado en donde se hará efectivo el laudo arbitral, o el Estado ante el cual se presentará el acuerdo arbitral para ser validado). Con carácter muy general conviene recordar que el orden público puede afectar al acuerdo arbitral de tres maneras diferentes: la primera, puede indicar que algunas cuestiones no son susceptibles de arbitraje; la segunda, controla la formación adecuada del acuerdo de arbitraje; y la tercera, proporciona un control sobre el objeto de la controversia que ha sido la causa del arbitraje. Negar la aplicación del orden público internacional para valorar la validez o eficacia de una cláusula arbitral en este sentido, podría poner en desventaja a alguna de las partes, pues por un lado los Estados tendrían el derecho a no reconocer un laudo arbitral extranjero que vulnera su orden público internacional, pero por otro, estarían en la obligación de reconocerle validez y vigencia a una cláusula arbitral cuyo resultado, al final del arbitraje, podría ser rechazado por la misma causa aquí mencionada⁶⁸. En consecuencia si el Estado se encuentra autorizado para denegar el reconocimiento del laudo arbitral, con el pretexto de vulnerar el orden público internacional, igual podría denegar la aplicabilidad de un convenio arbitral⁶⁹.

67 [659 F. Supp. 426 (S.D.N.Y. 1987) <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/659/426/1957509/>>]

68 La Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 16 febrero 1989 (*Almira Films v. Pierrel, ès qualités*) tuvo que pronunciarse acerca de una solicitud falsa efectuada por una de las partes ante el Centro Nacional de Cinematografía, que tenía carácter obligatorio. El tribunal entendió que los árbitros no debían decidir sobre asuntos que, en razón de las cuestiones implicadas, entran dentro de la jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales, pues su decisión implicaría la infracción de una norma de orden público (*Rev. arb.*, 1989, pp. 711 ss y nota de L. IDOT).

69 Resulta de interés referirse a una reflexión producto de la experiencia arbitral: "*In roughly half the arbitrations in which I have been involved, there was an express choice of law clause, and that choice was always honored. More often than not, the law chosen was that of the principal place of business of one of the parties, while the arbitration was at a neutral situs*", cf. LOWENFELD (1985, p. 178).

Ahora bien, no debemos obviar que la tendencia internacional y de los países desarrollados, respecto al arbitraje comercial internacional, se inclina hacia la conservación del acuerdo arbitral y el correspondiente proceso arbitral. Mucho se ha criticado la injerencia de los tribunales nacionales en los procesos arbitrales y estas críticas se sustentan en la idea de que el arbitraje internacional se ha erigido como un mecanismo de solución de controversias que cada vez más, como se evidencia en la cuestión enunciada, se desmarca más del control de las jurisdicciones nacionales.

La conformidad del convenio arbitral con el orden público no es esencial tanto para la determinación de la competencia del árbitro como para la validez y la eficacia del laudo arbitral. Como corolario de lo anterior, las objeciones contra el convenio arbitral, inclusive aquellas referidas al orden público internacional que afecten la aplicabilidad, validez, o eficacia del mismo, deberán ser resueltas por el tribunal arbitral, y no por los tribunales estatales; sin perder de vista el carácter omnipresente de la Convención de Nueva York.

En la respuesta a esta cuestión debe recordarse que el arbitraje despliega sus efectos como una institución verdaderamente internacional con arreglo a lo dispuesto en el convenio arbitral inserto en el contrato. El objeto del convenio de arbitraje está referido a “una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” que haya surgido o que pueda surgir entre las partes (9.1º LA/2003). De este enunciado se infiere que la controversia debe poseer un contenido jurídico, esto es, un conflicto de intereses cuya resolución pretende una concreta tutela jurídica⁷⁰ y que verse sobre una materia arbitrable. El enunciado contenido en el referido precepto se refiere a un conjunto de requisitos mínimos para la validez del convenio arbitral. Dicha validez es un requerimiento esencial para la propia validez del arbitraje en su conjunto y, en función de la legislación aplicable al convenio arbitral, éste podrá ser declarado nulo por razones de orden público⁷¹. Aunque esta posibilidad no es muy frecuente en la práctica, se manifiesta, por ejemplo, en los contratos viciados de corrupción, en las prácticas contractuales que favorezcan el tráfico de estupefacientes, el terrorismo, el tráfico de drogas o de armas; y, desde otra óptica, las prácticas contractuales en materia de tráfico ilícito de bienes culturales⁷².

70 Díez-PICAZO (1954, p. 1164).

71 HANOTIAU y CAPRASSE (2008, pp. 799 ss).

72 En apoyo de esta construcción se acostumbra a acudir a un *obiter dictum* de Lord Steyn en la Sentencia de la Cámara de los Lores de 19 mayo 2002 en el asunto *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company* [(2002) 2 AC 882; (2002) UKHL 19 § 15 <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2002/19.html>>], párrafo 115, con citas a la doctrina francesa: “*In recent years, particularly as a result of French scholarship, principles of international public policy (l'ordre public véritablement international) have been developed in relation to subjects such as traffic in drugs, traffic in weapons, terrorism, and so forth (...). Similarly, there may be an international public policy requiring states to respect fundamental human rights: Restatement, vol 2, pp 152 et seq, para 701. The public policy condemning Iraq's flagrant breaches of public international law is yet another illustration of such a truly international public policy in action*”. CARRUTHERS Y CRAWFORD (2003, pp. 761-774); DAVIES (2001, pp 523 ss); SCHERER (2005, pp. 111-112).

Las leyes de arbitraje no establecen obligaciones respecto del convenio arbitral pero como requisitos mínimos exigen: individualizar a las partes en litigio, su voluntad indubitable de recurrir al arbitraje y las concretas facultades que se confieren al árbitro o al tribunal arbitral; no imponen conscientemente la inclusión de más requisitos, pues la negativa de una de las partes a la inserción de uno de ellos en el convenio podría determinar la invalidez del mismo. Por su parte, la competencia de los árbitros está limitada exclusivamente al asunto o asuntos expresamente sometidos a su conocimiento y aunque es cierto que las partes pueden ampliar con posterioridad la competencia de los árbitros, para ello es necesario un acuerdo expreso; en ningún caso podrán extender su decisión a materias ajenas al compromiso, pretextando la existencia del consentimiento tácito de alguna de las partes⁷³.

Ello conduce a la noción de convenio arbitral “patológico” que hace referencia a aquel convenio válido, pero que presenta imprecisiones cuya aparición puede provocar la ineficacia del pacto. El concepto no comprende, por tanto, aquellos supuestos en que éste sea radicalmente nulo por una razón que afecte a su esencia misma⁷⁴, como la indisponibilidad de la controversia. En efecto, al versar sobre un problema íntimamente ligado al orden público la inarbitrabilidad de una materia no hace defectuoso el convenio de arbitraje que sobre ella verse, sino radicalmente nulo. Por ejemplo, el art. II CNY, establece con carácter muy general tres tipos de causales de ineficacia del convenio, al margen de la arbitrabilidad de la controversia. Pues bien, el convenio arbitral “patológico”, válido pero no completamente definitorio de la voluntad de las partes, no figura en la generalidad de los supuestos apuntados extendiéndose la nulidad a los supuestos de ausencia absoluta de consentimiento, de falta de capacidad de las partes y de fraude o error⁷⁵. Por su parte, la ineficacia, en la formulación del art. II.3º CNY, se refiere propiamente, a los casos en los que el convenio válido e ineficaz, deviene inoperante, por diferentes razones: renuncia de las partes, novación, incumplimiento de plazos por la parte actora o por los árbitros.

La voluntad integradora del juez estatal encargado de enjuiciar este variado elenco de problemas asume la última palabra en la eficacia del convenio arbitral. Cuando la interpretación es estricta y rígida, el menor error puede implicar que el convenio arbitral decaiga. Cuestión más fáctica que jurídica, debe tenerse muy presente el alcance del error, con la finalidad de determinar si es sustancial o meramente instrumental. Y siempre teniendo en cuenta que en el arbitraje comercial internacional, en sentido estricto, no

73 FERNÁNDEZ ROZAS y ARTUCH IRIBERRI (2001, p. 748).

74 En el Laudo CCI nº 2730/1982, los árbitros consideraron que el contrato cuyo objeto sea contrario a las leyes imperativas o de orden público, a la moral y a las buenas costumbres está viciado de nulidad absoluta. En su opinión “*Ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément du droit commun des contrats dans le domaine international*” (Journ. dr. int., 1984, p. 914 ss y observaciones de Y. DERAÏNS).

75 ARTUCH IRIBERRI (1995, pp. 416-417).

encontramos supuestos en que participen partes especialmente protegidas o cuya pericia profesional sea algo dudoso. En este orden de ideas, el principio general de eficacia máxima y la seguridad jurídica de las partes son conceptos compatibles⁷⁶.

En *Thalès v. Euromissil* la *Cour d'appel* de París sostuvo que los árbitros no habían considerado de oficio una infracción del art. 81 del Tratado de Roma del acuerdo arbitral que incluía una práctica monopolística, pero que tal situación no conducía automáticamente a la anulación del laudo por razones de orden público. Por consiguiente rechazó el argumento de la parte impugnante sosteniendo que la violación al orden público debe ser “flagrante, efectiva y concreta y que la ilicitud, para ser violatoria del orden público, debe “quemarle los ojos” al juez⁷⁷; y al hacerlo su decisión se convirtió en un prototipo de la denominada “tesis minimalista” del contenido de orden público.

3.2. Orden público y principio de separabilidad

Al igual que la totalidad de las cláusulas de un contrato, la cláusula arbitral para que sea válida debe reunir una serie de condiciones de validez; pero, a diferencia de los acuerdos puramente internos, la práctica pone de relieve que la existencia y la validez del acuerdo de arbitraje deben ser contemplados desde la óptica del orden público internacional. Dicho en otros términos, la validez de la cláusula debe acomodarse a las normas sustantivas de aplicación general⁷⁸. A partir de aquí, cobra sentido la acción del denominado “principio de separabilidad” (o de “autonomía”, según una terminología más reciente) al determinar que el convenio arbitral es un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere, o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas⁷⁹ y, desde este momento, cualquier objeción validez del contrato principal no afecta al convenio arbitral ni priva necesariamente a los árbitros de la competencia para resolver el conflicto relativo a dicho contrato. Ese principio forma parte de un entramado derivado de la práctica que repercute cuando la cláusula de arbitraje sigue siendo vinculante a pesar de la invalidez, terminación o rescisión del contrato⁸⁰.

La autonomía propugnada no significa, sin embargo, la desconexión total del acuerdo de arbitraje respecto de contrato principal, pues el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal dentro de su propia competencia. La

76 FERNÁNDEZ ROZAS (2001, p. 124).

77 Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 18 noviembre 2004 (*Thalès v. Euromissil*), *Rev. arb.*, 2005, n° 3, pp. 529 ss; RADICATI DI BROZOLO (2005 b, pp. 558 ss); SERAGLINI, (2006, n° 295); MAYER (2008, pp. 459 ss).

78 RACINE (1999, p. 181).

79 ROSEN (1994, pp. 599-665); MAYER (1998, pp. 359-368); SAMUEL (2000, pp. 36 ss); SCHLOSSER (2004, pp. 305-324); FERNÁNDEZ ROZAS (2006, 714-724); MCNEILL y JURATOWITCH (2008, pp. 475 ss); CAIVANO (2011, pp. 1643-1672); LANDOLT (2013, pp. 511-530); SOLIMENE (2014, pp. 249-255).

80 *Harbour Assurance Co. (U K) v. Kansa Gen, Int'l Ins. Co.*, [(1993) 1 Lloyds Rep. 81 (Q.B. 1992) <<http://www.trans-lex.org/302750/>>]. REDFERN & HUNTER (1999, p. 26).

separabilidad favorece, en verdad, el cauce arbitral al asegurar que este procedimiento sea siempre el modo de solución, cualesquiera que sean las vicisitudes del contrato en el que está inserto⁸¹; por tanto, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad del convenio arbitral.

La discusión principal se centra en el siguiente interrogante: ¿una cláusula arbitral debe quedar comprendida en la eventual nulidad o ilicitud del contrato que la contiene? Una respuesta simplista puede inclinarse hacia una respuesta afirmativa en el sentido de que lo accesorio sigue la misma suerte que lo principal, y así lo ha entendido cierta jurisprudencia. En el Derecho de los negocios internacionales la cláusula arbitral es válida e independiente de cualquier ley estatal⁸². Pero la aplicación del principio de separabilidad lleva aparejadas importantes consecuencias. Si el contrato principal viola el orden público en virtud de su ilicitud ello es causa de la nulidad del contrato, pero no de la del convenio de arbitraje inserto en el mismo; únicamente si el propio convenio es contrario al orden público, éste sería nulo. Dicha separabilidad posibilita la inclusión de ambos elementos en un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado⁸³.

Por ejemplo en Francia la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 6 diciembre 1988 (*Navimpex v. Wiking Trader*)⁸⁴ declaró la eficacia de un convenio arbitral pactado en un contrato que no había entrado en vigor entendiendo que la controversia que oponía a las partes se relacionaba, precisamente, con su conclusión. La justificación del postulado que estamos examinando es la radical diferencia de finalidad entre el pacto sustantivo (contrato) respecto del arbitral y su objetivo es, precisamente, garantizar que el convenio tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual, pues es para lo que se pacta. Como es lógico, la nulidad del contrato no significa *per se* la del convenio, ni tampoco su existencia, ni la caducidad; para que tales circunstancias puedan predicarse conjuntamente de ambos

81 VIRGOS SORIANO (2006, pp. 13–28).

82 De acuerdo con la Sentencia de la *Cour de cassation 1^{re} civ.*, de 20 diciembre 1993 : “*la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s’apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l’ordre public international, d’après la commune volonté des parties, sans qu’il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*” (*Rev. arb.*, 1994, n° 1, pp. 116 ss y nota de H. GAUDEMET-TALLON; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, pp. 662 ss y nota de P. MAYER, pp. 662 ss; *Journ dr. int.*, 1994, pp. 494 ss y note E. GAILLARD y pp. 690 ss y nota de É. LOQUIN).

83 El Laudo CCI n° 4145/1983, afirmó que “*the question or validity or nullity of the main contract for reasons of public policy illegality or otherwise is one of merits and not of jurisdiction the validity of the arbitration clause having to be considered separately from the validity of the main contract*” (*Collection of ICC I*, p. 559).

84 Según el Tribunal “*le principe d'autonomie de la clause compromissoire(...) permet de se prévaloir de cette clause même lorsque le contrat signé par les parties n'a pu entrer en vigueur dès lors que le différend qui les oppose est lié à sa conclusion*” (*Rev. arb.*, 1989, p. 641 ss y nota de B. GOLDMAN).

pactos deben ser contrastadas por separado y ser de naturaleza tal que impidan, por su propia concurrencia, la propia eficacia del convenio arbitral⁸⁵.

La distinción apuntada posee una extraordinaria importancia en la determinación de las competencias de los árbitros para resolver la concreta controversia: si tal distinción no estuviera claramente establecida la impugnación del contrato entrañaría inexorablemente la impugnación del acuerdo arbitral en tanto los Tribunales estatales entiendan de la primera de ellas impidiendo la acción de los árbitros. Ello podría favorecer a un litigante de mala fe pues, para impedir la puesta en marcha de la cláusula arbitral podría, esgrimir ante la jurisdicción estatal un vicio en el contrato principal⁸⁶. Si esto es así el postulado de la separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral se traduce en la independencia e inmunidad de que goza la cláusula con relación al contrato que la contiene o del que depende. De aquí se sigue que la invalidez del contrato no arrastra necesariamente al acuerdo arbitral, lo que denota la virtualidad del acuerdo de supervivir al contrato. Como pusiera de relieve el árbitro único P. Lalive, “resulta superfluo subrayar la naturaleza independiente de la cláusula arbitral y el hecho que la naturaleza del convenio arbitral no cambia por el hecho de que esté sea inserta en un contrato que tenga un objeto diverso (...), en vez de en un compromiso separado”⁸⁷. Existe una necesidad práctica perentoria: desvincular el convenio arbitral del contrato al que se refiere y, a menudo, en el que se inserta. El principio de autonomía del convenio arbitral resulta esencial para poder hacer efectiva la cláusula en todos los casos en que el contrato resulte nulo o ineficaz y, precisamente, para determinar el alcance y consecuencias de esa nulidad o ineficacia. No es una novedad que los actos nulos en el comercio internacional pueden producir determinados efectos que deben ser regulados necesariamente⁸⁸. Cuando el contrato contiene un convenio arbitral, el método de resolver esa concreta controversia es el arbitraje, al que no le afecta la causa de nulidad necesariamente. Este principio es hoy generalmente admitido en las legislaciones nacionales y en los convenios internacionales, aunque de manera quizá menos explícita⁸⁹. A este respecto, en EE UU la Sentencia del Tribunal Supremo 12 junio 1967 (*Prima Paint Corp. v. Flood & Comkin Mfg.*)

85 FERNÁNDEZ ROZAS (2006, pp. 714-715).

86 GRIGERA NAÓN (1989, 1109).

87 Laudo preliminar CCI nº 1512, de 17 diciembre 1967 (*Dalmia Dairy Industries Ltd. v. National Bank of Pakinstan*), *Yearb. Comm. Arb.*, t. I, 1976, pp. 128 ss.

88 Como determinó el árbitro B. GOMARD en el laudo *ad hoc* de 14 de enero de 1982, *Elf Aquitaine v. National Iranian Oil Co.*, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XI, 1986, pp. 97-105, procede al arbitraje aunque el contrato fuera nulo y sin efectos. Precisamente lo necesario en ese momento era determinar las responsabilidades y consecuencias de la referida nulidad.

89 Art. 16.1º LMU; art. 178.3º LDIP suiza; art. 22.1º LA/2003; en otros casos, la formulación del principio ha tenido una fuente esencialmente jurisprudencial. En el caso francés la *Cour de Cassation* (1º Ch. Civ.) 7 mayo 1963 (*Carapelli v. Gosset*), *Journ. dr. int.* 1964, p. 82 formuló claramente el principio; en Alemania, *Landgericht* de Hamburgo de 16 de marzo de 1977, *Yearb. Comm. Arb'n*, 1978, p. 274.

“Arbitration clauses (...) are ‘separable’ from the contracts in which they are embedded, and that where no claim is made that fraud was directed to the arbitration clause itself, a broad arbitration clause will be held to encompass arbitration of the claim that the contract itself was induced by fraud”⁹⁰

Un postulado de contenido tan amplio, cuya consecuencia esencial es inmunizar a la cláusula arbitral, debe estar sometido a limitaciones. Se alude con ello a ciertas circunstancias excepcionales como, por ejemplo, que la cláusula no respete el principio de igualdad o que se haya realizado con el empleo de violencia, lo que podría en marcha la acción del orden público⁹¹. Ciertamente el principio pretende impedir que las partes puedan plantear la nulidad del contrato principal con el único propósito de eludir u obstaculizar su sometimiento a un procedimiento arbitral; ahora bien, pese a su generalizada aceptación, no es infrecuente observar discrepancias en torno a su alcance y a su aplicación en casos concretos⁹². La separabilidad se extiende por lo general al acuerdo arbitral incluido en el contrato, pero la nulidad que puede afectar al mismo no deja indemne en todos los casos a dicho acuerdo; debe atenderse a las causas concretas que dan lugar a la nulidad y esta operación ni es automática ni sencilla. Este planteamiento está siendo superado por aquellas posiciones que entienden que los razonamientos puramente formales son a veces engañosos y así se puede afirmar que un contrato nulo sí tiene efectos jurídicos, no sólo los de generar un pleito judicial, o un arbitraje, sino la restitución de las prestaciones, o los daños y perjuicios correspondientes por culpa *in contrahendo*, es decir, la culpa por la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo. Y a esto hay que oponer que la utilización del término “autonomía” podría hacer pensar que la cláusula arbitral es siempre válida cualquiera que sea la causa de la nulidad que afecte al contrato en el que está inserto⁹³.

No se trata de negar las bondades de la separabilidad, pero de ahí a establecer el carácter inmutable de la autonomía hay un largo trecho⁹⁴:

i) Dentro de las diversas incidencias del orden público en el arbitraje interesa en este caso apreciar que la formación adecuada del acuerdo de arbitraje no se formula solamente en relación del contrato principal sino también con respecto a la ley aplicable al arbitraje.

ii) Otro límite concreto es el de los efectos de la cláusula arbitral en caso de cesión de contratos⁹⁵ o de cesión de créditos. La nulidad del llamado contrato principal y la validez

90 [38 US 1967, p. 395 ss, esp. 402] y comentario de COULSON (1967, pp. 237 ss).

91 BOLLÉE (2004, p. 302); ARFAZADEH (2005, p. 45).

92 MAYER (1999, pp. 261 ss).

93 FERNÁNDEZ ROZAS (2006, p. 715).

94 MAYER (1998, pp. 359–368).

del convenio arbitral no suscitan problema alguno cuando su objeto verse sobre relaciones jurídicas que no sean nulas, pero ello no es factible cuando su único objeto es la relación jurídica nula.

iii) Sobre la conformación del postulado de separabilidad ha incidido de manera muy acusada un creciente número de casos de arbitraje internacional en los que se alegaban tráfico de influencias para alcanzar el contrato que más tarde será objeto de controversia. Insistiremos, aunque sea muy brevemente, sobre este apartado.

La cuestión esencial se vincula en la actualidad a los denominados contratos de tráfico de influencias llamados también contratos de corrupción donde, por ejemplo, un contratante extranjero celebra un contrato de asesoría o de representación con un nacional del país donde se efectuará su operación comercial, aunque el auténtico compromiso de este “asesor-representante” consiste en facilitarle el contacto con las autoridades internas y entregarles una cantidad de dinero a modo de cohecho⁹⁶. A ello se refiere el supuesto abordado por el Laudo CCI nº 1110/63 donde una empresa extranjera se negaba a remunerar a su ‘representante’ argentino, alegando el objeto ilícito del contrato y el árbitro, al descubrir que se trataba de un cohecho, se declaró incompetente en virtud de “los principios generales según los cuales los árbitros no pueden conocer de litigios de aquella naturaleza”. Sostuvo que “los contratos que vulneran de manera fundamental las buenas costumbres o el orden público internacional son nulos o al menos, su incumplimiento no es susceptible de ser recurrido ni ante jurisdicciones nacionales ni ante tribunales arbitrales”⁹⁷.

Pese a este precedente, que será objeto de consideración más adelante⁹⁸, la nulidad del contrato principal no afecta a la cláusula arbitral según el principio de separabilidad. Cosa distinta es que se determine por los árbitros la nulidad del contrato principal por su vulneración del orden público internacional⁹⁹. Con sonadas excepciones, como la ofrecida por el caso *Westacre*¹⁰⁰, el árbitro está obligado a apreciar tanto de oficio como a instancia de parte, cualquier prueba de corrupción que ante él se presente, siempre y cuando haga constar todas sus actuaciones en su laudo y estas sean realizadas en el marco de la protección del mismo y la institución arbitral así con el debido cumplimiento de las legalidades jurídicas y procesales necesarias. En definitiva, no es posible reconocer la existencia de derechos nacidos de actos ilegales, pues ello atenta directamente contra el orden público internacional

95 CAIVANO (2012, pp. 3-52).

96 CREMADES y CAIRNS (2012), pp. 76-85); V. PAVIC (2012, pp. 661-685).

97 *Vid.* el texto en LEW (1978, pp. 553 ss); MAYER (1991, pp. 379 ss); FADLALLAH (1994-V, pp. 373 ss); HANOTIAU (1994, p. 958).

98 *Vid. infra*, nº 16.

99 HANOTIAU (1994, pp. 958 ss).

100 *Vid. infra*, nº 18.

3.3. Arbitrabilidad en los litigios con indicios de cohecho y corrupción

En las páginas anteriores se han realizado varias referencias a la arbitrabilidad de los contratos afectos por prácticas de tráfico de influencias o corrupción. Ciertamente, en muchos países estas actuaciones son constituyen una práctica habitual para obtener un contrato y, en caso de crisis del mismo¹⁰¹, el arbitraje internacional puede ser utilizado fraudulentamente como un técnica para que este tipo de contratos encontrasen una cierta vía de legitimación. Con referencia a la competencia del árbitro para sancionar los contratos que están sometidos a corrupción o a tráfico de influencias la práctica arbitral, al margen de la diversidad de concepciones de moralidad existente en los diversos círculos jurídicos¹⁰², muestra dos líneas de interpretación contradictorias.

i) La primera adopta una posición restrictiva de alcance del convenio arbitral según la cual, en función de su ilicitud el contrato principal es nulo y no despliega ningún efecto, siguiendo el aforismo de que (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*); por esta razón el convenio arbitral deviene inválido y el árbitro no puede pronunciarse por falta de competencia; con otras palabras, el pacto arbitral carecería de validez si se ha incurrido en alguno de aquellos vicios que destruyen cualquier acto jurídico conforme a las normas generales de la teoría de las obligaciones, perdiendo toda efectividad y permitiendo la entrada de la justicia estatal para decidir los conflictos a los cuales podía aplicarse el convenio arbitral inválido. Es expresiva de esta tendencia el Laudo de la CCI, n° 1110/1963 donde árbitro sueco Lagergren declinó su competencia considerando contrario al orden público internacional el convenio celebrado entre un ex funcionario argentino y una sociedad inglesa en la “era de Perón” para someter a arbitraje el contencioso producido como consecuencia de la ejecución de un contrato de agencia para la adjudicación de un contrato de obras públicas toda vez que la controversia versaba sobre el pago de sobornos y el tráfico de influencias¹⁰³. En esto caso el árbitro se convirtió en auténtico guardián del orden público considerándose con competencia suficiente para decidir sobre la violación del contrato principal al orden público, para ello, le era dable la comprobación de la eventual ilicitud del contrato con el objeto de no llegar a un laudo contrario a esta noción¹⁰⁴; en su opinión la controversia comportaba tan groseras violaciones a las buenas costumbres y orden público internacional que no podría ser sancionado por ninguna jurisdicción, fuese la argentina, la francesa o la de cualquier país civilizado y ello justificaba su declinación de competencia. Prescindiendo del juicio de valor efectuado por el árbitro,

101 *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya* (ICSID CASE N° ARB/00/7), párrafo 156 [<http://www.italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>].

102 PARK (2003, pp. 279 ss); ROGERS (2005, pp. 999 ss); RAOUF (2009, pp. 116-136).

103 WETTER (1994, pp. 277-294); HANOTIAU (1994, pp. 958-959); MOURRE (2006, pp. 95-118); SAYED (2004, pp. 59 ss).

104 HEUZE (1993, pp. 179-198).

es discutible que este razonamiento se acomode al de la autonomía de la cláusula arbitral¹⁰⁵.

ii) La segunda vía sostiene, por el contrario, la autonomía del convenio arbitral y es respaldada por la mayoría de las sentencias arbitrales y por la doctrina mayoritaria; en consecuencia, aunque el contrato principal sea ilícito, la cláusula arbitral sigue siendo válida permitiendo así al árbitro de sancionar la ilicitud del contrato. Resulta indiscutible, a partir de aquí, que la supresión de la corrupción y del blanqueo de capitales forma parte del orden público internacional y tiene que ser respetada por los árbitros internacionales¹⁰⁶.

Sin embargo, el mayor escollo ante el que se encuentra dichos árbitros ante este tipo de situaciones es cómo debe evaluar o qué nivel de prueba debe ser la admitida¹⁰⁷. De esto se infiere que los árbitros tienen la obligación de investigar las alegaciones de corrupción tanto para determinar si son contrarias al orden público internacional, como para establecer, por el contrario, que se han formulado con la única intención de eludir la competencia del tribunal arbitral. La jurisprudencia arbitral se ha ocupado en extenso de la cuestión en un afán de hallar valores éticos con validez universal¹⁰⁸. El Laudo CCI n° 8891/1998 puso de manifiesto el carácter ilícito de los contratos viciados por prácticas de soborno está claramente establecido por la jurisprudencia arbitral y que la actitud de los árbitros en tal sentido se desprende de un principio de orden público transnacional¹⁰⁹, cualquiera que sea la ley aplicable. Ello explica la presencia de laudos arbitrales que han procedido a anular, con apoyo en la noción de orden público transnacional, contratos calificados de corrupción. Por eso los operadores del arbitraje internacional ha preferido el tenor del Laudo CCI n° 3916/1982 (*Loewe*) que, aparte de resaltar el carácter ilícito del tráfico de influencias existente en el caso, subrayó la independencia de la cláusula arbitral con respecto al contrato del cual formaba parte, por lo cual el tribunal arbitral pudo confirmar su competencia y proceder a la anulación del contrato de fondo¹¹⁰.

105 WETTER (1994, 277 ss).

106 CREMADES y CAIRNS (2003, pp. 87-88).

107 SCHERER (2002, pp. 29 ss); ROSSELL y PRAGER (1999, pp. 348 ss).

108 LOQUIN (1996, p. 278).

109 "(U)n contrat incitant ou favorisant la corruption des fonctionnaires est contraire à l'ordre public transnational et que, si tel s'avère être l'objet du contrat de consultance, il n'a d'autre option que d'en constater la nullité" (*Journ. dr. int.*, 1984, p. 1080).

110 "(M)ême si, dans un certain pays et à une certaine époque, la corruption de fonctionnaires est une méthode généralement acceptée dans les relations d'affaires, on ne peut du point de vue d'une bonne administration ni de celui de la moralité dans les affaires, clore ses yeux devant l'effet destructif de telles pratiques nocives" (*Collection of ICC I*, pp. 507-511). En una direcció similar se pronunció el Laudo CCI n° 3913/1981 (*U.K. Company v. French Comany / African country*), en la cual el árbitro, refiriéndose a una comisión reclamada por una entidad británica, afirmó que: "n'est pas seulement conforme à l'ordre public français interne, elle résulte également de la conception de l'ordre public international tel que la plupart des nations le reconnaît. Si de telles pratiques ont pu être

La posibilidad de que por vía del arbitraje se oculten actos ilícitos, es hoy de la mayor actualidad en campos tales como la corrupción (el cohecho a funcionarios públicos), el blanqueo de capitales y el fraude contable¹¹¹; una situación tan frecuente que ha sido considerada con razón como una de las grandes paradojas del comercio internacional¹¹². Dicha posibilidad complica extraordinariamente la relación del tribunal de arbitraje con las partes y hace que el compromiso asumido por los árbitros sea mucho más difícil de cumplir, pero ello no puede conducir a una inhibición para resolver el asunto. La complicación estriba en que la corrupción se solapa en contratos aparentemente neutros que responden a denominaciones tales como contratos de comisión, corretaje, mandato, representación, agencia, etc..., y cuya neutralidad se intenta mantener por las partes una vez iniciada las actuaciones desplazándose al árbitro la indagación de la ilicitud¹¹³. Una indagación compleja, pues no es inusual que los motivos inmorales hayan sido compartidos por ambas partes: la entidad que ha obtenido sobornos importantes gracias a haber conseguido los contratos no ocupa una mejor posición moral que la empresa que ha realizado el pago de dichos sobornos, si bien la nulidad del acuerdo redundará generalmente sólo en beneficio de la primera.

Ante una situación de este tipo el tribunal arbitral ha de adoptar una actitud activa actuando en dos planos diversos: de un lado, debe examinar la trascendencia de la alegación dentro del orden público a partir de las pruebas referentes a la alegación y determinar su relevancia con arreglo a la ley aplicable; y, de otro lado, resulta oportuno que realice una referencia expresa en el laudo a la alegación, a los hechos probados y a los fundamentos jurídicos aplicables en relación con esa alegación¹¹⁴.

Sumamente expresivo de la doctrina, absolutamente incompatible con la actual práctica del arbitraje, que figura en ciertos laudos según la cual un tribunal de arbitraje no tiene el deber de examinar el cohecho no alegado por las partes, es el Laudo CCI nº 7047/1994 (*Westacre Investments Inc. / Jugoimport Spdr Holding Co Ltd.*)¹¹⁵. La consultora "Westacre" debía cobrar una serie de comisiones, en atención a un contrato referente a la venta de equipo militar al Ministerio de Defensa de Kuwait. Sin embargo, los demandados se negaron a pagar las comisiones pactadas que figuraban en el acuerdo de consultoría y por

constatées dans certains pays, il est patent, néanmoins, que la communauté internationale des affaires et la plupart des gouvernements s'opposent à toute pratique corrupive", (ibid., pp. 497-498; Journ. dr. int., 1985, pp. 989 ss).

111 EL KOSHERI y LEBOULANGER (1984, pp. 3-19); SAYED (2001, pp. 653-671); LAMM, PHAM y MOLOO (2010, pp. 706-719).

112 OPPETIT (1987, pp. 5-21).

113 COURT DE FONTMICHEL (2004, pp. 330 ss).

114 CREMADES y CAIRNS (2003, pp. 87-88).

115 ASA Bull., 1995, pp. 301 ss.

tanto Westacre promovió un arbitraje CCI tal y como figuraba en una cláusula del referido contrato. Los demandados alegaron la nulidad del acuerdo por ser contrario al orden público internacional con apoyo en el art. 190.2º e) de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, argumentando que había habido sobornos por parte de la consultora a personal del Ministerio de Defensa de Kuwait. No obstante, la mayoría del tribunal arbitral decidió que el cohecho debía ser probado y alegado en forma clara e inequívoca por las partes, circunstancia que no se había hecho. Como puede comprobarse, la cuestión central era determinar si un tribunal arbitral podía resolver una controversia aún no planteada por las partes cuando se vulneraba el denominado orden público internacional, en este caso, en materia de cohecho, blanqueo de capitales o de fraude contable grave o de cualquier otro delito que ponga en juego la estabilidad y la paz internacional¹¹⁶. Si bien en el caso en análisis, no se habían tratado cuestiones no alegadas por las partes, la doctrina sobre el particular ha destacado, que el árbitro internacional debe tratar cuestiones que afecten el orden público internacional como las de cohecho, blanqueo de capitales o fraude contable grave, etc., siempre que exista alguna sospecha en el desarrollo del proceso arbitral, cualquiera sea la intencionalidad de las partes¹¹⁷.

De acuerdo con la doctrina que examinamos, la corrupción es una lacra del Derecho de los negocios internacionales contraria a las buenas costumbres y al orden público internacional para la comunidad internacional de naciones¹¹⁸. Por eso, el mayor error que puede cometer un tribunal de arbitraje es desconocer una sospecha de cohecho, blanqueo de capitales o fraude grave contable. Es recomendable, pues, que no sólo se admita la sospecha sino que se examine la prueba pues el árbitro internacional tiene una clara obligación de tratar estas cuestiones siempre que se presenten en el arbitraje y cualquiera que sea la voluntad de las partes y de hacer constar en el laudo sus conclusiones sobre los hechos y los fundamentos jurídicos. De esta forma se protege el carácter ejecutorio del laudo y el propio prestigio de la institución de arbitraje si nos hallamos ante un procedimiento administrado¹¹⁹.

116 El árbitro, en tanto que juez exclusivo del comercio internacional y garante de su buen desarrollo, del respeto de las reglas elementales de la sociedad de comerciantes y de la ética de los negocios, debe respetar y hacer respetar el orden público. Si se percató de la existencia de un delito no debe cerrar los ojos y convertirse en cómplice del mismo, puesto que tiene una responsabilidad respecto del funcionamiento y la ética del arbitraje (CLAY, 2007, pp. 41-45).

117 MELTZ (2000, pp. 80-88). *Vid.* notas de A. SHEPPARD en *Int'l Arb'n L. Rev.*, 1998, pp. 54 ss y de S. WADE, *ibid.*, 1999, pp. 97 ss; SAYED (2004, pp. 47 ss).

118 Laudo CCI nº 1110/63, cit. nota 97, párrafo 20.

119 CREMADES y CAIRNS (2003, pp. 93-94).

4. Orden público y sustanciación del proceso arbitral

4.1. Ámbito de los poderes de los árbitros

El efecto esencial del convenio arbitral es descartar la intervención jurisdiccional en la solución del litigio, lo que implica que no pueden aplicarse al arbitraje los mismos principios que rigen en la jurisdicción ordinaria. Baste atender a los axiomas del efecto útil del acuerdo arbitral, al de la competencia del árbitro para determinar su propia competencia o al de la separabilidad del acuerdo arbitral del contrato del que forma parte, y, a los fines de nuestro estudio, del respeto al orden público internacional. En este contexto, junto a las disposiciones de procedimiento establecidas en los Reglamentos de arbitraje, han ido surgiendo una serie de principios, configurados como una emanación de las prácticas arbitrales recientes, y concretados en el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes, en los deberes de los árbitros, en la eficacia del laudo arbitral y en las mejoras al procedimiento¹²⁰. A su lado, también se han ido decantando otros postulados que constituyen la esencia misma del proceso arbitral, integrando una importante dimensión del orden público del árbitro.

Dichos principios exteriorizan un carácter de permanencia, un contenido lo suficientemente general para orientar la labor de los árbitros, un carácter de complitud suficiente para llenar las carencias de un hipotético Código del procedimiento arbitral¹²¹, y una marcada autonomía de las soluciones contenidas en los tradicionales Códigos de procedimientos jurisdiccionales. Pese a su contenido informal asientan un inequívoco carácter de juricidad y un marcado componente técnico. Evidentemente muchos de estos postulados se han incorporado a algunas legislaciones nacionales y reglamentos de arbitraje dando lugar a una suerte de globalización del procedimiento arbitral¹²², llegando, incluso, a consolidarse como una especie de *lex proceduralia* del arbitraje¹²³, integrada por principios constitutivos de un genuino orden público internacional¹²⁴.

Como emanación directa de estos principios de protección y defensa del orden público procesal en las hipótesis de indefensión, que no deben ser ignorados, la función arbitral está sujeta a una serie de limitaciones:

i) La observancia de la voluntad de las partes. Los árbitros tienen que acatar y aceptar las reglas de procedimiento cuando las partes se ponen de acuerdo, ello implica que no deben

120 BÖCKSTIEGEL (1999, pp. 49-53); MANTILLA SERRANO (2005, pp. 163-198).

121 HASCHER (1999, p. 62).

122 KAUFMANN-KOHLER (2003, pp. 1313-1333).

123 KURKELA y TURUNEN (2010, pp. 8-14).

124 MATRAY (1982, p. 241-251); OPPETT (1992, pp. 404-405).

adoptar una posición pasiva al respecto sino que han de asumir un papel interactivo desde el principio y aceptar la propia responsabilidad de sus actos.

ii) El respeto a al debido proceso¹²⁵. El componente de equivalente jurisdiccional del arbitraje, confiere al árbitro una serie de poderes similares a los que desempeñan los jueces estatales dentro de lo que se conoce como “orden público procesal”¹²⁶; por tanto su libertad de actuación está determinada a que, a lo largo del proceso arbitral, observen las oportunas consideraciones de orden público que ordenan el debido proceso¹²⁷.

iii) El acatamiento por los árbitros de los principios de independencia y de imparcialidad, que deben considerarse como principios esenciales del orden público internacional¹²⁸. Y, a estos postulados debe añadirse el deber de los árbitros de respetar el secreto de sus deliberaciones¹²⁹; su incumplimiento en favor de una de las partes es considerado por algunas sistemas como la violación de un principio general derivado del orden público procesal¹³⁰.

iv) El respeto al principio de colegialidad, cuando el arbitraje es resuelto por tres árbitros¹³¹. La deliberación de los árbitros comporta la discusión o debate entre los miembros del

125 JAKSIC (2007, pp. pp. 159-172). *Vid.* Sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París (ord. réf.) de 6 enero 1999 (*A. Coquard v. Société Vidéopole*), *Rev. arb.*, 1999, p. 134 ss y nota de A. HORY.

126 SCHWEBEL y LAHNE (1987, pp. 205-226); BOLARD (2004, pp. 511 ss).

127 Corresponde, sin embargo, a la parte que reclama, una actitud activa. Según el ATS 1ª 13 marzo 2001: “la demandada bien pudo oponer los motivos y medios de defensa adecuados, tanto en cuanto a la forma como al fondo, en el curso del procedimiento arbitral; siendo, en fin, su voluntaria falta de intervención en el mismo la que impide apreciar la falta de las debidas garantías, dentro del concepto de orden público en sentido internacional, visto su contenido netamente constitucional” (*JEA*, nº 522 A); HASCHER (1999, pp. 141-142).

128 BĚLOHLAVEK (2014, pp. 47-73).

129 Así lo entendió, interpretando el antiguo art. 1469 NCPC la sentencia de *Cour d'appel* de Rouen de 16 abril 1986, *Rev. arb.*, 1988, pp. 327 y nota de M. de BOISSÉSON. *Vid.*, asimismo BERAUDO (2005, pp. 101-123).

130 DERAIS (2012, p. 915); *vid.* Sentencia de la *Cour d'appel* de París 25 mayo 1990 (*Fougerolle S.A. v. Procofrance, S.A.*), *Rev. arb.*, 1990, pp. 892 ss; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993, pp. 753 ss y nota de B. OPPEIT

131 En España el art. 35 LA/2003 determina el principio de colegialidad en la adopción de decisiones salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa y, únicamente, faculta al presidente del tribunal arbitral, para decidir por sí solo, cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento. *Vid.* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Madrid de 20 septiembre 2013 (*Puma, S.E.*) (*Arbitraje., Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, nº 3, 2013, pp. 90-905). La vulneración del principio de colegiación puede dar lugar a la responsabilidad del árbitros o arbitros infractores. Sentencia del Tribunal Supremo 1ª 15 febrero 2017 confirmó la condena a dos árbitros por actuación temeraria en su labor en un arbitraje, al dictar el laudo definitivo prescindiendo del tercer árbitro, que era el designado por Puma. La Sala ratificó la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Madrid de 20 de septiembre de 2013 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Octava, de 27 de octubre de 2014

tribunal arbitral y, en su caso, su votación al respecto, una vez de haber establecido cada uno de ellos la razón o sinrazón de su voto antes de emitirlo y es la forma de conformar la voluntad del tribunal arbitral, presidida por el principio de colegialidad¹³², que se recoge en los arts. 35 y 37 LA/2003133, e implica que cada árbitro pueda debatir con sus colegas todas las decisiones adoptadas por el tribunal arbitral¹³⁴.

Además, en el desempeño de su función el árbitro se encuentra ante una importante dialéctica. De un lado, debe evitar que sus actuaciones puedan entorpecer o dificultar la ejecución del laudo, pero, de otro lado, es custodio del orden público internacional, lo cual se traduce en la adecuación de su comportamiento a unos determinados estándares morales, entre los que figura expresar cualquier violación de dicho orden público¹³⁵; ello se refleja, por ejemplo, en su margen de maniobra en orden a la admisión de las pruebas documentales, con el límite de las obtenidas en contrariedad con el orden público. Es una dialéctica que conduce a la determinación de los poderes del árbitro en la conducción del proceso arbitral y, en particular, a la obligación de evitar de extralimitarse en sus funciones, no sólo excediendo el objeto del arbitraje (*extra petita*) sino por una mala aplicación del orden público¹³⁶.

En el caso de arbitraje de equidad, los poderes atribuidos a los árbitros deben referirse al fondo del asunto y no al procedimiento arbitral: la solución en equidad no autoriza al tribunal arbitral ni a las partes a alterar las reglas del debido proceso. Por consiguiente, el arbitrio de equidad no permite en ningún caso al tribunal arbitral descartar las reglas procesales establecidas por las partes en el convenio arbitral, incluyendo la remisión a un determinado Reglamento de arbitraje; esto es debe respetar las normas procesales imperativas rectoras del denominado “orden público procesal”, que se estudiará en el apartado siguiente, y la necesidad de motivar el laudo arbitral. Ahora bien, en este caso las

[<<https://fernandezrozas.com/2017/02/21/el-tribunal-supremo-condena-a-indemnizar-a-puma-a-los-dos-miembros-del-tribunal-de-arbitraje-que-dictaron-un-laudo-luego-anulado/>>]

132 LÉBOULANGER (2005, pp. 259-267); BERNHEIM VAN DE CASTEELE (2012, pp. 559 ss).

133 STS 1ª 13 julio 1982. “... no cabe otorgar validez al laudo arbitral en cuya elaboración y dictado se infringió un precepto legal de tanta relevancia como el que afecta a la composición del órgano colegiado que lo emitió, toda vez que, aún cuando (...) baste la mayoría de votos para dictar el laudo, es obvio que se requiere la concurrencia de la totalidad de los nombrados o, en su caso, de los designados para sustituirlos, para que el órgano colegiado cumpla legalmente la función arbitral que se le encomendó, y que, cuando, como sucede en el presente supuesto la renuncia anticipada de uno de los miembros reduce a sólo dos el órgano colegiado no puede reputarse válidamente dictado el laudo arbitral” (JEA, nº 630).

134 En Francia Sentencia de la *Cour de cassation* 29 junio 2011 (*Soc. Papillon group corporation c/ République arabe de Syrie et autres*) [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024293963> >Rev. arb., 2011/48]

135 HANOTIAU (2003, pp. 261-287).

136 PARK (2011); ALLSOP (2014, pp. 639-660).

posibilidades del tribunal arbitral para descartar las normas jurídicas aplicables al litigio son ilimitadas, pues siempre deberán tener en cuenta las disposiciones de orden público cuya evicción puede dar lugar a la anulación del laudo arbitral. De esta suerte puede afirmarse que, en ocasiones, cuando el Derecho cede en favor de la equidad, regresa por el cauce del orden público¹³⁷.

4.2. Presencia de los principios rectores del proceso arbitral

La especificidad del proceso arbitral no excluye en ningún caso la presencia de una bloque de principios fundamentales de carácter procesal que deben ser respetados escrupulosamente para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, pues por su carácter esencial su no observancia es susceptible de poner en marcha de forma automática el cauce de la vía jurisdiccional contra el laudo arbitral¹³⁸. La misión del árbitro está así limitada por una serie de controles cuya función es la de preservar algunos valores que son fundamentales en el sistema de la sede del arbitraje. Nos hallamos, pues, ante una dimensión del orden público que pone el acento en el carácter garantista de la tutela judicial efectiva¹³⁹ pues, aunque las partes hayan elegido el arbitraje con la voluntad clara de que el Estado intervenga lo menos posible en sus controversias, el control judicial del laudo no supone un ataque directo a sus pretensiones originarias. Y dicho carácter se refuerza porque la existencia de ese control contribuye a reforzar la diligencia del árbitro en orden a la observancia del orden público a lo largo del desarrollo de las actuaciones arbitrales. Bien entendido que el denominado “orden público procesal” no incluye los supuestos de desconocimiento manifiesto de la ley o de los hechos¹⁴⁰.

En consecuencia, la libertad de configurar el proceso arbitral, no puede en ningún caso reemplazar la obligación de las partes y del árbitro de respetar tres principios constitucionales de índole imperativa, aplicables a todo proceso: audiencia, contradicción e igualdad¹⁴¹. Estos principios se encuentran presentes multitud de textos legales tanto

137 BREDIN (1994, p. 116). Para el AAP Madrid 28ª 22 marzo 2010, la cuestión es determinar “si, a pesar de ser el arbitraje de equidad, deben o no los árbitros observar las normas imperativas y las consecuencias que de ello pudieran derivarse en orden a la anulación del laudo si, además, éste resultase contrario al orden público, pero tal cuestión excede de la decisión sobre la arbitrabilidad de la cuestión litigiosa y, en su caso, deberá plantearse con ocasión de la acción de anulación del laudo arbitral, si llegara a ejercitarse” (JEA, nº 80).

138 MAYER (1995, pp. 2 ss).

139 KREINDLER (2015, pp. 14-15)

140 International Law Association, New Delhi Conference (2002), cit., nota 35, párrafo 29.

141 “Rigen en el procedimiento arbitral los mismos fundamentos que en los procedimientos comunes de la LEC en orden a la salvaguarda de los principios de contradicción procesal y defensa, sin que se pueda pretender que por el carácter especial del primero y su teórica simplificación de trámites dejen de observarse tales principios en garantía precisamente de derechos constitucionales, y es precisamente a este ámbito al que cabe reconducir la posible violación de normas de orden público procesal, pero sin que en modo alguno se pueda mediante esa vía indirecta cuestionar el fondo del asunto debatido y resuelto en el procedimiento arbitral” (SAP Vizcaya 4ª 30 mayo 2007, JUR\2007\349763; *vid.* en el mismo sentido SAP

internos (*v.gr.*, art. 24 LA/2003) como internacionales hasta el punto de haber adquirido un cierto grado de universalización, reconocido por parte de las jurisdicciones nacionales, integrando, al decir de la práctica del arbitraje, el contenido del orden público internacional¹⁴². Por eso un proceso arbitral respetuoso con estos principios da lugar a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a una sentencia judicial que pone en marcha, eventualmente, la ejecución forzosa del laudo.

El punto de partida es que no pueden aplicarse en el proceso arbitral los mismos principios que rigen para la jurisdicción ordinaria¹⁴³. Ahora bien, la especificidad del proceso arbitral no excluye en ningún caso la presencia de una serie de principios fundamentales de carácter procesal que deben ser respetados escrupulosamente para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el art. 24 CE.. Lo anterior está incorporado al art. 24 LA, el cual tras la rúbrica “Principios de igualdad, audiencia y contradicción” determina en su párrafo 1º que “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”. La observancia de estos postulados es tal esencial que su violación puede dar lugar a la anulación del laudo arbitral de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.1º.d) LA que se refiere a que “el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes”. De esta suerte:

i) El principio de igualdad de las partes exige que los actores en el procedimiento cuenten con medios equivalentes e idénticas posibilidades para el ejercicio de sus respectivas pretensiones y excluye que una parte sea tratada de manera preferente frente a la otra, debiendo contar ambas partes con igualdad de oportunidades de alegación, prueba e impugnación de las decisiones que pueda adoptar el árbitro¹⁴⁴. No se trata de que haya que otorgar a cada parte un número igual de posibilidades en la alegación y en la prueba de sus pretensiones, sino que las posibilidades de efectuarlas sean similares y el tribunal arbitral

Madrid 13ª 16 enero 2008, JUR\2008\ 125502, SAP Madrid 13ª 4 junio 2008, JUR\2008\ 212147, SAP La Rioja 1ª 31 julio 2008, JUR\2008\353045, SAP La Coruña 6ª 15 septiembre 2008, JUR\2008\367681). “La salvaguarda del correcto desenvolvimiento del procedimiento arbitral descansa en el riguroso cumplimiento de los principios o garantías de igualdad, audiencia y contradicción, que deben estar presentes en todas y cada una de las actuaciones previstas en el arbitraje; de lo contrario, las partes podrían ver seriamente afectados sus derechos de defensa al carecer de las debidas reglas de juego de idéntica aplicación para ambas partes (SAP Barcelona 15ª 27 junio 2008, AC\2008\1688).

142 Sentencia de la *Cour d'appel* París 9 septiembre 1997 (*Heilmann, Radiotronic v. Graziano Trasmissioni*), *Rev. arb.*, 1997, pp. 712 ss.

143 SAP Madrid 21ª 24 mayo 2011, JUR\2011\247890; STSJ Madrid CP 1ª 17 febrero 2015, JUR\2015\88128.

144 “En el caso de que en el procedimiento arbitral se hubiera dado un trato desigual a las partes, otorgando un privilegio a alguna de ellas y restringiendo a otra sus posibilidades de actuación, tal modo de proceder entrañaría una vulneración del derecho de defensa (art. 24.2º CE) incardinable en la noción de contravención del orden público...” (STSJ Comunidad Valenciana CP 1ª 26 abril 2012, *JEA*, nº 535 A).

coloque a una de las partes en una situación de inferioridad¹⁴⁵. Las manifestaciones de este postulado son muy variadas implicando, entre otras cosas, que los árbitros no pueden tener comunicaciones privadas con las partes sobre cuestiones relativas al fondo de la controversia; por eso si alguna de las partes solicita una comunicación de este tipo, el árbitro debe hacerle saber que no es posible, ya que las partes deben ser tratadas con igualdad y se les debe dar la misma oportunidad de presentar su caso y hacer valer sus derechos.

ii) El principio de audiencia (“nadie puede ser condenado sin ser oído”) implica el derecho a ser oído de todas las partes por igual y se proyecta en el derecho a la defensa de los propios intereses con el propósito evitar situaciones de indefensión material. El principio no exige que las partes sean materialmente oídas, sino que tengan la posibilidad de haberlo sido; para aclarar este punto cabe decir que la necesidad de ser oído no debe imponer el uso de la facultad, ya que el sujeto con derecho a audiencia puede no llevarla a la práctica por propia voluntad: la audiencia quedaría sin de contenido si no se integrara en el derecho a conocer lo que el resto de implicados alegan y prueban, para a su vez alegar y probar lo que se considere oportuno. El derecho de audiencia conlleva la necesidad de comunicación inequívoca a las partes con indicación del día y hora de la audiencia. A este respecto el art. 30.2º LA/2003 exige que las partes sean notificadas con la suficiente antelación de la celebración de las audiencias nuestro ordenamiento presta en el art. 5 LA una especial atención al establecimiento de disposiciones sobre citaciones y emplazamientos declarando la nulidad de lo actuado, señaladamente cuando concurre mala fe.

iii) El principio de contradicción o audiencia bilateral, *audiatur et altera pars*, con un contenido no exactamente similar en todas las culturas jurídicas, instituye un principio de reconocimiento prácticamente universal donde el orden público juega un papel relevante¹⁴⁶. Por eso ha de preservarse con idéntica intensidad tanto en el proceso jurisdiccional como en el proceso arbitral, a fin de permitir una eficaz defensa de la parte pasiva del proceso evitando la indefensión, porque precisamente entonces está en juego la decisión sobre si existe o no el derecho tal como el actor lo pide en la demanda¹⁴⁷. Dicho principio, del que se ha dicho que constituye “*le procès même*”, trata de lograr de manera exhaustiva la presencia del sujeto pasivo para garantizar su defensa, así como en la posibilidad de oponerse; significa contraposición o mantenimiento de posturas contrarias a los largo del procedimiento; consiste en la oportunidad de confrontación entre las partes, es inherente al derecho de defensa y es esencial en la práctica de la prueba, al permitir la

145 BERNHEIM VAN DE CASTEELE (2012, pp. 538 ss)

146 GUINCHARD (1997, pp. 190 ss); CHAINAIS (2010, pp. 3-44).

147 Resulta curioso que tanto los reglamentos de arbitraje como las leyes de arbitraje no articulen una reglamentación autónoma de este postulado, aunque podamos percibir su presencia en el art. 816 bis *c.p.c.* italiano, limitándose a enunciarlo: art. 16.c) de la portuguesa de 1986 (“*Em todas as fases do processo será garantida a streita observancia do princípio do contraditório*”) o el art. 24.1º LA española de 2003 (“Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”).

posibilidad para todas las partes interesadas de dar a conocer su punto de vista y de tener conocimiento del de la otra parte, traducándose, muchas veces, en la defensa contradecir la prueba de cargo¹⁴⁸. El carácter de orden público del principio de contradicción se ha generalizado en la práctica¹⁴⁹.

Al lado de la observancia de estos principios en ciertos sistemas como el español (art. 37.4º LA) se considera que la exigencia de motivación del laudo forma parte del denominado orden público procesal justificando que con ello “se persigue fundamentalmente evitar la arbitrariedad, por un lado, así como las razones ocultas, es decir, aquellas determinantes de la decisión que no podrían hacerse públicas sin merecer censura”¹⁵⁰. Refiriéndose a la motivación la (TSJ Galicia CP 1ª nº 18/2012, de 2 de mayo (*Viza Automocion S.A.U. v. Inser Robotica, S.A.*), afirmó que

“... en la medida en que el laudo lleva aparejada, igual que una sentencia firme, acción ejecutiva (art. 44 LA y 517.2º LEC), es un pilar básico del Estado de Derecho y por lo tanto, cuestión de orden público constitucional regulada en normas imperativas de ineludible cumplimiento para todo árbitro cuya resolución de fondo es, por lo demás, inapelable”¹⁵¹.

Se añade, además, que la falta de razonamiento es contrario al orden público internacional porque vulnera abiertamente el sentido de la justicia y los fundamentos mismos de la globalización de las transacciones internacionales¹⁵². Ahora bien, el juez no puede examinar la exactitud de la motivación del laudo a partir de la noción de orden público, utilizándola como comodín para anular un laudo con respaldo en eventuales errores del árbitro¹⁵³. La

148 La Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 16 enero 2003 (*Société des télécommunications internationales du Cameroun (Intelcam) v. SA France Télécom Société*) puso de relieve que: “La juridiction arbitrale doit impérativement respecter et faire respecter le principe de la contradiction; ce principe suppose que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses moyens de fait et de droit, de connaître ceux de son adversaire et de les discuter, ensuite qu'aucune écriture et qu'aucun document n'ait été porté à la connaissance des arbitres sans être également communiqué à l'autre partie, enfin qu'aucun moyen de fait ou de droit ne soit relevé d'office par le tribunal arbitral sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations” [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte= JURITEXT000006941833>; (*Rev. arb.*, 2004, pp. 369 ss).

149 SAP Madrid 8ª 18 enero 1998: “el principio de contradicción (...) exige un procedimiento arbitral totalmente transparente en su desarrollo y ajustado a cuanto disciplina con carácter de orden público” (*JAE*, nº 519). Vid. asimismo, SAP Madrid 23 septiembre 2000 (*ibíd.*, nº 521), SAP Madrid 18ª 10 febrero 2003 (*ibíd.*, nº 523), SAP Las Palmas 3ª 10 enero 2006 (*ibíd.*, nº 524), SAP Vizcaya 4ª 30 mayo 2007 (*ibíd.*, nº 526), SAP Madrid 13ª 16 enero 2008 (*JUR* 2008, 125502), SAP Madrid 13ª 4 junio 2008 (*JUR* 2008, 212147), SAP La Rioja 1ª 31 julio 2008 (*JUR* 2008, 353045), SAP La Coruña 6ª 15 septiembre 2008 (*JUR* 2008, 367681).

150 STST Andalucía 11 octubre 2013, AC/1014/246.

151 RJ\2012\6364; FERNÁNDEZ ROZAS (2013, pp. 469-477).

152 Sentencia de la *Cour d'appel* de Québec de 11 marzo 2008 (*Smart Systems Technologies Inc. v. Domotique Secant inc*), párr. 25 [<https://www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/DomotiqueCA.pdf>].

153 MAGEE (1988, pp. 464-492).

afectación al orden público de la falta de motivación debe ser apreciada, en todo caso, restrictivamente¹⁵⁴.

5. Aplicación del orden público por los árbitros

5.1. Orden público y Derecho aplicable

Emanación directa del principio de la autonomía de la voluntad es la elección de la ley aplicable en el arbitraje es una consecuencia directa del principio de la autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad de las partes para elegir el Derecho de fondo aplicable a la controversia constituye un postulado de base conducente a favorecer y proteger las características auto-regulatorias del arbitraje. En orden a la validez del convenio arbitral, esta cuestión era regulada por el art. 61 LA/1988¹⁵⁵, cuyo tenor se contraponía a la ley aplicable fondo del arbitraje contemplada en el art. 62, con una regulación claramente obsoleta en el momento en que dicho precepto se elaboró, objeto de numerosas críticas¹⁵⁶, que fue superada por el art. 34 LA/2003. En la actualidad, la LA/2003, en la línea de más modernas legislaciones,

i) Regula la cuestión de la ley aplicable a la validez convenio arbitral en el art. 9.6º (“Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho español”), lo que implica que esta última y el fondo de la controversia pueden regularse también por leyes diferentes. Es más, la ley rectora del contrato que da origen a la controversia y la ley rectora de esta última no tienen por qué coincidir: un litigio puede tener un origen contractual pero luego puede extenderse a otras cuestiones no previstas en el contrato no resultando adecuado la aplicación de la *lex contractus*. Ha de tenerse en cuenta que el convenio arbitral posee una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento jurídico que ha de regirla respecto del contrato que la sustenta, que puede quedar sometido a otro ordenamiento jurídico¹⁵⁷.

ii) Descarta en el art. 34 las soluciones de carácter conflictual, excluyendo asimismo la posibilidad de reenvío, al afirmar que “Se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”. Las “normas jurídicas elegidas por las partes” del precepto legal y del reglamentario

154 SAP Sevilla 5ª 7 julio 2010, JEA, nº 661.

155 ARROYO MONTERO (1991, pp. 894-902).

156 *Inter alia*, ESPLUGUES MOTA (1991, pp. 902-911).

157 KLEIN (1961, pp. 449-552); FERNÁNDEZ ROZAS (2006, pp. 714-719).

comprenden no solamente a las leyes estatales sino a otro tipo de reglas jurídicas entre las que se pueden incluir, como se verá, la *lex mercatoria* o los Principios Unidroit sobre contratos internacionales. A ello debe agregarse que cuando las partes eligen la ley aplicable, “un principio elemental de interpretación aconseja prescindir de la función restrictiva de la ley aplicable, pues es de suponer que las partes no habrían elegido una ley aplicable que anulara sus pactos”¹⁵⁸.

Si no cabe hablar de ley del foro en el arbitraje comercial internacional tampoco puede hablarse propiamente una ley extranjera y ello confiere al árbitro un destacado margen de actuación para la determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio. Las partes, como regla general, cuando se someten a la decisión arbitral para resolver controversias de naturaleza mercantil, deciden la ley sustantiva que se aplicará al caso en cuestión y, en función de lo acordado por las partes, se tendrán en cuenta esas fuentes legales. Aunque se aprecia un considerable repliegue, aún existen legislaciones nacionales que incluyen normas de conflictos de leyes en materia de arbitraje comercial internacional; no obstante, se suele entender que tales normas no condicionan esencialmente la labor del árbitro en caso de que las partes no hayan realizado una opción expresa. Las partes son libres de determinar el Derecho que el árbitro deberá aplicar al fondo del litigio, pero en defecto de esta indicación, los árbitros están llamados a considerar una serie de circunstancias como la búsqueda de los mejores resultados concernientes a las expectativas de las partes, descartando la aplicación de un Derecho que pueda perjudicar sus pretensiones¹⁵⁹, las estipulaciones del contrato o los usos del comercio. Sólo así, a falta de acuerdo de las partes o en defecto de éste, incumbirá al tribunal arbitral aplicar el bloque normativo que considere más adecuado para resolver el fondo de la controversia¹⁶⁰. Sin embargo, el nivel de discrecionalidad no es siempre el mismo en función de lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos de arbitraje que en unos casos, ciertamente mayoritarios, señalan que el tribunal arbitral aplicará la ley que determine más apropiada y otros que se inclinan porque el tribunal arbitral aplique la ley respecto a la cual la controversia tenga la conexión más estrecha (modelo suizo). Sea como fuere, en ausencia de una designación expresa respecto del Derecho rector del fondo de la controversia el árbitro cuenta con un amplio poder de iniciativa en la determinación de dicha ley aplicable a partir de criterios de conexión no amarrados a los tópicos tradicionales utilizados por los jueces, sino caracterizados por un margen de flexibilidad a la hora de proceder a correspondiente remisión. La práctica evidencia lo difícil que puede resultar impugnar un laudo arbitral por el hecho de que el tribunal arbitral haya seleccionado un Derecho para regir el fondo de la controversia apartándose de lo dispuesto por las normas de conflicto del Derecho del lugar donde se desarrolla el arbitraje.

158 SÁNCHEZ LORENZO (2009, p. 44).

159 Laudo CCI nº 7154/1993, *Journ. dr. int.*, 1994, pp. 1059 ss y observaciones de Y.D.

160 JACQUET (2013, pp. 195-234); GAILLARD (2014, pp. 437-467).

Cuando los árbitros aplican Derechos estatales para dar solución adecuada a la controversia lo hacen por dos razones. En primer lugar, porque ha sido deseo expreso de las partes acudir a un determinado Derecho nacional determinado y, en segundo lugar, porque ellos mismos entienden que la controversia que han de resolver debe desarrollarse necesariamente dentro de un concreto ordenamiento estatal. En tal caso los árbitros deberán aplicar ese Derecho en su integridad. Aunque la cuestión del Derecho aplicado por los árbitros esté dominada por la inexorable presencia de la *lex mercatoria*, la cuestión de la llamada “autonomía conflictual” posee en este sector una singular relevancia como pone de relieve el art. 28 LMU¹⁶¹.

El problema de la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje posee, a pesar de todo, un mayor ámbito de discrecionalidad respecto de la práctica seguida ante los tribunales ordinarios; por ejemplo, el árbitro que se enfrenta a una controversia internacional dejaría de cumplir debidamente su misión si, apartándose del *proper law of the contract*, aplica o tiene en cuenta normas imperativas pertenecientes a un ordenamiento jurídico nacional distinto. Por esos no pueden trasladarse automáticamente al arbitraje los parámetros clásicos del Derecho internacional privado en lo que concierne al Derecho aplicable. Es cierto que no es descartable el empleo del método conflictual y las consiguientes técnicas derivadas del procedimiento de atribución, pero es más frecuente que el árbitro elija directamente la norma sustancial aplicable, prescindiendo de la presencia de una norma de conflicto, atendiendo únicamente a razones de justicia material¹⁶². El carácter residual que caracteriza el método conflictual clásico en el arbitraje repercute también en el tratamiento del orden público como correctivo funcional en este sector. Su objetivo de mantener el carácter abierto de la norma de conflicto, cuando el mandato contenido en la misma conduce a la aplicación de una ley extranjera y exista la necesidad de proteger valores fundamentales del foro no opera de la misma forma en el arbitraje pues, como se ha puesto de relieve reiteradamente el árbitro carece de foro que salvaguardar. Si desde la dimensión jurisdiccional el orden público es un mecanismo esencial en los sistemas estatales, donde se suscita la clásica distinción entre orden público interno y orden público internacional y se razona a partir de la archiconocida figura de los círculos concéntricos, se habla en el arbitraje de un “orden público transnacional” cuya defensa incumbe privativamente al árbitro. Un

161 La referencia a un “Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado” que realiza este precepto es suficientemente precisa de que todavía está presente la acción de los Derechos nacionales para la regulación del fondo de la cuestión sometida a arbitraje. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado nos encontramos con una conexión principal que viene configurada por la “autonomía de la voluntad” y que no aparece acompañada de conexiones subsidiarias, toda vez que si las partes no han designado la ley aplicable “el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicable”. El poder que tiene el árbitro para separarse de los sistemas jurídicos nacionales y aplicar un Derecho “anacional”, es afirmado con gran rigor en el Laudo CCI nº 1641/1961 “Las partes no indicaron en sus acuerdos ni en su correspondencia el Derecho nacional que, llegado el caso, estimaban debería aplicarse a sus relaciones o a sus desavenencias. En verdad, han otorgado implícitamente al árbitro la facultad y el poder de aplicar a la hora de interpretar sus obligaciones las normas del derecho y en su defecto, los usos del comercio” (*Journ. dr. int.*, 1974, pp. 888 ss). El art. 28 LMU se cierra con la exclusión del reenvío dentro de este especial sector.

162 *V.gr.* art. 187.1º LDIP suiza.

orden público que se superpone al existente en el país de la sede del arbitraje y al incluido en la *lex causae*¹⁶³, pero que ofrece para las partes y grandes dificultades probatorias y provoca en los árbitros, a la hora de su aplicación, no pocas incertidumbres acerca de su grado de aceptación universal¹⁶⁴.

Esta concepción, válida en principio aunque no exenta de polémica, se ha llegado a elevar a una categoría totalmente desvinculada a los sistemas nacionales dentro de un hipotético “orden jurídico arbitral” de carácter transnacional y no “a-nacional”, donde la contemplación de los sistemas estatales de manera aislada queda sustituida por la atención a las actividades comerciales de carácter transfronterizo, esto es, una visión plural y colectiva¹⁶⁵. Como puede observarse es la sublimación de las constricciones en torno a la *lex mercatoria* realizadas en las décadas de los años sesenta y setenta del pasado siglo.

Junto a esta inadecuación, la práctica arbitral pone de relieve que el método principal utilizado por los árbitros para la elección del Derecho aplicable más adecuado es la aplicación cumulativa de diferentes normas de conflicto de los Estados relacionados con la controversia¹⁶⁶. Semejante solución se encuentra reflejada en las modernas legislaciones de arbitraje y en los reglamentos de los centros más activos apartándose de los métodos tradicionales y dispensando a los árbitros de utilizar una norma de conflicto preexistente.

Pero aún en el caso en que los árbitros se cobijen en los métodos de determinación tradicionales del Derecho internacional privado, la doctrina y la práctica internacional reconocen hace ya bastante tiempo que la solución tendente a acudir a un sistema conflictual no es similar para el árbitro internacional que para el juez estatal, en la medida en que el primero, insistimos, no dispone de *lex fori*¹⁶⁷ de la que pueda tomar las normas de conflicto, lo que lleva al árbitro a recoger ésta del lugar donde el arbitraje tenga su sede, o de cualquier otro que se considere más apropiado, por lo que sigue dominando la indeterminación al respecto. Por ejemplo, el juez español está obligado a poner en marcha el mecanismo conflictual que le remite a un sistema legalmente establecido empleando para ello las soluciones previstas en sus normas de Derecho internacional privado previstas

163 MAYER (2006, pp. 61-69); PRYLES (2007, pp. 4 ss); LALIVE (2009, pp. 599-611) y más recientemente JAGUSCH. (2015, pp. 23 ss).

164 BARRACLOUGH. y WAINCYMER (2005, pp. 205 ss).

165 GAILLARD (2007 a, pp. 329 ss); *id.* (2010, pp. 891-907).

166 Así, en el Laudo CCI nº 4237/1984 (*Syrian State trading organization/ Ghanaian State enterprise*) el árbitro decidió que debía “*apply those conflict rules with are generally followed in international arbitrations of the kind under consideration*” (*Yearb. Comm. Arb.*, 1985, p. 52). La puesta en marcha de una norma de conflicto entraña, en efecto, la aplicación de un mecanismo que actúa en dos momentos: en primer lugar, la individualización de la pertinente norma de remisión y, en segundo lugar, la aplicación del Derecho designado por la misma y la práctica demuestra que tal duplicidad tiende a ser obviada por el árbitro, sin que sea necesario establecer qué Derecho internacional privado sería aplicable para designar la ley aplicable a la controversia (Laudo CCI nº 3880/1983, *Collection of ICC I*, pp. 346-352).

167 Laudo CCI nº 1512/1971, *Journ. dr. int.*, 1974, pp. 905 ss y observaciones de Y. DERAIS.

en el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Por el contrario el árbitro, aunque utilice al igual que el juez, el método de atribución, sigue sin contar con una ley de la que pueda tomar la norma de conflicto pertinente; por ello más que elegir una ley suele combinar opciones con el objetivo de alcanzar la ley más apropiada para solucionar la controversia¹⁶⁸. Junto a esto, la práctica arbitral de los últimos tiempos arroja una favorable predisposición a la aplicación por los árbitros de un Derecho no estatal, a través del empleo de los principios generales del Derecho y de los usos del comercio aceptados en las transacciones internacionales. De esta suerte, el árbitro protege una serie de valores acudiendo a nociones diversas como “buenas costumbres”¹⁶⁹, “ética de los negocios internacionales”¹⁷⁰ u “orden público de esencia verdaderamente internacional”¹⁷¹, aunque debe ser cauto y comprobar cuidadosamente la existencia objetiva de tal noción a partir del estudio del contenido de los Derechos estatales, de los convenios internacionales y de las soluciones de la “jurisprudencia arbitral”.

Las modernas legislaciones nacionales y los reglamentos de arbitraje insisten en que en defecto de elección por las partes de las reglas de Derecho aplicables el árbitro utilizará las reglas que considere más apropiadas (*direct approach*) alejándose de las concepciones

168 La apuntada tendencia es claramente seguida en Europa, como muestran, las reglamentaciones de Francia (de acuerdo con el art. 1496 *NCPC*, el árbitro dirime el litigio conforme al Derecho elegido por las partes y, en defecto de elección, de acuerdo a las normas que estime apropiadas teniendo en cuenta, en todo caso, los usos de comercio.), Países Bajos (el art. 1054 *CPC*, que ordena al tribunal arbitral dictar su laudo conforme a las “*rechtsregels*”, elegidas por las partes y, en defecto de tal elección, de conformidad con las “*rechtsregels*” que considere pertinentes.) o Suiza (el art. 187.1º *LDIP* se refiere, en su versión francesa a las “*règles de droit*”, y no al “Derecho”, elegidas por las partes; por lo que no quedan restringidas a la elección de un determinado Derecho estatal pudiendo optarse, sin duda alguna, por normas de carácter no nacional como la *lex mercatoria*). En puridad la reforma del arbitraje realizada en España refleja, como es lógico, esta tendencia. En la exposición de motivos de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre se indica que la utilización en el art. 34 de la expresión “normas jurídicas” en vez de “Derecho aplicable” obedece a que “esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional”. Se trata de una clara diferencia con la situación de la anterior Ley 36/1988, en la que se utilizaba una norma de conflicto en cascada de carácter rígido y extraordinariamente inoperante. El art. 34 *LA/2003* parece inclinarse por un arbitraje deslocalizado, posible sólo cuando éste sea internacional, de acuerdo a lo previsto en el art. 3. Sin embargo, de la lectura de la referida exposición de motivos se infiere que el legislador se inclina a optar por una postura más pacífica muy cercana a la “convivencia” de la que se hablaba más arriba. La expresión “normas jurídicas” ofrece un abanico más amplio de posibilidades a las partes y a los árbitros, lo cual no significa que se vaya a prescindir de todo Derecho nacional en cada caso. *Vid.* ESPLUGUES MOTA (2004, pp. 1122-1127); LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005, pp. 699-718).

169 Laudo nº 5622/1988 (*Hilmarton*), *ASA Bull.*, 1993, p. 247 ss; *Rev. arb.*, 1992, p. 327 ss; *Riv. arb.*, 1994, pp. 773 ss; *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XIX, 1994, pp. 105 ss; SCHERER (2005, pp. 116-119).

170 Sentencia de la *Cour d'appel* de París 30 septiembre 1993 (*European Gas Turbines v. Westman*), *Rev. arb.*, 1994, pp. 359 ss y nota de D. BUREAU; Laudo CCI nº 7664/1996 (*Frontier AG and Brunner Sociedade v. Thomson CSF*), SAYED (2004 p. 307).

171 Sentencia de la *Cour d'appel* de París 25 mayo 1990 (*Fougerolle S.A. v. Procofrance, S.A.*), cit.. nota 130.

conflictualistas que habían dominado la etapa anterior y que se refleja en el art. 28 LMU, concebido desde una óptica básicamente conflictualista, y en los ordenamientos que lo incorporan. La comparación de las soluciones contenidas en las antiguas versiones del Regl. CCI con el art. 19 del vigente Regl. de 2012 es particularmente demostrativa de este cambio. De lo dicho se desprende que los árbitros gozan de libertad para acudir a la ley rectora del fondo de la controversia por vía directa abandonando el procedimiento clásico de atribución (*vgr.*, art. 22.1º Regl. Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo 2010, o art. 33 Regl. suizo de arbitraje internacional 2012).

En un marco contractual la libertad de las partes tiene sus límites. Al respecto, la Decisión sobre jurisdicción de 19 agosto 2013 (*Niko Resources v. Bangladesh, BAPEX, and Petrobangla*) el tribunal arbitral administrado por el CIADI afirmó que

“Normally, arbitral tribunals respect and give effect to contracts concluded by the parties which agreed on the arbitration clause from which they derive their powers. However, party autonomy is not without limits. In international transactions the most important of such limits is that of international public policy. A contract in conflict with international public policy cannot be given effect by arbitrators”¹⁷².

Una incorrecta elección del Derecho aplicable puede dar lugar a la intervención del orden público en su tradicional papel de correctivo funcional que corresponde apreciar a los árbitros¹⁷³ y, en tal caso deberá sustituir el Derecho originariamente designado con carácter parcial o en su totalidad. Por esta razón la designación del Derecho debe realizarse con suma cautela pues la operación de remitirse a un Derecho nacional puede traer incorporada la aplicación de determinados instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, cuyas soluciones difieren del Derecho interno originariamente designado. Y si la designación se realiza a un bloque normativo de carácter anacional obligará a los árbitros a precisar su contenido, dando lugar a soluciones inesperadas.

Si bien la excepción de orden público, en tanto que un correctivo excepcional, permite al juez descartar la norma jurídica extranjera normalmente aplicable, cuando incluya regulaciones inadmisibles para la solución del caso concreto en el país del juez del foro, esta operación no puede ser trasladada al árbitro. Los poderes del árbitro son limitados si las partes han realizado una elección expresa e inequívoca a una ley y no puede verificarse la existencia de una causa suficientemente justificada para dejar sin efecto tal designación. Si el árbitro no aplica la *lex contractus* y, en su lugar, toma en cuenta los principios del orden público realmente internacional o, simplemente, aplica una norma imperativa de otro Estado puede exponer el laudo a su anulación por exceder los límites de su misión¹⁷⁴.

172 ICSID Case Nos. ARB/10/11 and ARB/10/18 (Decision on Jurisdiction date 19 August 2013), párrafo 118.

173 DERAIS (1986, pp. 378 ss).

174 MAYER (1991, p. 391 y 1994, pp. 615 ss).

Esta cuestión condice a la polémica en torno a si los árbitros deben limitarse a una mera verificación del orden público o pueden adoptar posiciones más enérgicas, que se resuelve teniendo en cuenta el postulado de la eficacia del laudo arbitral que constituye una de las obligaciones esenciales de los árbitros. Debe advertirse, sin embargo, que el árbitro no es el guardián del orden público pues en su misión el Estado no le ha atribuido esta función. El hecho de que haya sido elegido por unos particulares para que resuelva su controversia no le confiere una posición especial o de privilegio en la defensa del interés público. Sus obligaciones, derivadas de la misión que le ha sido encomendada, se limitan a aplicar las normas de orden público, en la medida en que regulan la relación entre las partes careciendo de una responsabilidad similar a la que desempeña el juez¹⁷⁵. Además, el orden público limita la labor del árbitro al existir la posibilidad de que su decisión sea posteriormente evaluada por un tribunal judicial, por ello dicha labor debe estar caracterizada por importantes dosis de prudencia y de responsabilidad.

Ahora bien, siendo el arbitraje un proceso mediante el cual las partes contratantes habrán de dirimir el eventual conflicto en un contrato dado, no resulta propio de este instituto que los árbitros deban inhibirse de entender en el conflicto si se encuentra comprometido el orden público. Puede suceder se trate de disposiciones específicas de carácter irrenunciable para las partes, o bien, que exista algún punto de conexión con una ley de orden público de posible interpretación, pero no sea determinante al momento del compromiso arbitral y si lo sea si el asunto está sometido a la decisión de árbitros¹⁷⁶. Y esta operación debe realizarse aunque se trate de un arbitraje de equidad¹⁷⁷. Es cierto que existen cuestiones afectadas por el orden público cuyo manejo por los árbitros ofrece mayores dificultades que si el litigio se suscita ante los jueces estatales, pero el hecho de que estas normas sea de orden público, no priva a los árbitros de sus facultades para conocer del mismo o exigir que sean escuchadas por los tribunales ordinarios¹⁷⁸. Precisamente si en una primera etapa de la evolución del arbitraje los Estados fueron reticentes a ceder la potestad para arbitrar sobre determinadas materias especialmente intervenidas por la normativa imperativa y el orden público, las

175 MAYER (1994, p. 630).

176 La Sentencia de la *Cour d'appel* de París 29 marzo 1991 (*Société Ganz et autres v. société nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, pp. 478 ss y nota de L. IDOT), afirmó que la misión del tribunal arbitral en un arbitraje internacional debe respetar escrupulosamente el orden público internacional: "... en matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence qu'ant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public...". Vid. COIPEL-CORDONNIER (1999, pp. 225-227)

177 BLACKABY y PARTASIDES (2009, n° 3.199); KAUFMANN-KOHLER (2004, p. 364). La Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 16 marzo 1995 (*SARL Enodis c. société SNe Prodim*) estableció que: "[m]ême lorsqu'ils statuent en qualité d'amiables compositeurs, les arbitres doivent trancher le litige conformément aux règles de droit impératives: ils ne peuvent esquiver l'application des normes, internes et communautaires, d'ordre public...", *Rev. arb.*, 1996, n° 1, pp. 146 ss y nota de Y. DERAINS). Vid. SAP Madrid 28ª 22 marzo 2010, *JAE*, n° 46.

178 THUILLEAUX y PROCTOR (1992, p. 492).

posibilidades de arbitrabilidad fueron aumentado a medida en que los árbitros fueron desarrollando correctamente su función¹⁷⁹.

Algunos ejemplos respaldan estas afirmaciones:

i) Pese al resultado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 diciembre 1953 (*Wilko v. Swan*)¹⁸⁰, los tribunales de Estados Unidos adoptaron un enfoque restrictivo en orden a las interferencias del orden público en relación con eficacia de la cláusula arbitral. En este asunto el Tribunal tuvo que decidir acerca de la validez de las consideraciones de orden público insertas en *Securities Act* de 1933, que habían anulado un acuerdo de arbitraje entre las partes y la respuesta fue positiva. Para el Tribunal aunque en un caso de este tipo debían tenerse en cuenta no sólo de los objetivos nacionales sino también los objetivos internacionales, llegó a la conclusión de que debían prevalecer las consideraciones de orden público presentes en la referida Ley que invalidaron un acuerdo de arbitraje hecha antes de que surgiera la controversia¹⁸¹.

ii) Interpretando lo dispuesto en el art. 2639.2º del Código civil de Québec de 1991 (*“Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d’arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d’ordre public”*), la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 21 de marzo de 2003 (*Desputeaux v. Éditions Chouette -1987- inc.*)¹⁸² confirmó la validez de las cláusulas de arbitraje sobre disposiciones o normas legales de orden público, a menos que la controversia se refiera a un asunto respecto del cual el legislador haya excluido expresamente el uso del arbitraje, o si se refiera a cuestiones de orden público y, en este último caso consideró que el concepto de orden público debe ser interpretado de manera restrictiva y que el árbitro no está obligado a interrumpir su actividad por el hecho de surgir en el proceso una cuestión susceptible de ser considerada como de orden público.

La práctica cada vez reconoce con mayor intensidad que no es necesario prohibir que el arbitraje resuelva controversias involucran a la interpretación o aplicación de las normas de orden público y que es suficiente con conferir a los tribunales judiciales la facultad de comprobar que el laudo no ha desconocido tal eventualidad con ocasión de la acción o recurso de anulación. En consecuencia los árbitros están facultados para aplicar las consideraciones de orden público si están vinculadas al convenio arbitral, aunque estén

179 VON HOFFMAN (1999, pp. 3-28).

180 [346 U.S. 427 (1953) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/427/case.html>>]. CURTIN (1997, p. 272).

181 *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Noveno Distrito, de 4 marzo 1985, *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd* [470 U.S. 213 (1985) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/470/213/case.html>>]. *Vid.* DURRER (1987, pp. 335-362); STEMPEL (1990, pp. 286-289).

182 [(2003) 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17 <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/2048/index.do>>]. *Vid.* FORTIER y BLANCHARD (2013, pp. 14 ss).

limitados para extender sus competencias a materias no relacionadas con esta noción¹⁸³. La práctica arbitral evidencia que el contenido del orden público aplicado por los árbitros no es otra cosa que emanación del estado actual de la autorregulación que caracteriza una gran parte del contenido normativo del Derecho de los negocios internacionales¹⁸⁴. Así, al lado de principio de buena fe y de la prohibición del abuso del derecho, se halla obligación del respeto a las buenas costumbres en la contratación internacional¹⁸⁵.

5.2. Arbitrabilidad de controversias afectadas por normas imperativas

Pese a su debilitamiento respecto de su acción en periodos anteriores¹⁸⁶, en el caso del arbitraje, la relación de algunos litigios, o de las operaciones afectadas por normas imperativas¹⁸⁷, ha generado dos incógnitas en la doctrina. De un lado, la posible inarbitrabilidad de controversias intervenidas por normas imperativas y, de otro, la necesidad o no para los árbitros de respetar tal imperatividad. En el momento actual no es una cuestión menor considerar que las controversias en las que aparecen normas materiales imperativas siguen siendo arbitrables¹⁸⁸. De acuerdo con la STSJ, 1ª, Madrid 21 abril 2015:

“No se puede confundir vulneración del orden público con posible vulneración de normas imperativas. Toda vulneración del orden público implica la vulneración de una norma imperativa, pero no toda vulneración de norma imperativa, si se produjera, comporta la vulneración del orden público (...). Y si no toda vulneración (declarada y apreciada) de una norma cabe encuadrarla dentro de la vulneración del orden público, tanto menos es posible ese encuadre cuando lo que se discute o alega es la interpretación de una norma de una forma diferente entre la hecha por la parte y la realizada por el árbitro”¹⁸⁹.

Esta máxima es totalmente predicable al arbitraje internacional, donde en la arbitrabilidad de las controversias intervenidas por el orden público prima la internacionalidad del

183 COURDIER-CUISINIER y GRAYOT-DIRX (2014, pp. 79-97).

184 KREINDLER (2003 a, pp. 239-250).

185 ZUFFEREY-WERRO (1988).

186 MUIR WATT y RADICATI DI BROZOLO (2004, pp. 90-96).

187 Acerca de los problemas terminológicos *vid.* KESSEDIAN (2007, p. 147 ss).

188 Como pusiera de relieve ARTUCH IRIBERRI, “Es distinto el hecho de que la inarbitrabilidad o indisponibilidad del litigio en causa se deba a una disposición imperativa o a una regla de orden público, a la intervención de una de estas normas en una materia arbitrable. En este segundo supuesto, sea la norma nacional o comunitaria europea, el litigio puede ser resuelto por arbitraje” (1997, p. 185).

189 Roj: STSJ M 4055/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:4055. Por su parte la SAP Almería 3ª 25 abril 2008 (JEA, nº 38) afirmó que “el límite del orden público establecido por el art. 6.2º CC no puede identificarse con normas imperativas, y por lo tanto no dispositivas, pues en ese caso apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma de *ius cogens*”; razonamiento reproducido en el AAP Madrid 14ª 30 junio 2011 (JUR 2011, 309944).

arbitraje sobre la normativa imperativa y los conceptos de orden público estatales. Sentado esto debe tenerse presente que si un sistema admite el juicio de árbitros debe admitir también una restricción de las potestades que corresponden al poder ejecutivo en la medida en que se extienda a materias de Derecho público regidos por reglas de Derecho imperativo y ordenadas por normas de rango constitucional sobre distribución de competencias y preservación de derechos e intereses de relevancia pública¹⁹⁰. Ello implica que una ley estrechamente vinculada al contrato, coincidente o no con la ley aplicable al fondo, puede suministrar normas imperativas cuya consideración por el árbitro esté totalmente justificada¹⁹¹. Como enfatizó la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 19 mayo 1993 (*Société Labinal v. Société Mors et Westland Aerospace*), los árbitros no solamente están habilitados para aplicar leyes de policía, sino para sancionar su eventual violación, por tanto no son un obstáculo a la competencia de los árbitros que con ello contribuyen a la salvaguardia de la organización política, social o económica de un país¹⁹².

En el sistema español, la SAP Barcelona 15ª 9 febrero 2010 es clara al afirmar que “la concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos de excluir el arbitraje lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas”¹⁹³. Por descontado, esta posición cuenta con excepciones, como ciertas normas imperativas de retorsión, tales como las derivadas de la “Ley Helms Burton”, que no pueden ser consideradas por el árbitro, ni siquiera en supuestos que tengan una vinculación territorial¹⁹⁴. Y, con carácter más general, la ausencia

190 ZHILSOV (1995, pp. 81-119); BLESSING (1997, nº 4, pp. 23 ss); GIBSON, 2009, pp. 1227-1267).

191 *Vid.*, por todos, SERAGLINI (2001); RADICATI DI BROZOLO (2005, pp. 265 ss). El Laudo CCI nº 2119/1978 afirmó que “*les dispositions contractuelles demeurent néanmoins directement applicables dès lors qu’elles ne heurtent pas les dispositions impératives de la loi française*” (*Journ. dr. int.*, 1979, p. 997 ss y observaciones de Y.D.). Por su parte, el Laudo CCI nº 7518/1994 [*Collection of ICC Arbitral Awards* (1996-2000), pp. 516-522 y nota de Y. D.] los árbitros descartaron la aplicación de la ley portuguesa que las partes habían declarado expresamente aplicable al contrato una vez verificado que era incompatible con los postulados de este último. *Vid.* KAUFMANN-KOHLER (2004, nota 27).

192 *Rev. trim. dr. comm.*, 1993, pp. 492 ss y observaciones de J.C. DUBARRY y É. LOQUIN; *Rev. arb.*, 1993, pp. 645 ss y nota de Ch. JARROSSON; *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 957 ss y nota L. IDOT. Posteriormente una sentencia del mismo tribunal de 8 julio 2010 (*HTC Sweden AB v. Doga*) determinó que la jurisdicción estatal no puede intervenir en la determinación de la competencia de los árbitros, “*sauf inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, peu important que des dispositions d’ordre public, fussent-elles constitutives d’une loi de police, soient applicables au fond du litige*” (<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022457763>>). ALBORNOZ (2014, pp. 13-38).

193 *JEA*, nº 45. En dirección similar la SAP Islas Baleares 5ª 23 marzo 2011 afirma que “No obstante, el interés y el orden público no debe identificarse con regulación de Derecho público ni imperativo, porque existen materias que, aún participando de este carácter, pueden ser objeto de libre disposición de las partes” (*JEA*, nº 86).

194 SÁNCHEZ LORENZO (2009, p. 65).

de consideración por del árbitro de normas las normas imperativas a la hora de emitir su laudo, no puede ser revisada en sede de anulación¹⁹⁵.

La operación jurídica de base, el contrato, versa sobre derechos disponibles y eso hace que las controversias que de él dimanen también lo sean. Lo relevante a estos efectos es que el litigio traiga causa en el contrato mismo desde su propia validez a su cumplimiento o extinción, lo que incluye la reclamación de nulidad por contravención del orden público y sus consecuencias en las relaciones entre las partes. Después de todo, los árbitros en estos casos están decidiendo sobre el contrato mismo, objeto de su competencia. Ahora bien, en esta labor decisoria deben tenerse presentes las normas imperativas. No, ciertamente, porque sean normas del foro, ni de un tercer Estado, puesto que los árbitros no disponen de un foro de referencia. La razón es que son las “normas jurídicas aplicables al contrato”, y con carácter necesario¹⁹⁶. Nos hallamos pues ante una compleja dialéctica entre lo establecido en el acuerdo de arbitraje, manifestación directa de la autonomía de la voluntad de las partes, y el interés de Estado en imponer su sistema de orden público o de normas imperativas, con el elemento adicional de que el árbitro tiene un ámbito de vinculación mucho menor que el juez a la hora de apreciar el presupuesto material del convenio de arbitraje si éste posee una dimensión internacional¹⁹⁷.

Únicamente el convenio de arbitraje, en sí mismo considerado contraría el orden público cuando la voluntad común de las partes es obtener a través del arbitraje la ejecución de un contrato contrario al orden público.

i) La acción de las normas materiales imperativas de la *lex contractus* se observa en el Laudo CCI nº 6142/1990, que versaba sobre un contrato de licencia y de asistencia técnica entre una empresa española y una empresa francesa sometido al Derecho español, que había sido redactado en dos ejemplares, español y francés, aunque el auténtico era esta último y en éste se incluía una disposición que permitía la rescisión anticipada del contrato, que no figuraba en el texto español. En su defensa, la demandada española alegó que para que el contrato entrara en vigor debía contar con la aprobación del Ministerio de Industria español y que dicha aprobación sólo lo fue de la versión española, por lo cual era éste el único texto que podía quedar bajo la consideración de los árbitros. El tribunal decidió que “avoir égard à l’ordre public interne et non uniquement à l’ordre public international espagnol, les relations des parties étant soumises au droit espagnol” y, en consecuencia debía de aplicarse el art. 6 Cc español que establecía concretamente la nulidad de los acuerdos contrarios al

195 Según la SAP Barcelona 15ª 11 marzo 2009: “Una cosa es que el árbitro resuelva el conflicto sin aplicar o tener en cuenta las normas imperativas o prohibitivas, de orden público, que rigen la materia controvertida y otra, vedada al órgano judicial que conoce de la acción de anulación, es que pueda corregirse la valoración probatoria del árbitro y la consecuente decisión que, con aplicación de esas normas imperativas, resuelve la controversia sometida a arbitraje” (JAE, nº 795).

196 LANDO (1985, pp. 765-768).

197 MAYER (1986, pp. 276, 281-282).

orden público y al interés público. Por tanto entendió que sólo tenía eficacia el texto aprobado por el referido Ministerio y la cláusula litigiosa incluida en la versión francesa no tenía ningún efecto y, para ello determinó que el orden público debe ser tenido en cuenta cuando se trate de determinar una causa de nulidad del contrato: *“indépendamment même de l’exception ainsi invoquée par une partie, l’arbitre aurait d’ailleurs le devoir de soulever d’office la nullité de toute convention ou clause qui serait contraire à l’ordre public espagnol, au même titre qu’une juridiction ordinaire espagnole”*¹⁹⁸.

ii) Otro ejemplo paradigmático de la incidencia de normas imperativas extranjeras en el contrato lo ofrece el Laudo CCI nº 9333/1998. En este caso se trataba de un contrato de prestación de servicios públicos entre una empresa francesa y una empresa marroquí sometida al Derecho suizo. Tras haber pagado los dos primeros pagos por los servicios prestados la empresa francesa fue absorbida por una empresa americana convirtiéndose en filial de la misma y suspendió los pagos alegando que, de conformidad con la *Foreign Corrupt Practices Act*, están prohibidos los pagos en el país donde estén situados los fondos o donde se preste el servicio y que dicha prohibición era aplicable a un contrato celebrado bajo tráfico de influencias; en consecuencia, de conformidad con el art. 20 del Código suizo de las obligaciones, el contrato era nulo por ir en contra del orden público y de las prácticas suizas. Así las cosas el tribunal arbitral debía pronunciarse acerca de la aplicación al contrato de la *FCPA*, en tanto que ley de policía extranjera. Como punto de partida el tribunal consideró que cuando un contrato es contrario a un Derecho extranjero y no al Derecho suizo no era, en principio ilícito, pues el referido art. 20 protege únicamente el respeto a la ley suiza; sentado esto admitió la posibilidad de que

“Une loi étrangère ayant la qualité de loi de police pourrait éventuellement trouver application à un contrat, autrement soumis au droit suisse, par le biais de l’article 19 LDIP. Une violation d’une telle loi de police, à supposer réunies les conditions d’application de l’article 19, pourrait entraîner l’illicéité du contrat”.

No obstante, el tribunal consideró que en el caso concreto la remisión al Derecho norteamericano tenía carácter accidental y era insuficiente:

“Il n’y a aucun rattachement avec le droit américain hormis le fait que la société française est devenue, après la conclusion de la convention, une filiale d’une société américaine. Ce rattachement serait en tout état de cause insuffisant pour appliquer la loi *FCPA* à titre de l’article 19 LDIP”¹⁹⁹.

Como puede observarse el interés de esta decisión reside en la vinculación estrecha entre la ley de policía y la situación concreta y la necesidad de que dicha ley proteja intereses inequívocos y legítimos.

¹⁹⁸ *Journ. dr. int.*, 1990, pp. 1039 ss y observación es de Y. D.; VOSER (1996, p. 355).

¹⁹⁹ *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, nº 2, 1999, pp. 102 a 104

iii) En el Laudo CCI nº 5622/1988 (*Hilmarton*) el contrato remitía al Derecho suizo, pero la demandada invocó una ley imperativa argelina aplicable a las actividades de intermediación en Argelia; el fallo consideró que el contrato principal en el que se basaba la demanda estaba fundado en la corrupción siendo éste nulo por su contrariedad al orden público internacional de índole transnacional que lucha contra la corrupción y el tráfico de influencias en el ámbito universal²⁰⁰.

En este contexto, la jurisprudencia arbitral ha elaborado una doctrina que se centra en el concepto de orden público transnacional, de manera que el respeto por las normas imperativas, *v.gr.*, las defensas de la competencia, sería un principio integrado en este voluble concepto. Dicha doctrina emana particularmente del Laudo parcial CCI nº 6503/1990. El litigio enfrentaba a una empresa española que había concertado un contrato de licencia en exclusiva para la explotación en España de una marca de cosméticos con una sociedad francesa que había interpuesto una demanda de nulidad del contrato. El argumento del tal proceder descansaba en que el Derecho comunitario de la competencia debía aplicarse a título de leyes de policía y que éste imponía la nulidad de los contratos que violasen sus prescripciones, como era el caso. Sin embargo el tribunal consideró que el argumento de la demandante no tenía otro objeto que liberarse del pago de determinados daños concluyendo que la aplicación al litigio del Derecho de la competencia comunitario a título de leyes de policía llevaría a una situación contraria a la equidad pues la demandante había reconocido la validez del contrato con posterioridad a la entrada de España en la Comunidad Europea. Resulta notable la afirmación del tribunal de que los principios emanados del Derecho comunitario de la competencia no derivan de los principios generales comúnmente admitidos como integrantes de un orden público verdaderamente internacional.

“Quant au droit transnational, la demanderesse ne prétend pas, à juste titre, que les règles de droit communautaire qui feraient, selon elle, obstacle à l’exploitation exclusive des produits et de la marque (...) par X sur l’ensemble du territoire espagnol et au droit de reconduction automatique du contrat accordé à X, relèveraient de l’ordre public transnational, c’est-à-dire des principes fondamentaux du droit”²⁰¹.

Otro asunto al hilo de esto lo aporta el Laudo CCI nº 8628/1996. La sociedad americana demandante había celebrado un contrato de licencia con una sociedad alemana relativo a equipos electrónicos para aviones de combate. El contrato contenía una cláusula arbitral que preveía en caso de controversia un arbitraje CCI y una cláusula de Derecho aplicable a favor del Derecho del Estado de Nueva York; asimismo, incluía una cláusula de no competencia en virtud de la cual la empresa alemana tenía prohibido fabricar un producto que pudiera ser competitivo durante los siguientes cinco años siguientes a la resolución o a

200 *ASA Bull.*, 1993, p. 247 ss; *Rev. arb.*, 1992, p. 327 ss; *Riv. arb.*, 1994, pp. 773 ss; *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XIX, 1994, pp. 105 ss; SAYED (2004, pp. 234 ss).

201 *Journ. dr. int.*, 1995, pp. 1022-1027; VERBIST (1994, pp. 33 ss), donde se cita el Laudo CCI nº 7097/1993 en referencia a esta cuestión.

la expiración del contrato de licencia. Surgida la controversia la demandada sostuvo que esta última cláusula iba en contra tanto del Derecho neoyorquino como del art. 85 TCE (en la actualidad, art. 81) y que, en consecuencia, entrañaba la nulidad del contrato en su conjunto. El tribunal arbitral aplicando la doctrina sentada en la jurisprudencia *Mitsubishi* decidió que el Derecho neoyorquino imponía la aplicación del Derecho comunitario le obligaba a aplicar el Derecho comunitario de la competencia cualquiera que fuese su sede; sentado esto, consideró que tenía que preocuparse por la eficacia del laudo habida cuenta que al ser favorable a la demandante debía ser efectuada en Alemania y que dicho laudo sería rechazado por los Tribunales alemanes si éste daba validez a un contrato en contravención del art. 85 TCE. Por esta razón consideró que estaba obligado a aplicar dicho precepto y por esa razón concluyó que la cláusula de no competencia era nula²⁰².

Un laudo dictado con indiferencia a normas imperativas puede encontrar problemas, por lo menos si la anulación o la ejecución se plantean en Estados afectados por el comportamiento anticompetitivo. En esos supuestos, la efectividad del laudo se vería impugnada por la contravención al orden público del Estado que lo enjuicia y no por causa de la inarbitrabilidad de la controversia. Es esa la opinión de TJCE en asunto *Eco Swiss / Benetton*, reiterada en jurisprudencia posterior, que implica el deber de respeto del orden público comunitario en todas sus variantes²⁰³.

Este posible control estatal no tiene por qué darse en todos los casos, así que es correcto que mediante instancias arbitrales se abogue por la consideración de las normas imperativas como parte del llamado orden público transnacional: ya que el árbitro no está obligado a aplicar la ley de policía de un Estado, salvo si dicha ley reviste un carácter de orden público transnacional, tal orden público se considera incluido en la *lex mercatoria*. Lo cierto es que,

202 ROBERT (1986, pp. 182 ss).

203 La STJCE 1 de junio de 1999, as. C-12/97, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton Internacional, NV*, confirmó implícitamente las consideraciones vertidas en asunto *Mitsubishi*, aunque de las cinco cuestiones prejudiciales suscitadas por el *Hoge Raad* holandés ninguna de ellas abordaba expresamente la cuestión que examinamos limitándose a plantear si los árbitros deberían aplicar la normativa comunitaria *ex officio* siendo, por tanto, éste un tema que atañe específicamente al Derecho aplicable; más concretamente si el árbitro estaba obligado a aplicar el art. 81 TCE incluso en los casos en los que las partes no hubieran invocado su aplicación. El TJCE entendió que dicha disposición tiene el carácter de orden público comunitario subsumible en la noción de orden público que en cada Estado y constituye un motivo de anulación o de denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo conforme al CNY; si un tribunal arbitral no aplica las normas relativas a competencia debiendo hacerlo, la consecuencia será la nulidad del laudo que se dicte. LIEBSCHER (2000, pp. 73-88); BRULARD y QUINTIN (2001, pp. 533-547); VON MEHREN (2003, pp. 465-470); DIEDERIK DE GROOT (2003, pp. 365-373). En esa misma dirección puede agregarse el razonamiento de la SAP Barcelona 15ª 26 enero 2006 (*JAE*, nº49), según el cual: “el contenido obligacional de determinadas cláusulas, pudiera verse afectado por la prohibición del art. 81.1º TCE que, como ha declarado reiteradamente el TJCE, constituye una disposición fundamental para el buen funcionamiento del mercado interior hasta el punto de considerarse, en este sentido, una disposición de orden público”. A partir de aquí puede afirmarse la inequívoca arbitrabilidad de las cuestiones en las que se ve involucrado el Derecho de la competencia, ya que carecería de toda lógica poder anular un laudo por ser contrario al orden público comunitario y no aceptar al mismo tiempo la competencia de los jueces privados para aplicar dichas normas. BOUZA VIDAL (2000, pp. 372 ss).

en cualquier caso, la convivencia entre las normas imperativas y la *lex mercatoria* es posible si se encuadran atinadamente sus respectivos ámbitos de aplicación y finalidades.

6. Consideraciones finales

1) La precisión del orden público en el arbitraje comercial internacional sigue siendo objeto de controversia en función, especialmente, del diferente enfoque adoptado por los tribunales nacionales, sobre todo una vez que el laudo arbitral ha sido pronunciado. Pero su alcance va mucho más allá de un mero utensilio del control judicial, una vez finalizado el proceso ante los árbitros, sino que se exterioriza a lo largo del proceso arbitral repercutiendo en la determinación de la competencia de los árbitros, en la sustanciación de las actuaciones arbitrales y en la determinación del Derecho aplicable al convenio arbitral, dando lugar a una suerte de “orden público del árbitro”. Por consiguiente, la apreciación del orden público no atañe exclusivamente a los jueces. Los árbitros son tan competentes como éstos últimos para indagar en torno al contenido del orden público subyacente de una determinada ley, en un reglamento o en una práctica arbitral. En estos casos el árbitro está facultado para seguir adelante o para finalizar el proceso arbitral aportando el necesario equilibrio entre las pretensiones de las partes y el orden público estatal o transnacional incompatible con las mismas, en una operación verdaderamente compleja. Los árbitros, aunque están condicionados por la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de las cuestiones relacionadas con el procedimiento arbitral o con la ley aplicable al fondo de la controversia, no están exentos de la acción de las normas imperativas o del orden público. Entre otras cosas por estar condicionados por el postulado que les obliga a redactar un laudo que sea ejecutable.

2) El orden público se ha utilizado con frecuencia como una frontera infranqueable a la arbitrabilidad, pero su ámbito de aplicación ha evolucionado, sobre todo a nivel internacional. No opera necesariamente como fundamento de inarbitrabilidad de las materias litigiosas, sino como un límite del poder de decisión de los árbitros que se convierten de esta suerte en auténticos guardianes del orden público. La referencia al carácter protector del orden público es susceptible de excluir del arbitraje amplios sectores, por ejemplo aquellos que impliquen una especial sensibilidad social y que, en cuanto tales, deben contar con una especial tutela y algunas legislaciones nacionales así lo establecen; pero en caso de ponerse en marcha la excepción, ésta debe examinarse con la necesaria cautela teniendo en cuenta que debe operar con carácter excepcional.

3) No es posible impedir automáticamente el arbitraje cada vez que nos hallemos ante una materia que haya sido reservada a un tribunal estatal bajo una atribución imperativa de jurisdicción, ni es pertinente considerar de orden público las disposiciones que contienen foros de competencia exclusiva en favor de los tribunales estatales para conocer de una determinada categoría de controversias. Esta autonomía posee sus limitaciones, pues hay ocasiones en las cuales la competencia judicial internacional exclusiva y la inarbitrabilidad pueden confluir, impidiendo a los árbitros conocer de estas. En consecuencia, limitar el arbitraje en materias objeto de competencias exclusivas y de protección, revela una actitud

hostil y una desconfianza no justificada hacia la aptitud de los árbitros para garantizar el respeto a los principios y reglas de orden público de los Estados más directamente vinculados al caso. El riesgo de que el árbitro pronuncie un laudo contrario a principios y reglas de orden público no debe soslayarse negando la arbitrabilidad de estas materias “sensibles” (en tanto que susceptibles de afectar al interés general o de terceros), sino, en todo caso, intensificando el control judicial del laudo.

4) En el Derecho de las obligaciones el orden público es un límite que se impone a uno de los elementos esenciales de la institución arbitral, que es la autonomía de la voluntad de las partes. Teniendo presente que cualquier arbitraje internacional reposa en un contrato y que está sujeto a la resolución de una controversia contractual, el orden público debe ser considerado, desde esta especial dimensión, como un límite, junto a la arbitrabilidad, a la autonomía de la voluntad de las partes y como un requisito de validez del convenio de arbitraje cuya determinación condiciona todo el mecanismo arbitral y, especialmente, el razonamiento del tribunal arbitral a la hora de examinar su propia competencia. El orden público puede afectar al acuerdo arbitral de tres maneras diferentes: la primera, puede indicar que algunas cuestiones no son susceptibles de arbitraje; la segunda, controla la formación adecuada del acuerdo de arbitraje; y la tercera, proporciona un control sobre el objeto de la controversia que ha sido la causa del arbitraje. Negar la aplicación del orden público internacional para valorar la validez o eficacia de una cláusula compromisoria en este sentido, podría poner en desventaja a alguna de las partes, pues por un lado los Estados tendrían el derecho a no reconocer un laudo arbitral extranjero que vulnere su orden público internacional, pero por otro, estarían en la obligación de reconocerle validez y vigencia a una cláusula compromisoria cuyo resultado, al final del arbitraje, podría ser rechazado por la misma causa aquí mencionada.

5) La extensión de la noción de “equivalente jurisdiccional” al arbitraje, confiere al árbitro una serie de deberes similares a los que desempeñan los jueces estatales dentro de lo que se conoce como “orden público procesal”; por tanto su libertad está determinada a que, a lo largo del proceso arbitral, se hayan tenido en cuenta las oportunas consideraciones de orden público que ordenan el debido proceso. Pero, ante todo, está la observancia por los árbitros de los principios de independencia y de imparcialidad, que deben considerarse como principios esenciales del orden público internacional. En el desempeño de su función el árbitro se encuentra ante una importante dialéctica. De un lado, debe evitar que sus actuaciones puedan entorpecer o dificultar la ejecución del laudo, pero, de otro lado, es custodio del orden público internacional, lo cual se traduce en la adecuación de su comportamiento a unos determinados estándares morales, entre los que figura expresar cualquier violación de dicho orden público; ello se refleja, por ejemplo, en su margen de maniobra en orden a la admisión de las pruebas documentales, con el límite de las obtenidas en contrariedad con el orden público. Es una dialéctica que conduce a la determinación de los poderes del árbitro en la conducción del proceso arbitral y, en particular, a la obligación de evitar de extralimitarse en sus funciones.

6) Si bien la excepción de orden público, en tanto que un correctivo excepcional, permite al juez descartar la norma jurídica extranjera normalmente aplicable, cuando incluya

regulaciones inadmisibles para la solución del caso concreto en el país del juez del foro, esta operación no puede ser trasladada automáticamente al árbitro. Los poderes del árbitro son limitados si las partes han realizado una elección expresa e inequívoca a una ley y no puede verificarse la existencia de una causa suficientemente justificada para dejar sin efecto tal designación. Si el árbitro no aplica la *lex contractus* y, en su lugar, toma en cuenta los principios del orden público realmente internacional o, simplemente, aplica una norma imperativa de otro Estado puede exponer el laudo a su anulación por exceder los límites de su misión. Si un sistema admite el juicio de árbitros debe admitir también una restricción de las potestades que corresponden al poder ejecutivo en la medida en que se extienda a materias de Derecho público regidos por reglas de Derecho imperativo y ordenadas por normas de rango constitucional sobre distribución de competencias y preservación de derechos e intereses de relevancia pública. Ello implica que una ley estrechamente vinculada al contrato, coincidente o no con la ley aplicable al fondo, puede suministrar normas imperativas cuya consideración por el árbitro esté totalmente justificada. Y es precisamente esta faceta la que ha permitido que el arbitraje haya penetrado en facetas que hasta hace algunos años le estaban vedadas.

6. Bibliografía

ALBORNOZ, M.M. (2014), "La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas", *Bol. Mexicano de Derecho comparado*, vol. XLVII n1 139, 2014, pp. 13-38.

ALLSOP, J. (2014), "The Authority of the Arbitrator", *Arb. Int'l.*, vol. 30, n° 4, pp. 639-660.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (1991), "Art. 60", *Comentarios a la Ley de arbitraje* (R. Bercovitz, coord.), Madrid, Tecnos, pp. 841-852.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (1999), "Espacio arbitral comunitario y Derecho de la competencia (Comentario a la STJCE de 1 de junio de 1999: Asunto C-126-97, Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV)", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1999, pp. 137-148.

ARFAZADEH, H. (2005), *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation: une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*, Bruselas, Bruylant.

ARROYO MONTERO, R. (1991), "Art. 61", *Comentarios a la Ley de arbitraje* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), Madrid, Tecnos, pp. 894-902.

ARRUE MONTENEGRO, C.A. (2011), *L'autonomie de la volonté dans le conflit de jurisdiction*, París, L.G.L.J.

ARTUCH IRIBERRI, E. (1997), *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex.

ARTUCH IRIBERRI, E. (2001), "La reforma del art. 11 de la Ley 36/1988: Disposición Final Octava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, pp. 201-214.

ARTUCH IRIBERRI, E. (1995), "El convenio arbitral defectuoso", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, pp. 415 ss.

BĚLOHLAVEK, A.J. (2009), *Arbitration, Ordre Public and Criminal Law*, vol. I, Kiev, Taxon.

BĚLOHLAVEK, A.J. (2014), "Subjective and Objective Impartiality of Arbitrators and Appointing Authorities as a Part of Procedural Public Policy (Ordre Public) in Arbitration", *CYArb - Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration: Independence and Impartiality of Arbitrators*, vol. IV, pp. 47-73.

BARRACLOUGH, A. y WAINCYMER, J. (2005): "Mandatory rules of law in international commercial arbitration Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", *Melbourne J, Int'l L.*, vol. 6, pp. 205 ss.

BERAUDO, J.P. (2005), "La confidentialité et le délibéré", *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 février 2005*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, pp. 101-123.

BERMANN, G.A. (2012), "Navigating EU Law and the Law of International Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 28, n° 3, pp. 397-445.

BERNHEIM VAN DE CASTEELE, (2012), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruselas, Bruylant.

BLACKABY, N. y PARTASIDES, C. (2009), *Redfern & Hunter on Commercial Arbitration*, 5ª ed., Oxford, Oxford University Press.

BLANKE, G. (2001), "Antitrust Arbitration under the ICC Rules", *EU and US antitrust arbitration: a Handbook for Practitioners* (G. BLANKE y P. LANDOLT, eds.), vol. 2, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, pp. 1763-1898.

BLESSING, M. (1997), "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration", *J. Int'l Arb.*, vol. 14, n° 4, pp. 23 ss.

BÖCKSTIEGEL, K.H. (1987), "Public Policy and Arbitrability", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series, n° 3, Kluwer, 1987, pp. 177-204.

BÖCKSTIEGEL, K.H. (1999), "Major Criteria for International Arbitrators in Shaping an Efficient Procedure", *Arbitration in the Next Decade* (ICC Bulletin, Special Supplement), pp. 49-53.

BÖCKSTIEGEL, K.H. (2008), "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", *IBA Journal of Dispute Resolution*, n° especial, *The New York Convention - 50 Years*, pp. 123 ss.

BOLARD, G. (2004), "Les principes directeurs du procès arbitral", *Rev. arb.*, pp. 511 ss.

BOLLEE, S. (2004), *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, París, Economica, 2004.

BOUZA VIDAL, N. (2000), "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LII, nº 2, pp. 371-394.

BOUZA VIDAL, N. (2009), "Perspectiva universal y regional en la consolidación del arbitraje comercial internacional", *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. 19, pp. 25-49.

BREDIN, J.D. (1994), "A la recherche de l'aequitas mercatoria", *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, París, Dalloz, pp. 109-118.

BROCHES, A. (1990), *Commentary on the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer, pp. 40 ss.

BRULARD, Y. y QUINTIN, Y. (2001), "European Community Law and Arbitration. National versus Community Public Policy", *J. Int'l Arb.*, vol. 18, nº 5, pp. 533-547.

BUCHER, A. (2009), "La dimension sociale du droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 341, pp. 9-526.

BUREAU, D. y MUIR-WATT, H. (2009), "Impérativité désactivée? (à propos de Cass. Civ. 1^{re}, 22 octobre 2008)", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2009, pp. 1 ss.

CAIVANO, R.J. (2011), "La separabilidad de la cláusula arbitral", *La Ley, Uruguay*, nº 12, pp. 1643-1672.

CAIVANO, R.J. (2012), "La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene", *Revista de Derecho Privado*, edición especial, pp. 3-53.

CARRUTHERS, J.M. y CRAWFORD, E.B. (2003), "Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company", *Int. Comp. L. Q.*, vol. 52, pp. 761-774.

CHAINAIS, C. (2010), "L'arbitre, le droit et la contradiction: l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre", *Rev. arb.*, pp. 3-44.

CLAY, T. (2007), "El árbitro y el orden público transnacional", *Revista Foro de Derecho Mercantil*, nº 17, pp. 41-45.

COULSON, R. (1967), "Prima Paint: an Arbitration Milestone", *The Arbitration Journal*, pp. 237 ss.

COURDIER-CUISINIER, A.S. y GRAYOT-DIRX, S. (2014), "Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public", *L'ordre public et l'arbitrage Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013*, Dijon / (E. LOQUIN y S. MANCIAUX, dirs.), París, LexisNexis, pp. 79-97.

COURT DE FONTMICHEL (2004), A., *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, París, Ed. Panthéon-Assas Paris II.

CREMADES, B.M. y CAIRNS, D. (2003/2004), "Corruption, International Public Policy and Duties of Arbitrators", *Disp. Res. J.*, vol. 58, pp. 76-85.

CREMADES, B.M. y CAIRNS, D. (2003), "Orden público transnacional en el arbitraje internacional: cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable", *Revista Mexicana de Derecho internacional privado y Comparado*, nº 14, pp. 69-94.

CURTIN, K.M. (1997), "Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws", *Defense Counsel J.*, abril, pp. 271-284, esp. p. 272 <https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/redefining-public-policy-in-international-arbitration-of-mandatory-national-lawsthe-health-of-int.pdf>

DAVIES, M. (2001), "Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co. Case Note: The Effect in Private International Law of a Breach of Public International Law by a State Actor", *Melbourne J. Int' L.*, vol. 2, pp. 523 ss.

DERAINS, Y. (1986), "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international", *Rev. arb.*, pp. 375 ss.

DERAINS, Y. (2012), "The Arbitrator's Deliberation", *Am. Univ. Int'l Rev.*, vol. 27, nº 4, pp. 911- 923.

DÍAZ CANDIA, H. (2013), *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje. Teoría general del arbitraje*, 2ª ed., Caracas, Legis, pp. 55-57.

DIEDERIK DE GROOT, T. (2003), "The Impact of the Benetton decision on International commercial Arbitration", *J. Int'l Arb.*, vol. 20, nº 4, pp. 365-373.

DÍEZ-PICAZO, L. (1954), "El pacto compromisorio y la nueva Ley de arbitraje", *Anuario de Derecho Civil*, vol. VII nº 4, pp. 1155-1173.

DURRER, M. (1987), "Enforcing Arbitration of Federal Securities Law Claims: The Effect of Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd", *William & Mary L. Rev.*, vol. 28, nº 2, pp. 335-362.

EL KOSHERI, S. y LÉBOULANGER, P. (1984), "L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influences", *Rev. arb.*, pp. 3-19

ESPLUGUES MOTA, C. (2004), "Art. 34", *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (S. Barona Vilar, coord), Madrid, Thomson-Civitas, pp. 1122-1127.

ESPLUGUES MOTA, C.A. (1991), "Art. 62", *Comentarios a la Ley de arbitraje* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), Madrid, Tecnos, pp. 902-911.

FADLALLAH, I. (1994), "L'ordre public dans les sentences arbitrales", *Recueil des Cours*, t. 249, V, pp. 369-430.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2013), "Contornos de la autonomía de la voluntad en la configuración del arbitraje", *Arbitraje. Revista de arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 6, nº 3, pp. 841-860.

FERNANDEZ ROZAS, J.C. (2001), "Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", *Recueil des cours*, t. 290, pp. 9-224.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2006), "El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, pp. 697-725.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2008), *Tratado de arbitraje comercial internacional en América latina*, Madrid, Iustel.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2013) "Motivación del laudo arbitral en equidad (Sentencia del TSJ Galicia CP 1ª nº 18/2012, de 2 de mayo)", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, pp. 469-477.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2015 b), "Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 8, nº 3, pp. 823-852.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2015 a), "Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales", *Diario La Ley*, nº 8537, pp. 1-9.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y ARTUCH IRIBERRI, E. (2011), "Validez y eficacia del convenio arbitral internacional", *Tratado de Derecho arbitral*, t. I: *El convenio arbitral*, Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 745-786.

FORTIER, L.-Y. y BLANCHARD, S. (2013), "La nouvelle Loi française sur l'arbitrage: vues d'Outre-Atlantique", *Les Cahiers de l'arbitrage*, nº 1, pp. 9-26.

GAILLARD, E. (2007 a), "Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international", *Recueil des Cours*, t. 329, pp. 329 ss.

GAILLARD, E. (2007 b), "La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international", *Rev. arb.*, pp. 697 ss

GAILLARD, E. (2010), "L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité", *McGill L.J.*, vol. 55, pp. 891-907.

GAILLARD, E. (2014), "The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law", *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Huntington (N.Y.), Juris Publis., pp. 437-467.

GANDÍA SELLENS, M.A. (2014), *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi.

GHODOOSI, F. (2016 a), "The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements", *Nebraska L. Rev.*, vol. 94, n° 3, pp. 685-736.

GHODOOSI, F. (2016 b), *International Dispute Resolution and the Public Policy Exception*, Abingdon, Oxon (NY), Routledge, 2016).

GIBERSON, F.E. (1975), "Arbitration of International Securities Transactions -*Scherk v. Alberto-Culver Co.*-", *Boston College L.R.*, vol. 16, n° 3, pp. 491-503.

GIBSON, C.S. (2009), "Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law", *Pennsylvania State L. Rev.*, vol. 103, pp. 1227-1267.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. (2012), "Arbitraje y contratación gubernamental", *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 15, pp. 119-132.

GRIGERA NAÓN, H. (1989), "La autonomía del acuerdo arbitral", *La Ley* (Buenos Aires), D, 1109.

GUINCHARD, S. (1997), "L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire. A propos de quelques décisions rendues en 1996", *Rev. arb.*, pp. 185 ss.

HANOTIAU, B. (1994), "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", *Journ. dr. int.*, pp. 879 ss.

HANOTIAU, B. (2003), "Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings", *International commercial arbitration: Important Contemporary Questions* (A.J. VAN DEN BERG, ed.), La Haya, Kluwer law International, pp. 261-287.

HANOTIAU, B. y CAPRASSE, O. (2008), "Public Policy in International Commercial Arbitration", *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice* (E. GAILLARD & D. DI PIETRO, eds.), Cameron May Ltd., pp. 787 ss.

HASCHER, D. (1993), "Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report", *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*, París, ICC Publishing S.A, pp. 153-167.

HASCHER, D. (1999), "Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international", *Recueil des Cours*, t. 279, pp. 51-193.

HERTZFELD, J.M. (2008), "The Common Law Approach to Public Policy in International Arbitration", *Stockholm Int'l L. Rev.*, n° 2, pp. 79-89.

HOELLERING, M.F. (1985-1986), "Arbitrability of Disputes", *Bus. Law.*, vol. 41, pp. 125-144.

IDOT, L. (1996), "L'arbitrabilité des litiges. L'exemple français", *Rev. Jur. Com.*, pp. 6 ss

HEUZE, V. (1993), "La morale, l'arbitre et le juge", *Rev. arb.*, pp. 179-198.

JACQUET, J.M. (2013), "La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage international", *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gazteiz 2011*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, pp. 195-234.

JAGUSCH, S. (2015), "Issues of Sustantive Transnational Public Policy", *International Arbitration and Public Policy* (D. BRAY y H.L. BRAY), Huntington (N.Y) Juris, pp. 23 ss).

JAKSIC, A. (2007), "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem?", *J. Int' Arb.*, vol. 4, n° 2, pp. 159-172

JALILI, M. (1975), "Scherk v. Alberto Culver Co., The Exemption of International Contracts from the Wilko Doctrine Voiding Agreements to Arbitrate Securities Disputes", *Loyola Univ. Chicago L.J.*, vol. 6, n° 3, pp. 738-757.

JARROSSON, C. (1996), "L'arbitrabilité: présentation méthodologique", *Revue de jurisprudence commerciale*, 1996, pp. 1-5.

JEQUIER LEHUEDE, E., "La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n° 1, 2013, pp. 157-180.

KAHN, Ph. (1989), "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international", *Journ. dr. int.*, pp. 305 ss.

KAUFMANN-KOHLER, G. (2003), "Globalization of Arbitral Procedure", *Vanderbilt J. Trans'l L.*, vol. 36, pp. 1313-1333.

KAUFMANN-KOHLER, G. (2004), "Le contrat et son droit devant l'arbitre international", *Le contrat dans tous ses états: publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine Judiciaire* (BELLANGER, F., et al.), Berna, Stämpfli, 2004. pp. 361-373.

KERR, M. (1985), "Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law", *Int'l & Comp. L.Q.*, vol. 34, pp. 1-24.

KESSEDIAN, C. (2007), "Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What Are Mandatory Rules?", *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 18, 2007, p. 147 ss.

KLEIN, F.E. (1961), "Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)", *Rev. crit. dr. int. pr.*, pp. 449-552.

KREINDLER, R.H. (2003 a), "Approaches to the Application of Transnational Public Policy by Arbitrators", *J. Word & Investment*, vol. 4, n° 2, pp. 239-250.

KREINDLER, R.H. (2003 b), "Aspect of Illegality in the Formation and Performance of Contracts", *ICCA Congress Series n° 11, International Arbitration Conference, London 12-15 mai 2002*, La Haya, Kluwer Law International, pp. 209 ss.

KREINDLER, R.H. (2015), "Standards of Procedural International Public Policy", *International Arbitration and Public Policy* (D. BRAY y H.L. BRAY), Huntington (N.Y) Juris, pp. 9-22.

KURKELA, M.S. y TURUNEN, S. (2010), *Due Process in International Commercial Arbitration*, 2ª ed. Nueva York, Oxford University Press Int.

LALIVE, P. (1986), "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *Rev. arb.*, pp. 329 ss.

LALIVE, P. (2009), "L'ordre public transnational et l'arbitre international", *New Instruments of Private International Law. Liber Fausto Pocar*, vol. 2, Milán, Giuffrè, pp. 599-611.

LAMM, C., PHAM, H.T Y MOLOO, R. (2010), "Fraud and Corruption in International Arbitration", *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Las Rozas (Madrid), pp. 699-731.

LANDO, O. (1985), "The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 34, pp. 746-768.

LANDOLT, P. (2013), "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz", *J. Int'l Arb.*, vol. 30, n° 5, pp. 511-530.

LEBOULANGER, P. (2005), "Principe de collégialité et délibéré arbitral", *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler* (F. Bohnet y P. A. Wessner, eds.), Basilea, Helbing & Lichtenhahn, pp. 259-267

LEVEL, P. (1992), "L'arbitrabilité", *Rev. arb.*, pp. 213-240.

LEW, J. (1978), *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International.

LIEBSCHER, Ch. (2000), "European Public Policy. A Black Box?", *J. Int'l Arb.*, vol. 17, n° 3, pp. 73-88.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M. (2005), "Ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. El enfoque transnacional de la nueva Ley española de arbitraje", *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, pp. 699-718.

- LOQUIN, E. (1996), "Les manifestations de l'illicite: synthesis", *L'illicite dans le commerce international* (Ph. KAHN y C. KESSEDIAN, dirs.), Paris, pp. 278 ss.
- LOWENFELD, A.F. (1985), "The Two-Way Mirror: International Arbitration as Comparative Procedure", *Michigan Yearb. Int'l Legal Studies*, vol. 7, pp. 163-188.
- MAGEE, J.M. (1988), "The Public Policy Exception to Judicial Deferral of Labor Arbitration Awards—How Far Should Expansion go?", *South Carolina L. Rev.*, vol. 39, pp. 464-492.
- MANTILLA SERRANO, F. (2005), "Towards a Transnational Procedural Public Policy", *Towards a Uniform International Arbitration Law* (A. SCHAEFFER, P. PINSOLLE y L. DEGOS (eds.), Nueva York / Berna, JurisNet / Stampfli, pp. 163-198; *Arb. Int'l*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 333-354.
- MATRAY, L. (1982), "Arbitrage et ordre public transnational", *The Art of Arbitration, Liber amicorum for P. Sanders*, Deventer, Luwer, p. 241-251.
- MAYER, P. (1986), "Mandatory Rules in International Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 2, n° 4, pp. 276 ss.
- MAYER, P. (1991), "La règle morale dans l'arbitrage international", *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, pp. 379 ss.
- MAYER, P. (1994), "La sentence contraire à l'ordre public de fond", *Rev. arb.*, pp. 615 ss.
- MAYER, P. (1995), "Le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de civil law et de common law", *Rev. arb.*, n° 1, pp. 2 ss.
- MAYER, P. (1998), "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *Rev. arb.*, pp. 359-368.
- MAYER, P. (1998), "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *Rev. arb.*, pp. 359-368.
- MAYER, P. (1999), "The Limits of Severability of the Arbitration Clause", *ICCA Congress Series No. 9: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, (A.J. VAN DEN BERG, ed.), Kluwer, pp. 261 ss.
- MAYER, P. (2006), "Effect of International Public Policy in international arbitration?", *Pervasive Problems in International Arbitration* (L.A. MISTELIS y J.D.M. LEW, eds.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 61-69.
- MAYER, P. (2008), "L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police", *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, pp. 459 ss.
- MCNEILL, M. y JURATOWITCH, B. (2008), "The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate", *Arb. Int'l*, vol. 24, n° 3, pp. 475 ss.

MELTZ, D. (2000), "Public Policy and Illegality: The Westacre Legacy", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol. 4, pp. 80-88.

MOURRE, A. (2006), "Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator", *Arb. Int'l.*, vol. 22, n° 1, pp. 95-118.

MUIR WATT, H. y RADICATI DI BROZOLO, L.G. (2004): "Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World", *International Law FORUM du droit international*, vol. 6, n° 2, pp. 90-96.

NAKAMURA, T. (2002), "Arbitrability and the lex arbitri", *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 17, n° 3, pp. 29 ss.

OPPETIT, B. (1987), "Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international", *Journ. dr. int.*, pp. 5-21.

OPPETIT, B. (1992), "Le droit international privé, droit savant", *Recueil des Cours*, t. 234, pp. 331-434.

PAMBOUKOS, C. (2009), "On Arbitrability. The Arbitrator as a Problem Solver", *Arbitrability, International & Comparative Perspectives* (L.A. MISTELIS y S.L. BREKOULAKIS, eds.), Alphen aan der Rijn, Kluwer Law International, pp. 121-142.

PARK, W.E. (2003), "Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion", *Arb. Int'l.*, vol. 19, n° 3, pp. 279 ss.

PATRIKIOS, A. (1997), *L'arbitrage en matière administrative*, París, LGDJ.

PAULSSON, J. (2013), *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press.

PAVIĆ, V. (2012), "Bribery and International Commercial Arbitration: the Role of Mandatory Rules and Public Policy", *Victoria Univ. Wellington L. Rev.*, vol. 43, pp. 661-685.

PERALES VISCASILLAS, M.P. (2005), "Arbitrabilidad de los derechos de la Propiedad Industrial y de la competencia", *Anuario de justicia alternativa*, n° 6, pp. 11-76.

PERELMAN, C. (1984), "Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse", *Les notions à contenu variable en droit* (C. PERELMAN y R. VANDER ELST, eds.), Bruselas, Bruylant (Travaux du Centre national de recherches de logique), pp. 363-374.

PROL, F.G. (2016), "Ordre public et arbitrabilité", *Revista de Derecho civil*, vol. I, n° 4, 2016, pp. 807-816.

PRYLES, M. (2007), "Reflexions on Transnational Public Policy", *J. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 1, pp. 4 ss.

- RACINE, J.B. (1999), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, París, LGDJ.
- RACINE, J.B. (2004), "L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. A propos de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec du 31 mars 2003", *Journ. dr. int. t. 134*, pp. 89 ss.
- RADICATI DI BROZOLO, L.G. (2005 a), "Arbitrage commercial international et lois de police", *Recueil des Cours*, t. 315, pp. 265 ss.
- RADICATI DI BROZOLO, L.G. (2005 b), "L'illicéité 'qui crève les yeux': critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)", *Rev. arb.*, n° 3, pp. 558 ss.
- RADICATI DI BROZOLO, L.G. (2006), "Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico", *Riv. arb.*, pp. 629 ss.
- RAOUF, M.A. (2009), "How Should International Arbitration Tackle Corruption Issues?", *ICSID Rev.*, vol. 24, n° 1, pp. 116-136.
- REDFERN, A. & HUNTER, M. (1999), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell.
- REQUEJO ISIDRO, M. (1995), "Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, pp. 71 ss.
- RIVERA, J.C. (2006): "Arbitraje y poder judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje", *Revista Internacional del Arbitraje* (Bogotá), n° 5, 2006, pp. 193-221.
- RIVERA, J.C. (2008), "El orden público en el arbitraje", *Revista Latinoamericana de Derecho*, V, n°s 9-10, pp. 261-288.
- ROBERT, J. (1986), "Une date dans l'extension de l'arbitrage international: l'arrêt Mitsubishi contre Soler. Cour suprême des États-Unis, 2 juillet 1985", *Rev. arb.*, pp. 182 ss.
- ROGERS, C. (2005), "The Vocation of the International Arbitrator", *Am. Univ. Int'l L. Rev.*, vol. 20, 2004-2005, pp. 957-1020.
- ROGERS, C. (2007), "The Arrival of the 'Have-Nots' in International Arbitration", *Nevada L.J.*, vol. 8, pp. 341 ss.
- ROSEN, J.A. (1994), "Arbitration under Private International Law: the Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence", *Fordham Int. L.J.*, vol. 17, n° 3, pp. 599-665.
- ROSSELL, J. y PRAGER, H. (1999), "Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof", *Arb. Int'l*, vol. 15, n° 4, pp. 348 ss.

RUBINO SAMMARTANO, M. (2001), *International Arbitration. Law & Practice*, 2ª ed., La Haya, Kluwer Law International.

SAMUEL, A. (2000), "Separability of Arbitration Clauses. Some Awkward Questions About the Law on Contracts, Conflict of Laws and the Administration of Justice", *Arb'n & Disp. Res. L. J.*, vol. 9, pp. 36 ss.

SÁNCHEZ LORENZO, S. (2009), "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, pp. 39-74.

SAYED, A. (2001), "La question de la corruption dans l'arbitrage commercial international: inventaire des solutions", *Bull. ASA*, vol. 19, nº 4, pp. 653-671.

SAYED, A. (2004), *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2004.

SCHERER, M. (2002), "Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals", *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 5, nº 2, pp. 29 ss.

SCHERER, M. (2005), "The Recognition of Transnational Substantive Rules by Courts in Arbitral Matter", *Towards a Uniform International Arbitration Law* (A. SCHAEFFER, P. PINSOLLE y L. DEGOS (eds.), Nueva York / Berna, JurisNet / Stampfli, pp. 91-121.

SCHLOSSER, P.F. (1997), "Arbitration and the European Public Policy", *Arbitration and European Law, reports of the International Colloquium of CEPANI*, abril, pp. 81-96.

SCHLOSSER, P.F. (2004), "The Separability of Arbitration Agreements: a Model for Jurisdiction and Venue Agreements?", *Intercontinental Cooperation through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh*, La Haya, T.M.C. Asser Press, pp. 305-324.

SCHWEBEL, S.M. y LAHNE, S.G. (1987), "Public Policy and Arbitral Procedure", *ICCA Congress Series nº. 3*, pp. 205-226.

SERAGLINI, C. (2001), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, París, Dalloz.

SERAGLINI, C. (2006), "L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation)", *Les Cahiers de l'arbitrage*, vol. III, 2006, pp. 87 ss.

SEVER, J.R. (1991), "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy Checks on U.S. and Foreign Arbitration: Arbitration Out of Control?", *Tulane L. Rev.*, vol. 55, pp. 1661-1697.

SOLIMENE, F. (2014), "The Doctrines of 'Kompetenz-Kompetenz' and Separability and their Contribution to the Development of International Commercial Arbitration", *Arbitration*, vol. 80, nº 3, pp. 249-255.

SORIANO HINOJOSA, A. (2014), "El Estado y la Administración pública ante el arbitraje internacional", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 439-448.

STEMPEL, J.W. (1990), "Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements", *St. Mary L.J.*, vol. 22, pp. 259 ss.

THUILLEAUX, S. y PROCTOR, D.M. (1992), "L'application des conventions d'arbitrage au Canada: une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale", *Rev. de droit de McGill*, vol. 37, pp. 470-509.

VÁSQUEZ PALMA, M.F. (2006), "La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en Derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno", *Revista Ius et Praxis*, 12, nº 1, pp. 181-213.

VERDERA, E., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., BENEYTO, J.M. Y STAMPA, G. (2013), *Jurisprudencia española de arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomsn, Reuters, Aranzadi.

VIRGÓS SORIANO, M. (2006), "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, nº 14, pp. 13-28.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J. (2000), *Derecho Procesal. Civil Internacional (Litigación internacional)*, Cizur Menor (Navarra), Civitas.

VON HOFFMAN (1999), B., "Internationally Mandatory Rules of Law Before Arbitral Tribunals", *Acts of State and Arbitration* (K.-H. BÖCKSTIEGEL, ed.), Kolonia / Berlin / Bonn / München, Carl Heymanns Verlag KG, pp. 3-28

VON MEHREN, A.T. (1986), "International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence", *Louisiana L. Rev.*, vol. 46, nº 5, pp. 1045-1059.

VON MEHREN, R.B. (2003), "The Eco-Swiss Case and International Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 19, nº 4, pp. 465-470.

VOSER, N. (1996), "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration", *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 7, 1996, pp. 319 ss.

WETTER, J.G. (1994), "Issues of Corruption before International Arbitral Tribunal: the Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ice Case nº 1110", *Arb. Int'l*, vol. 10, pp. 277-294.

ZHILSOV, A.N. (1995), "Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration", *Netherlands Int'l L. Rev.*, vol. 42, nº 1, pp. 81-119.

ZUFFEREY-WERRO, J.B. (1988), *Le contrat contraire aux bonnes mœurs*, Friburgo, Éditions Universitaires de Fribourg.

La salvaguarda del orden público
en los contratos internacionales:
enfoque de derecho internacional
privado y su adaptación en el
derecho europeo.

Nuria Bouza Vidal

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Abstract

Este estudio analiza los mecanismos de salvaguarda del orden público en los contratos internacionales con el fin de analizar y contrastar su significado y función en el Derecho internacional privado de los Estados miembros de la Unión Europea y en el Derecho material europeo. Con esta finalidad se examinan, en primer lugar, los distintos mecanismos de Derecho internacional privado destinados a salvaguardar el orden público interno e internacional de los Estados. En segundo lugar los instrumentos destinados a salvaguardar del orden público que ofrece el Derecho internacional privado deben respetar el Derecho europeo primario y derivado. Su aplicación no puede obstaculizar el ejercicio efectivo de las libertades europeas de circulación salvo por motivos de orden público o exigencias de interés general. En el estudio se presta una especial atención a estas nociones ya que su significado no es el mismo en el Derecho europeo y en el Derecho internacional privado. Así mismo, algunas directivas de armonización europeas contienen disposiciones sobre su ámbito de aplicación espacial que solo en un sentido impropio pueden ser consideradas leyes de policía.

This study analyses the ways to safeguard public policy in international contracts with the purpose to analyze and evaluate its meaning and function in the Private International Law of the Member States of European Union and in the substantive law of the European Union. In the first place, the different tools of Private international law aimed at safeguarding internal and international public policy of states are examined. In second place, the tools of Private international law to safeguard public policy must conform to the primary and secondary legislation of the European Union. These tools cannot restrict the freedom of movements in the internal European Market except for the reasons justified on the ground of public policy or overriding requirements of the public interest. Special attention should be paid to these notions because its meaning are not de same in European Law and in Private International Law. Also, some harmonization European Directives contains provisions about their geographic scope. Often these provisions are improperly considered overriding mandatory provisions.

Title: The Safeguard of Public policy in International contracts: Private International Law approach and its adjustment in European law.

Palabras clave: Salvaguarda del orden público, contratos internacionales, normas materiales imperativas, leyes de policía, cláusula de orden público, libertades de circulación, directivas de armonización.

Keywords: International contracts, mandatory rules, overriding mandatory provision, public policy clauses, freedom of movements, directives of harmonisation.

Sumario

1. Introducción
2. La salvaguarda del orden público en el derecho internacional privado: normas imperativas *simples u ordinarias*, leyes de policía y clausula de orden público.
 - 2.1 Orden público interno: las normas imperativas *simples u ordinarias*.
 - 2.2 Orden público internacional: leyes de policía y clausula de orden público
3. La salvaguarda del orden publico internacional en el marco del derecho europeo.
 - 3.1. El control de conformidad de las leyes de policía y de la clausulas de orden público de cada Estado miembro con el derecho europeo.
 - 3.2 Normas contractuales europeas, imperatividad y delimitación de su ámbito de aplicación en el espacio.
 - a) Las disposiciones sobre el ámbito de aplicación de las directivas en materia de contratos con consumidores.
 - b) La jurisprudencia sobre el ámbito de aplicación de las directivas de armonización
4. Bibliografía

1. *Introducción*

En una primera aproximación a la noción de orden público cabe señalar que esta expresión se refiere al conjunto de principios y valores en los que se asienta el ordenamiento jurídico de una sociedad en un momento dado. En el caso concreto del ordenamiento español, el contenido esencial del orden público está integrado por los valores y principios fundamentales proclamados en la Constitución y en otros textos internacionales ratificados por España (en particular los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos), así como por “los intereses públicos o generales expresados en la propia constitución o en otras normas de rango legal”¹. Esta definición incluye tanto los derechos y libertades fundamentales de naturaleza material como procesal (por ejemplo. art 24 de la Constitución: derecho a la tutela judicial efectiva).

Dentro de esta definición genérica cabe incluir el *orden económico*, en tanto que conjunto de principios y reglas generales que configuran la organización y el modelo económico vigente en una determinada sociedad ya se trate de un orden público de *dirección* (libertad de mercado, libre competencia, libre contratación, derecho a la propiedad privada) o de un orden público de *protección*, (derecho del consumo, derecho del trabajo, etc.) a los que cabe añadir, en el caso concreto de los contratos, que es la materia a la que se refiere este estudio, los principios y normas que enmarcan y limitan la libertad contractual de los particulares y que configuran el denominado *orden público contractual*. Dentro de esta noción cabe incluir tanto las disposiciones destinadas a garantizar y reforzar el carácter voluntario, libre y espontáneo del consentimiento de las partes, como las inspiradas en consideraciones de justicia conmutativa (equilibrio de las prestaciones, buena fe y lealtad negocial, existencia de una razón o causa que justifique el desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro, regla *pacta sunt servanda*, prohibición de cláusulas abusivas, etc.).

Esta sucinta referencia al contenido básico del orden público es suficiente a los efectos del presente estudio, que no es otro que el análisis de los distintos mecanismos de salvaguarda del orden público en el Derecho internacional privado estatal y su adaptación en el Derecho europeo. Cuestión distinta es la diversidad de contenido que en materia contractual pueda existir, si es que existe, entre el orden público estatal y el orden público europeo, más allá de su distinto ámbito de aplicación espacial. Aspecto, éste último que sólo interesa en la medida en que afecte a los mecanismos previstos para su aplicación o puesta en funcionamiento.

1 GARCIMARTIN ALFÉREZ, 2016, p. 318

2. *La salvaguarda del orden público en el derecho internacional privado: normas imperativas simples u ordinarias, leyes de policía y cláusula de orden público.*

Cada Estado garantiza el respeto a su orden público mediante distintas técnicas o mecanismos. Unos, se aplican tanto a los contratos internos como internacionales (normas materiales imperativas *simples* u *ordinarias*). Otros, solo operan cuando el contrato es internacional (leyes de policía y cláusula de orden público)

2.1 Orden público interno: las normas imperativas *simples* u *ordinarias*.

En el Derecho privado interno o nacional, el respeto al orden público *contractual* se garantiza mediante normas imperativas no susceptibles de ser derogadas por las partes en uso de su autonomía de la voluntad (art. 1255 CC²). En principio, estas normas imperativas están dirigidas a regular los contratos internos. Sin embargo, también interesan al Derecho internacional privado, que suele referirse a ellas con el término de normas materiales imperativas *simples* u *ordinarias*, para poder distinguirlas de otro tipo de normas imperativas de naturaleza predominantemente publico-administrativa que sólo afectan a los contratos internacionales incluidos dentro de su ámbito de aplicación espacial (leyes de policía), y a las que me referiré más adelante.

La aplicación de las normas imperativas *simples* tanto a los contratos internos como a los contratos internacionales, requiere algunas precisiones.

Por contrato interno se entiende aquel cuyos elementos (las partes, el objeto y las circunstancias de su celebración, desarrollo o ejecución) están vinculados a un único ordenamiento jurídico. Esta noción también incluye los contratos en que el único elemento “extranjero” es la elección por las partes de una ley extranjera. En este caso, la elección efectuada tiene un valor puramente contractual ya que no puede impedir la aplicación de las normas imperativas del ordenamiento con el cual el contrato se halla exclusivamente vinculado. Sólo el derecho dispositivo de dicho Estado (el destinado a suplir la ausencia de regulación o los vacíos en el contenido negocial acordado por las partes) puede ser desplazado o sustituido por el derecho dispositivo de la ley extranjera elegida por las partes³.

2 Según el art. 1255 del CC “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”

3 El art. 3(3) del Reglamento “Roma I” se refiere expresamente a este supuesto: “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”

En los contratos internacionales (vinculados objetivamente a dos o más Estados) las normas imperativas *simples* que las partes deben respetar son las de la ley designada por la norma de conflicto (*lex contractus*): ley elegida por las partes y, en su defecto, ley designada por el legislador. En los contratos internacionales, la libertad de que gozan los particulares para determinar la ley aplicable (incluida la ley de un Estado no vinculado al contrato), les permite elegir el marco regulador que consideren más apropiado a sus intereses, a la finalidad perseguida y a las características del contrato en cuestión. A diferencia de lo que sucede en los contratos internos, la elección de ley por las partes no sólo desplazan el derecho dispositivo, sino también las normas imperativas *simples* de la ley estatal que resultaría aplicable en defecto de dicha elección (ley objetivamente aplicable). Este resultado, sin embargo, sufre algunas restricciones, en los contratos en que no existe una simetría informativa o un equilibrio en la posición negociadora de las partes (básicamente en los contratos entre profesionales y consumidores y contratos entre empresarios y trabajadores)⁴. Basta referirse a las normas de conflicto del Reglamento (CE) núm. 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 17 junio 2008 (en adelante Reglamento “Roma I”) en materia de contratos de consumo (art. 6), contratos de seguros (art. 7) y contratos individuales de trabajo (art. 8).

Los arts. 6.2 y 8.1 del Reglamento “Roma I” condicionan la elección de ley por las partes a que el resultado al que conduce su aplicación no prive al consumidor o, en su caso, al trabajador, de la protección que le proporcionan las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo (con clara referencia a las normas imperativas *simples* u *ordinarias*) de la ley que sería aplicable en defecto de dicha elección: la ley de la residencia habitual del consumidor⁵ y la ley del país en el cual o a partir del cual, el trabajador realiza habitualmente su trabajo⁶ respectivamente.

En los contratos de seguros la determinación de la ley aplicable y el mecanismo de protección del asegurado resulta más complejo. La presencia de normas de conflicto en algunas Directivas europeas sobre seguros (arts. 7 y 8 de la Directiva 88/357/CEE

4 . En estos casos cuando una de las partes no está en condiciones de escoger la solución mejor para ella se está ante un “fallo del mercado” que requiere la intervención del legislador limitando la autonomía de la voluntad. (VIRGOS SORIANO y GARCIMARTIN ALFEREZ, 2004, p. 7)

5 Según el art. 6. 1 del Reglamento “Roma I”, la ley aplicable a falta de elección de ley por las partes es la ley del país de la residencia habitual del consumidor, siempre que se trate de un consumidor *pasivo* (es decir, cuando el contrato se ha celebrado en el marco de las actividades comerciales o profesionales que el profesional ejerce en el país de la residencia habitual del consumidor o de las actividades que el profesional dirige, por cualquier medio a ese país o a distintos países incluido el de la residencia habitual del consumidor).

6 Según el art. 8.2 del Reglamento “Roma I” la ley aplicable a falta de elección de ley por las partes es básicamente la del país con el cual, o en su defecto, a partir del cual el trabajador realiza su trabajo habitualmente.

aplicable a los contratos de “seguros distintos del seguro de vida”⁷ y art. 32 de la Directiva 2002/83/CE aplicable a los contratos de “seguro de vida”⁸) junto con la norma de conflicto específica del Reglamento “Roma I” (art. 7), plantea la cuestión de la delimitación de su respectivo ámbito de aplicación. Así mismo, el conflicto entre el interés de las compañías aseguradoras a que todos sus contratos se rijan por una misma ley (la del país donde están establecidas) con independencia del lugar de situación del riesgo y de la residencia habitual del asegurado, por un lado y el interés del tomador del seguro de que se aplique la ley de su residencia habitual (que suele coincidir con el país de situación del riesgo) por otro, se resuelve mediante respuestas conflictuales más matizadas que las previstas en las normas de conflicto sobre contratos de consumo y contratos individuales de trabajo.

Con anterioridad a la adopción del Reglamento “Roma I”, la presencia de normas de conflicto en las Directivas europeas aplicables a los contratos de seguros y la ausencia de una norma de conflicto específica en el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980 (en adelante Convenio de Roma 1980) obligaba a distinguir tres situaciones distintas en función del lugar de situación del riesgo: i) los contratos de seguros que cubrían riesgos situados fuera del territorio de la Unión europea se regían por las normas de conflicto generales del Convenio de Roma 1980 (arts. 3 y 4); mientras que los que cubrían riesgos situados en el territorio de los Estados miembros quedaban expresamente excluidos de su ámbito material de aplicación (art. 1.3); ii) Los contratos de seguros en los que tanto el riesgo cubierto como el establecimiento del asegurador estaban situados en la Unión Europea⁹, se regían por las normas de conflicto adoptadas por cada Estado miembro en transposición de las Directivas sobre contratos de seguro a las que se ha hecho referencia (Directiva 88/357/CEE y Directiva 2002/83/CE)¹⁰; y iii) Los contratos en que el riesgo estaba situado en el territorio de la UE y el asegurador era un prestador de servicios establecido en un tercer Estado, la ley aplicable se determinaba por las normas de conflicto nacionales al no existir, en estos casos, una solución armonizada a nivel europeo.

Este esquema se ha visto simplificado tras la sustitución del Convenio de Roma 1980 por el Reglamento “Roma I” y la introducción en este último de una norma de conflicto específica en el art. 7. El ámbito de aplicación de este artículo es distinto según que el contrato cubra o no un gran riesgo. El art. 7 se aplica a los contratos de seguros que cubren un gran riesgo con independencia de si dicho riesgo está o no localizado en un Estado miembro. En los demás contratos de seguros el art. 7 sólo se aplica cuando el riesgo se localiza en el

7 Segunda Directiva 88/357/CEE de 22 junio 1988 sobre “seguros distintos del seguro de vida,” (DO L 172 de 4 .7. 1988) modificada y completada por la tercera Directiva 92/49/CEE de 18 junio 1992 (DO L 288 de 11 .8. 1992)

8 Directiva 2002/83/CE de sobre “seguros de vida” de 5 noviembre 2002 (DO L 345 de 19.12.2002).

9 Esta doble condición (situación del riesgo y establecimiento del asegurador en la Unión Europea) obedece a que la finalidad de las Directivas que contienen normas de conflicto en materia de contratos persiguen un doble objetivo: facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios a las empresas establecidas en un Estado miembro que cubran riesgos situados en otro Estado miembro y definir “normas mínimas” de protección del asegurado, como se tendrá ocasión de comprobar en la segunda parte del presente estudio.

10 En España, los arts. 107 y 108 de la Ley española 50/1980 de 8 de octubre, de contrato de seguro (BOE, nº. 250, de 17 .10. 1980)

territorio de uno o más Estados miembros. Cuando el contrato de seguros no cubre un gran riesgo y éste se localiza en un tercer Estado se aplican las normas de conflicto generales de los arts. 3 y 4 del Reglamento "Roma I". Conforme a estos criterios, puede producirse un solapamiento del art. 7 del Reglamento y de las normas de conflicto de las Directivas comunitarias, cuando el establecimiento del asegurador y la totalidad o una parte de los riesgos cubiertos están situados en uno o más Estados miembros. En estos casos, y conforme a lo dispuesto en el art. 23¹¹, la norma de conflicto del art. 7 del Reglamento "Roma I" prevalece sobre las normas de conflicto de las Directivas comunitarias (arts. 7 y 8 de la Directiva 88/357/CEE y art. 32 de la Directiva 2002/83/CE)¹².

Respecto al mecanismo de protección del asegurado, el art. 7 del Reglamento "Roma I" difiere de la protección que los arts. 6 y 8 ofrecen al consumidor y al trabajador, respectivamente. La tensión, entre la libertad de elección ley por las partes y el respeto a las normas imperativas protectoras de la parte débil que subyace en todas estas normas de conflicto, se resuelve de distinto modo. En los contratos de seguros de grandes riesgos (seguros por daños a vehículos ferroviarios, aéreos y marítimos y a las mercancías y equipajes transportado; riesgos de crédito y de caución vinculados a una actividad comercial del tomador del seguro, entre otros) la capacidad económica y negociadora del tomador del seguro hacen innecesario ofrecerle una especial protección. En estos casos, el art. 7.2 respeta la libertad de elección de ley en los términos previstos en la norma de conflicto general del art. 3 y, en su defecto, declara aplicable la ley del país de la residencia habitual del asegurador (conexión que favorece al asegurador al permitirle prestar sus servicios de acuerdo con un única ley). Por el contrario, en los demás contratos de seguros (seguros que cubren riesgos de masa –los tomadores son particulares o pequeñas empresas– y seguros de vida) la elección de ley por las partes se encuentra considerablemente limitada. Las partes sólo pueden elegir una de las leyes expresamente previstas por el legislador en el art. 7.3, párrafo. 1º. Básicamente, la ley del Estado miembro en que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato, la ley de la residencia habitual del tomador del seguro y, en los seguros de vida, la ley del Estado miembro de la nacionalidad del asegurado. Si las partes no eligen ninguna de estas leyes, la ley aplicable es la del Estado miembro en el que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato. En la práctica, tanto si las partes hacen uso del escaso margen de libertad de elección que les permite el art. 7.3, como si no lo hacen, la ley que resultará

¹¹ Art. 23 del Reglamento "Roma I": "*Relaciones con otras disposiciones del Derecho comunitario.* Con excepción del art. 7º, el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales"

¹² Esta prevalencia del art. 7 del Reglamento "Roma I" se extiende a las normas de conflicto nacionales adoptadas en transposición de las Directivas comunitarias en materia de contratos de seguros. Por este motivo, cabe considerar que el carácter preferente que el art. 109 de la Ley española 50/1980 del 8 de octubre del contrato de seguros, atribuye a los artículos 107 y 108 de esta ley respecto de las normas de conflicto generales en materia de obligaciones contractuales (que en España no son otras que las del Reglamento "Roma I") contradice lo dispuesto en el art. 23 del Reglamento.

aplicable en la mayoría de los casos, será la ley del Estado en el que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato, ya que en los contratos que cubren riesgos “de masa” y seguros de vida, dicho Estado suele coincidir con el Estado de la residencia habitual del tomador del seguro. A la vista de este resultado, cabe considerar que el principio de *favor debilis* está presente en el art. 7 aunque con menor fuerza que en las normas de conflicto del art. 8 (contratos de consumo) y del art. 9 (contratos individuales de trabajo), al haberse limitado la posibilidad de elegir una ley que ofrezca al asegurado una mayor protección que la que le proporciona la ley de su residencia habitual.

Esta apreciación, sin embargo, no es del todo correcta, ya que no tiene en cuenta la posibilidad prevista en el párrafo, 2º del art 7.2 de que las partes gocen de una mayor libertad de elección de ley en los supuestos contemplados en las letras a), b) o e) del párrafo 1º de art. 1.3, si así lo permiten las normas de conflicto de la ley elegida por las partes¹³. La posibilidad de que se amplíen “indirectamente” los márgenes de la autonomía conflictual fijados en el art. 7.3 párrafo 1º sin exigir al mismo tiempo que la ley elegida no prive al asegurado de la protección que le proporciona la ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo o de la ley de su residencia habitual, contradice la finalidad protectora del asegurado frente a las cláusulas de elección de ley insertas en un contrato de adhesión, como es el contrato de seguros, no negociadas individualmente. Así mismo, la mencionada disposición es incoherente con el carácter universal del Reglamento “Roma I” (art. 2) del mismo modo que resulta impropia la admisión del reenvío, a pesar de que el art. 20 lo admita excepcionalmente, precisamente para “salvar la consistencia” con lo dispuesto en el art. 7.2 párrafo 2º¹⁴. Si el Reglamento desplaza las normas de conflicto nacionales en materia de obligaciones contractuales, incluidos los contratos de seguros, ¿qué sentido tiene la remisión a las normas de conflicto de la ley del Estado miembro elegida por las partes?. En definitiva, se trata de una disposición deudora de las Directivas comunitarias que contienen disposiciones análogas (art. 7. 1º d) de la Directiva 88/357/CEE y art. 32.1 de la Directiva 2002/83/CE) y que, si bien puede estar justificada en un marco de armonización *de mínimos* del derecho material y conflictual de los Estados miembros con el objeto de facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios a las compañías de seguros, resulta incoherente cuando se inserta en un marco de normas de conflicto comunes e idénticas para todos los Estados como son las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” y en él que de forma expresa se declara su carácter preferente respecto de las normas de conflicto de leyes del Derecho europeo derivado” (art. 23)¹⁵

13 Los supuestos a los que se refiere el art. 7.2. párrafo 2º del Reglamento “Roma I” son :i) la ley del Estado miembro en que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato; ii) la ley del país donde el tomador del seguro tenga su residencia habitual y iii) cuando el tomador del seguro ejerza una actividad comercial o industrial o una profesión liberal y el contrato de seguro cubra dos o más riesgos que estén relacionados con dichas actividades y estén situados en Estados miembros diferentes, la ley de cualquiera de los Estados miembros en cuestión o la ley del país en que el tomador del seguro tenga su residencia habitual.

14 GARCIMARTIN ALFÉREZ, 2008, ap. VII

15 Ver *supra* nota (11)

2.2. Orden público internacional: Leyes de policía y cláusula de orden público

Junto a esta categoría de normas imperativas de naturaleza jurídico-privada que configuran el *orden público interno en materia contractual* existen también otros mecanismos destinados a salvaguardar los principios y libertades fundamentales y los intereses públicos o generales contemplados en la constitución y otras normas de rango legal. Estos mecanismos son, por un lado, las *leyes de policía* (“normas internacionalmente imperativas” u *overriding mandatory rules*, entre otras denominaciones) y por otro, la clásica *cláusula de orden público* (“excepción” de orden público o “reserva” de orden público, según los autores). Ambos mecanismos pueden englobarse dentro del concepto más amplio de *orden público internacional de cada Estado*, a pesar de su distinto contenido y técnica de regulación utilizada, en la medida que ambos persiguen el mismo objetivo: evitar (leyes de policía) o atenuar (cláusula de orden público) el “salto a lo desconocido” al que conduce la técnica indirecta de las normas de conflicto.

Las leyes de policía son normas imperativas de naturaleza predominantemente publico-administrativa que con el fin salvaguardar intereses generales obligan a los particulares a observar determinadas conductas en sus relaciones jurídicas privadas¹⁶. Los ejemplos son numerosos y se encuentran en los más diversos sectores del ordenamiento. Por lo que respecta a los contratos éstos pueden verse afectados, entre otras, por las leyes reguladoras del mercado (leyes sobre en libre competencia y sobre competencia desleal) y por leyes destinadas a controlar el comercio exterior de determinados bienes o servicios (leyes de protección del patrimonio histórico y cultural, leyes sobre exportación de tecnologías de doble uso, leyes sobre comercio de residuos peligrosos, tóxicos o altamente contaminantes). Las leyes de policía están dotadas de un ámbito de aplicación en el espacio propio y específico. Mediante esta delimitación unilateral (en la que se indica el vínculo que debe existir entre el supuesto de la norma y el ordenamiento jurídico al que dicha norma pertenece), las leyes de policía se imponen en las relaciones jurídico-privadas (por ejemplo, un contrato) sea cual sea la ley designada por la norma de conflicto.

La cláusula de orden público afecta de forma menos radical a las normas de conflicto y su aplicación es más flexible, ya que se limita a excluir la ley extranjera designada por la norma de conflicto (o a denegar el reconocimiento de una decisión extranjera) cuando el

16 La identificación e individualización de las leyes de policía como un tipo de normas imperativas distintas de las normas materiales imperativas *simples* u *ordinarias* que se superponen y excluyen la aplicación de la norma de conflicto, suele atribuirse a. FRANCESKAKIS, 1958, pp. 11-16, que se refirió a ellas por primera vez con el término *régles d'application immédiate du droit interne*. En el Derecho positivo actual una de las formulaciones más logradas, a la vez que influenciada por el mencionado autor francés, es la que nos ofrece el art. 9.1 del Reglamento “Roma I” al establecer que: “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país 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 fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”

resultado de su aplicación resulta incompatible con los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico del foro.

Así pues, mientras las leyes de policía españolas se imponen cualquiera que sea la ley designada por las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” en aquellos supuestos que entran dentro de su ámbito de aplicación espacial, las cláusulas de orden público se limitan a excluir o corregir el resultado al que conduce la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto (art. 20 del Reglamento “Roma I”) o a denegar el reconocimiento de una decisión extranjera (art. 46 a) de la Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en cada caso concreto.

Los principios fundamentales, las libertades públicas y los intereses generales que las autoridades españolas deben tutelar frente a leyes, actos y decisiones extranjeras son únicamente los previstos en el derecho español. El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la exclusividad y alcance territorial del orden público español en los recursos de amparo por supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del Tribunal Supremo español encargado de otorgar (STC 43/1986 de 15 abril y STC 132/1991 de 17 de junio) o denegar (STC 54/1989 de 23 de febrero) el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera. El Tribunal Constitucional se ha expresado en los siguientes términos:

“Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde se ejerce la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de aquellos derechos y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, en lo que atañe al supuesto que ahora nos ocupa, por las exigencias que impone el art. 24 C.E.”

En la STC 132/1991 de 17 de julio, se planteó un recurso de amparo contra la decisión del Tribunal Supremo (Auto de 25 octubre 1988) de otorgar el exequátur a una sentencia argelina que condenaba al recurrente al pago de determinadas cantidades en concepto de daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato de suministro de cereales. Según el recurrente, la imposibilidad de entregar la totalidad de la mercancía estipulada obedecía a un motivo de fuerza mayor “por hecho del príncipe”, ya que la licencia de exportación le fue revocada por la Dirección General de Exportación del entonces Ministerio de Comercio español, al haber infringido determinados Decretos sobre producción de cereales, exportación de mercancías y control de cambios vigentes en el momento de los hechos (conjunto de disposiciones que cabe calificar de leyes de policía). Esta circunstancia no fue óbice para que el Tribunal Supremo concediese el exequátur a la sentencia argelina. En el recurso de amparo el demandante alegó que el reconocimiento de la resolución argelina era contrario art. 24.1 de la Constitución por tratarse de una resolución carente de motivación, no fundada en derecho y en la que el fallo se obtuvo sin un razonamiento adecuado. El TC desestimó el recurso de amparo tras analizar cada uno de estos motivos. Con relación a la

falta de fundamentación jurídica del fallo pronunciado por el tribunal argelino, el Tribunal Constitucional consideró que detrás de este motivo de impugnación lo que en realidad planteaba el demandante era su disconformidad, tanto con el enjuiciamiento y la valoración de los hechos efectuados por el órgano judicial extranjero, como con la consideración de “ lícita en España” de la obligación que sirvió de base a la demanda ante el tribunal de origen, por parte del Tribunal Supremo, a pesar de que el cumplimiento de dicha obligación (entrega de las mercancías estipuladas en el contrato) hubiera supuesto una infracción de las leyes de policía españolas a las que se ha hecho referencia. Una vez desenmascarada la verdadera intención del recurrente, el Tribunal Constitucional consideró que la pretensión de que se revisase el contenido y fundamento de la resolución extranjera, no sólo desbordaba el marco del recurso de amparo constitucional, sino también la función homologadora del juez de exequátur (que en ningún caso supone una revisión de fondo de la sentencia extranjera). Así mismo, consideró que la calificación de lícita o ilícita de la obligación que sirvió de base a la demanda ante el tribunal extranjero es una cuestión de legalidad ordinaria sobre la que no corresponde pronunciarse el Tribunal Constitucional.

2. *La salvaguarda del orden publico internacional en el marco del Derecho europeo.*

El análisis del orden público que se ha efectuado — centrado en los mecanismos de que dispone cada Estado para salvaguardar los principios, valores e intereses públicos que sustentan su ordenamiento jurídico frente a la eventual aplicación de una ley extranjera (orden publico internacional) — debe ser completada con una visión más amplia del orden público en la que se incluyan los principios y libertades que emanan del Derecho primario europeo y de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (orden público europeo). El principio de primacía del Derecho comunitario obliga a las autoridades de los Estados miembros a respetar los derechos y libertades que conforman el orden público europeo. La prevalencia del orden público europeo sobre el orden público internacional de los Estados miembros condiciona la libertad de los Estados miembros para formular las leyes de policía que consideren necesarias en defensa del interés público o general y para aplicar la cláusula de orden público cada vez que el resultado al que conduce la ley extranjera designada por la norma de conflicto del foro vulnere los principios y valores fundamentales del foro. Esta afectación de los mecanismos tradicionales de salvaguarda del orden público internacional y las distintas modalidades de intervención del orden público europeo en el ámbito de los contratos internacionales vinculados a uno o más Estados de la Unión Europea se examinan a continuación.

No obstante, antes de proceder a analizar el impacto del orden público europeo en los mecanismos de Derecho internacional privado destinados a salvaguardar el orden público del foro conviene hacer algunas precisiones previas¹⁷.

- El impacto del orden público europeo sobre los instrumentos de que disponen los Estados miembros para salvaguardar su orden público internacional se limitará al sector del Derecho aplicable.

- El haber circunscrito el estudio al ámbito contractual, la atención se centrará en aquellos principios y libertades que configuran el orden público europeo que, por su carácter económico pueden resultar más afectados por los contratos vinculados al territorio de uno o más Estados miembros como son: las libertades de circulación (mercancías, trabajadores, servicios y capitales) en base a las cuales funciona el mercado interior y el principio de no discriminación.

- El orden público europeo y el orden público internacional de cada Estado miembro se influyen mutuamente. El orden público europeo limita y condiciona la operatividad de las leyes de policía y de la cláusula de orden público. El orden público internacional, contribuye a ampliar el contenido del orden público europeo que ha pasado de ser un orden público económico a un orden público más social y protector de los derechos humanos fundamentales.

- Los cauces a través de los que se canaliza esta influencia recíproca son básicamente: por un lado, el control por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de las leyes de policía y de la aplicación de las cláusulas de orden público susceptibles de afectar el efectivo ejercicio de las libertades comunitarias y, por otro, la incorporación en el Derecho europeo derivado (en particular las Directivas sectoriales de armonización del derecho de los contratos) de principios, valores e intereses generales que integran el orden público internacional de cada Estado.

3.1 El control de conformidad de las leyes de policía y de la cláusulas de orden público de cada Estado miembro con el Derecho europeo.

El Reglamento “Roma I”, a pesar de ser un instrumento europeo de Derecho internacional privado, no afecta a la libertad de los Estados miembros para determinar las disposiciones de su Derecho interno que no pueden excluirse mediante acuerdo de las partes (normas imperativas *simples*); para establecer qué disposiciones son esenciales para salvaguardar los intereses generales y cuál debe ser su ámbito de aplicación espacial (leyes de policía); y para rechazar la aplicación de una ley extranjera si consideran que el resultado de su aplicación es contrario a los principios fundamentales y a las libertades individuales

17 Respecto de la metamorfosis que ha experimentado el orden público internacional de cada Estado debido al impacto de la normativa internacional sobre Derechos humanos y del orden público de la Unión Europea, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2015, pp. 146-181.

garantizadas en su Constitución (cláusula de orden público). El Reglamento “Roma I” se limita a indicar el Estado o Estados cuyas normas imperativas *simples*, leyes de policía o cláusulas de orden público resultan aplicables en cada caso: Estado de la ley designada por la norma de conflicto en defecto de elección de ley por las partes (arts. 3.3. 6.2 y 8.1) ; Estado del foro (arts. 3.4, 9 y 20) o Estado donde las obligaciones derivadas del contrato deban ejecutarse (art. 9.3)¹⁸.

En el Derecho sustantivo europeo los mecanismos de protección del orden público internacional de cada Estado adquieren un significado distinto. Lo relevante no es que limiten la libertad contractual o que excluyan la aplicación de la ley extranjera designada por las normas de conflicto, sino los efectos negativos que pueden derivarse de su aplicación para el ejercicio efectivo de las libertades de circulación sobre las que se asienta el mercado único europeo. Lo fundamental para el Derecho europeo es lograr un justo equilibrio entre el interés de los Estados miembros a que se respeten los principios, valores y políticas fundamentales en que se basa su orden público y el interés de la Unión Europea en evitar que las exigencias que subyacen en el orden público internacional de cada Estado miembro perturben el correcto funcionamiento del mercado interior.

Esta tensión entre el orden público de los Estados miembros y el orden público europeo ha estado presente en el Derecho europeo desde sus orígenes (Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957) hasta la actualidad (Tratado de funcionamiento de la Unión Europea de 2007, en adelante TFUE).

El Derecho primario europeo, en lugar de ampararse en el principio de primacía, ha preferido dejar un “espacio para el dialogo”¹⁹ entre el orden público de los Estados miembros y el orden público europeo. El desarrollo de este espacio ha sido posible gracias a las excepciones a la libre circulación expresamente previstas en las sucesivas versiones de los Tratados constitutivos y al control que sobre dichas excepciones ejerce el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). En el TFUE, las excepciones a las libertades de circulación son las previstas en los siguientes artículos: art. 36 (libre circulación

18 En una reciente sentencia de 18 .10. 2016 , As, C-135/15, *Nikiforidis*, el TJUE se ha pronunciado sobre una cuestión prejudicial en la que básicamente se le preguntaba si el art. 9 del Reglamento “Roma I” debía interpretarse restrictivamente de tal modo que sólo podían invocarse las leyes de policía del Estado del foro y las del Estado donde deben ejecutarse las obligaciones del contrato o si también podían tomarse en consideración las leyes de policía de otro Estado miembro de la UE. Esta cuestión se planteó a raíz de la reducción salarial de un profesor que trabajaba en una escuela griega en Alemania como consecuencia de las leyes adoptadas en Grecia para disminuir el déficit público. Estas leyes griegas susceptibles de ser calificadas como leyes de policía no eran ni las del foro ni las del lugar de ejecución del contrato, ni tampoco las de la ley aplicable al contrato (todas estas circunstancias se localizaban en Alemania). En su sentencia el Tribunal considera que el art. 9 impide que se apliquen otras leyes de policía que no sean las del foro o las del Estado donde tienen que ejecutarse o se ejecutan las obligaciones derivadas del contrato. pero nada impide que el juez tome en consideración leyes de policía de otros Estados como circunstancia de hecho en la medida que el derecho nacional aplicable al contrato lo prevea.

19 POILLOT PERUZZETTO, 2005, p. 90.

de mercancías); art. 45.3 (libre circulación de trabajadores); art. 52 (libre circulación de personas) ; art. 62 (libre circulación de servicios) y; art. 65.1 b (libre circulación de capitales). Los motivos de excepción a los que hacen referencia estas disposiciones son, con ligeras variantes, el orden público y la seguridad pública²⁰, a los que cabe añadir las “exigencias imperativas” y los “razones imperativas de interés general” introducidos por la jurisprudencia en el ámbito de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios, respectivamente.

Ante estas excepciones (“reservas de orden público y de interés general”) a las libertades de circulación aceptadas por el Derecho europeo cabe preguntarse si también incluyen las leyes de policía o la cláusula de orden público en las que se amparan los Estados miembros para excluir la ley designada por las normas de conflicto, ya sea ésta la ley de otro Estado miembro, ya sea la de un tercer Estado.

El análisis de la jurisprudencia del TJUE muestra que la distinción entre leyes de policía y reserva de orden público pierde relevancia, cuando se trata de evaluar estos mecanismos de salvaguarda del orden público internacional de los Estados miembros a la luz de las libertades de circulación. El asunto *Ablade*²¹, constituye un ejemplo clásico de las restricciones que pueden sufrir las leyes de policía y la cláusula de orden público cuando se aplican en el ámbito del Derecho europeo.

Los hechos que dieron lugar a la cuestión prejudicial ante el TJUE fueron los siguientes. En 1990, una empresa belga (“Sucrerie Tirlemontoise de Wanze”) celebró un contrato con una empresa francesa (“ACMB”) para que construyera en territorio belga unos silos destinados al almacenamiento de azúcar. La empresa francesa subcontrató parte del montaje de la obra a otras empresas francesas. Dos de las empresas subcontratadas (“Sofrage” y “Arblade”) desplazaron temporalmente a una parte de sus trabajadores a Bélgica. La Inspección de trabajo belga les solicitó que presentasen distintos documentos exigidos por la legislación social belga, pero las empresas francesas consideraron que no estaban obligadas a hacerlo ya que, en su opinión, los trabajadores que habían sido desplazados a Bélgica seguían sujetos a las leyes sociales francesas. El Ministerio Público belga inició sendos procedimientos penales contra el director y el gerente de “Arblade” y contra el gerente de “Sofrage” (todos ellos domiciliados en Francia), y solicitó que ambas empresas fueran declaradas civilmente responsables. Antes de resolver estos litigios el Tribunal correccional de Huy (Bélgica) decidió plantear ante el TJUE dos cuestiones prejudiciales que, en esencia, consistían en solicitar que se pronunciase sobre si los arts. 59 y 60 del TCE (en la actualidad, arts. 56 y 57 del TFUE) se oponen a que el Estado belga exija a las empresas francesas que desplazan trabajadores al territorio belga el cumplimiento de ciertas obligaciones, incluso mediante leyes de policía y seguridad. Las obligaciones controvertidas se referían básicamente: al pago del salario

20 El art. 36 contiene una lista más detallada de las excepciones a la prohibición de restringir la importación, la exportación y tránsito de mercancías al referirse, no solo a las medidas justificadas por motivos de orden público o seguridad, sino también a las que responden a razones de moralidad, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. Siempre que tales medidas “no constituyan un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”.

21 Sentencia del TJUE de 23 .11. 1999, As. acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade y Leloup*

mínimo fijado en el convenio colectivo del sector de la construcción; a las cotizaciones destinadas a completar el salario de los días en que las inclemencias del tiempo impiden el normal desarrollo del trabajo (*timbres-intempéries*) y la prima de fidelidad destinada a recompensar el trabajo realizado durante un determinado período de tiempo (*timbres-fidélité*); a la adopción de un reglamento interno de trabajo; y a la tenencia de un libro de matrícula del personal y de una cuenta individual de cada trabajador desplazado, así como, la obligación de conservar estos documentos en el domicilio belga de la persona en cuyo poder se encuentran en su condición de mandatario o encargado.

Respecto a la cuestión de si todas o alguna de estas disposiciones de la legislación social y laboral belga podían calificarse de leyes de policía susceptible de obstaculizar la libre prestación de servicios, el TJUE adoptó un criterio de *calificación autónoma*, según el cual, la expresión de leyes de policía y seguridad “se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él.”. Se trata de una definición semejante a la introducida, con posterioridad a esta sentencia, en el art. 9.1 Reglamento “Roma”²². Sin embargo, se observa una diferencia significativa. En la definición del TJUE se omite un rasgo característico de las leyes de policía, como es el hecho de que resultan aplicables *cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato*. Esta omisión resulta comprensible si se tiene en cuenta la distinta perspectiva desde la que se abordan las leyes de policía en el Derecho internacional privado y en el Derecho europeo.

Para el Derecho internacional privado las leyes de policía constituyen una técnica de reglamentación que se superpone a norma de conflicto excluyendo su aplicación a las situaciones que entran dentro de su ámbito aplicación. Para el Derecho europeo las leyes de policía se entienden como una excepción al principio de reconocimiento mutuo²³.

El origen de este principio se encuentra en la sentencia “Cassis de Dijon”²⁴ y en la Comunicación de la Comisión dirigida a los Estados miembros sobre las consecuencias de esta sentencia en el sector de la libre circulación de mercancías²⁵. De esta Comunicación se desprende que, en ausencia de armonización, los Estados pueden regular las condiciones de comercialización de sus productos, pero no sucede lo mismo cuando se trata de

²² Ver *supra* nota (16)

²³ Como indican FALLON y MEEUSEN, 2002, pp. 62- 63, las diferencias también existen cuando se compara la cláusula de orden público con la excepción al reconocimiento mutuo: i) la cláusula de orden público sirve para rechazar la ley extranjera, mientras que la excepción al reconocimiento mutuo conduce a menudo a rechazar la *lex fori*; ii) la cláusula de orden público protege principios fundamentales del sistema jurídico nacional y la excepción de reconocimiento mutuo el principio fundamental de la libre circulación en el Derecho europeo; iii) la propia cláusula de orden público puede estar sujeta a la excepción del reconocimiento mutuo.

²⁴ Sentencia del TJCE de 20.2.1979 As 120/78 *Rewe-Zentral AG*.

²⁵ DO C 256 de 3.10.1980

productos importados de otros Estados miembros. En este caso, todo producto importado de un Estado miembro (*Estado de origen*) debe ser admitido en el territorio del Estado de importación (*Estado de destino*) si es conforme a las normas de producción y comercialización del país exportador. Posteriormente la jurisprudencia “Cassis de Dijon” se ha extendido al resto de libertades comunitarias, en especial a la libre prestación de servicios²⁶. En este ámbito, el reconocimiento mutuo se aplica tanto a las reglas que rigen el acceso a la actividad como las que regulan su ejercicio²⁷. Mediante el reconocimiento mutuo se quiere evitar que, en ausencia de armonización, la diversidad normativa de los Estados miembros obligue a los agentes económicos a respetar las exigencias legales del *Estado de origen*, así como las de cada uno de los Estados en los que pretende introducir sus productos o ejercer su actividad (*Estado de destino*). Esta duplicidad de exigencias aumenta los costes de transacción y por consiguiente hace menos atractiva la actividad de aquellos que deciden actuar en el mercado interior en comparación con aquellos que desarrollan su actividad en el territorio de un solo Estado. En definitiva, las leyes de policía interesan al Derecho europeo no porque impidan la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto, sino porque obligan a respetar una ley (en general, la del país de destino²⁸) que, por las razones expuestas, obstaculiza o restringe el ejercicio de las libertades de circulación. Cuestión distinta es que, en la práctica, la ley a la que se superponen las leyes de policía pueda ser la misma. Hipótesis que se presenta cada vez que la ley aplicable al contrato coincide con la ley del Estado de origen.

La obligación del Estado de destino de admitir en su territorio los bienes y servicios que han sido legalmente producidos o comercializados en el Estado de origen sufre una excepción cuando el Estado de destino considera que existen razones imperativas de interés general que no quedan suficientemente protegidas con la aplicación de la ley del

26 Según la Sentencia del TJCE de 25.7.1991 As. C-76/90, *Säger c. Dennemeyer*: “Procede señalar, en primer lugar, que el artículo 59 del Tratado no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio de quien presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos.” (punto 12).

27 GARDEÑES SANTIAGO, 1999, p. 53

28 En ocasiones, sin embargo, leyes de policía del Estado de origen también pueden constituir un obstáculo a la libre circulación como se desprende de la STJUE de 10 .5.1995 As. C-384/93, *Alpine Investment*. El origen de esta sentencia se encuentra en la reclamación que una S^a holandesa (*Alpine Investment*), especializada en contratos de futuros sobre mercancías, formuló contra el Ministerio de Hacienda holandés por haber prohibido los contactos telefónicos con particulares para ofrecerles servicios financieros sin que éstos hubieran dado su previo consentimiento por escrito (práctica conocida como *cold calling*). *Alpine Investments* ofrecía sus servicios por teléfono a potenciales clientes domiciliados en Holanda y en otros Estados miembros. En su opinión, la prohibición del derecho holandés era contraria al art. 59 (actual art. 56 del TFUE) sobre la libre prestación de servicios. El Tribunal, -- después de considerar que el art. 59 también resultaba aplicable a aquellas situaciones, en las que, como sucedía en este caso, el prestador ofrecía sus servicios sin abandonar su Estado de origen a personas establecidas en otros Estados miembros --, procedió a examinar si la prohibición holandesa estaba justificada por razones de interés general.

Estado de origen. Esta excepción abre un espacio de diálogo entre el Estado de destino que reivindica la aplicación de su ley nacional a título de ley de policía (o de ley de sustitución tras la intervención de la cláusula de orden público²⁹) y el interés del derecho europeo a la libre circulación. Este dialogo se desarrolla bajo el control del TJUE, a quien le corresponde establecer los límites dentro de los cuales el Derecho nacional del Estado de destino puede ser aplicado.

Una vez más, la Sentencia *Arblade*, resulta ilustrativa. Después de precisar la noción de leyes de policía y de admitir la posibilidad de que su aplicación constituya un obstáculo a la libre prestación de servicios³⁰, el TJUE procede a un examen individualizado de cada una de las disposiciones controvertidas con el fin de verificar si son o no compatibles con el Tratado. La primera exigencia es que no sean discriminatorias y que persigan un objetivo legítimo de interés general (arts. 18 y 62 TFUE), como era en este caso, la protección social de los trabajadores en el sector de la construcción. Este requisito ha sido objeto de una interpretación muy restrictiva por parte de la jurisprudencia, ya que no basta con que la medida o disposición controvertida persiga un objetivo de interés general, sino que es necesario que concurren otras condiciones (*test de proporcionalidad*): que el interés general invocado no esté ya suficiente protegido por una regulación equivalente en el Estado de origen; que la medida sea necesaria para alcanzar el objetivo de interés general que se propone y que no sea posible alcanzar dicho objetivo mediante una medida menos restrictiva para las libertades comunitarias. La conclusión a la que llegó el TJUE en el caso *Arblade* después de aplicar estos criterios fue que sólo eran compatibles con los arts. 59 y 60

29 Uno de los escasos ejemplos, en el ámbito del derecho aplicable a los contratos, en los que se ha planteado la compatibilidad de la cláusula de orden público con las libertades de circulación lo ofrece la Sentencia del TJUE de 24.10.78 en el As. 15/78, *Koestler*. En este caso se trataba de un contrato en virtud del cual un banco francés se comprometió a efectuar una serie de operaciones bursátiles a plazo en la Bolsa de París siguiendo las instrucciones de un cliente domiciliado en Alemania. Para realizar estas operaciones el Banco puso un crédito a disposición de su cliente. Debido a las pérdidas sufridas con estas operaciones bursátiles, el Banco reclamó ante los tribunales alemanes el pago del descubierto en su cuenta corriente que el demandado se negó a saldar. La ley aplicable al contrato era la ley francesa, sin embargo el tribunal alemán consideró que las obligaciones contraídas por el demandado podían asimilarse a las deudas de juego contrarias al orden público alemán y, por consiguiente, no susceptibles de ser reclamadas judicialmente. Ante la duda de si la aplicación del orden público alemán era contraria a la libre prestación de servicios el tribunal de apelación alemán acudió al TJUE que, en este caso, se limitó a señalar que aplicación de "excepción de juego" del Derecho alemán no era contraria al Derecho europeo ya que no comportaba ninguna discriminación ni de hecho ni de derecho, en el trato dado a la deuda contraída en el extranjero y el que reciben las deudas similares contraídas en Alemania. Como indica BONOMI, 1998, pp. 133-134, la respuesta en este caso del Tribunal fue muy prudente y es probable que en la actualidad fuese distinta.

30 En palabras del propio Tribunal "La pertenencia de las normas nacionales a la categoría de leyes de policía y de seguridad no las exime del respeto a las disposiciones del Tratado, so pena de vulnerar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Éste sólo puede tomar en consideración los motivos en que se sustentan dichas legislaciones nacionales a la luz de las excepciones a las libertades comunitarias expresamente previstas por el Tratado y, en su caso, como razones imperativas de interés general" (apartado 31)

TCE (actuales 56 y 57 TFUE) las disposiciones de la legislación social y laboral belga (*Estado de destino*) relativas al salario mínimo³¹ y a los documentos que debían estar disponibles en lugar accesible e identificado dentro del territorio belga a fin de poder comprobar el cumplimiento efectivo de la normativa sobre salvaguarda de la protección social de los trabajadores.

La Sentencia *Arblade* se refería a unos hechos que ocurrieron con anterioridad a la adopción de la Directiva 96/71/CE de 16 diciembre de 1996³² en la que se concretan las condiciones de trabajo y empleo del Estado miembro de destino (aquel al que han sido desplazados temporalmente los trabajadores) que las empresas establecidas en Estado miembro de origen deben respetar, sea cual sea la legislación aplicable a la relación laboral. Por consiguiente, la Directiva atribuye el carácter de leyes de policía a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y convenios colectivos que constituye el “nucleo duro” de las disposiciones de protección del trabajador (entre otras, periodo máximo de trabajo, período mínimo de descanso, duración mínima de vacaciones, cuantía del salario mínimo y medidas de salud, seguridad e higiene en el trabajo) con independencia de que el Derecho nacional les atribuya o no esta naturaleza.

Con carácter más general, cabe plantearse qué tratamiento reciben las leyes de policía y las cláusulas de orden público en un marco armonizado. Cabe recordar, al respecto que a partir de la sentencia *Cassis de Dijon* y del principio del reconocimiento mutuo que de ella se deriva, la diversidad legislativa de los Estados deja de ser un obstáculo a la libre circulación de bienes y servicios, salvo que dicha diversidad obedezca a motivos de orden público o a razones imperativas de interés general. A partir de este momento, la política de armonización de legislaciones en el mercado interior, se centra en evitar que las disposiciones imperativas nacionales que persiguen un objetivo legítimo de interés general puedan continuar obstaculizando el ejercicio de las libertades comunitarias³³. Este enfoque de la armonización tiene como resultado que la protección del orden público y el interés general pasan de ser una prerrogativa de cada Estado miembro a convertirse en un objetivo del Derecho europeo, el cual, como se verá a continuación, se dota de sus propios instrumentos de salvaguarda.

31 En relación al salario mínimo fijado por el convenio colectivo de trabajo aplicable en Bélgica, el TJUE condicionó su compatibilidad con los arts. 59 y 60 a que “las disposiciones de que se trate sean suficientemente precisas y accesibles para evitar que, en la práctica, resulte imposible o excesivamente difícil que el empresario conozca las obligaciones que debe cumplir”.

32 DO L 18 de 16.12.1996

33 BOUZA VIDAL, 1981, pp. 426-430

3.2 Normas contractuales europeas, imperatividad y delimitación de su ámbito de aplicación en el espacio.

Desde 1989 en que el Parlamento europeo planteó la posibilidad de adoptar un Código europeo común de Derecho privado³⁴, las tentativas para llevar a cabo esta iniciativa han fracasado³⁵, incluidas las más recientes y modestas encaminadas a la adopción de un Reglamento optativo sobre “Normativa común de la compraventa europea”³⁶. En la actualidad, el panorama con el que se encuentran los agentes económicos que pretenden realizar actividades transfronterizas no dista mucho de la imagen, a menudo utilizada, “de un océano inmenso (el Derecho privado internacional) salpicado por algunas (20 o 3037) islas, de distinto tamaño, que son el Derecho comunitario”³⁸. Una parte de estas islas forman el archipiélago de las Directivas sectoriales sobre contratos con consumidores³⁹.

Se trata de Directivas que regulan algunos aspectos de los contratos con consumidores (información precontractual, prohibición de cláusulas abusivas, derecho a desistir del consentimiento otorgado durante un determinado periodo de tiempo, derecho a rescindir el contrato, etc.). La mayoría de sus disposiciones tienen un carácter imperativo y se aplican tanto a los contratos internos como internacionales. Su objetivo es introducir en los Estados miembros un nivel de protección del consumidor equivalente a fin de reducir al máximo los obstáculos a las libertades de circulación o falsear el juego de la libre competencia en el mercado interior. Tradicionalmente estas Directivas se han limitado a garantizar al consumidor un nivel mínimo de protección susceptible de ser completado y elevado mediante la adopción, en el ámbito regulado por la Directiva, de disposiciones más protectoras por parte de los Estados miembros. Sin embargo, en las Directivas más

34 Resolución A2-157/89 del Parlamento europeo sobre aproximación del Derecho privado de los Estados miembros (DO C 158 de 26.6.1989, p. 400) en la que se solicitaba el inicio de los trabajos preparatorios para la elaboración de un Código europeo común del Derecho privado, en especial de los “sectores de derecho privado esenciales para el desarrollo del mercado único, tales como el derecho de las obligaciones, sin excluir naturalmente otros sectores”.

35 Mención aparte merecen los textos académicos como los “Principios del Derecho europeo de los contratos” (LANDO y BEALE, 2000, pp. 1-93).

36 Sobre el “nacimiento, declive y muerte” de un Reglamento optativo sobre “Normativa común de la compraventa europea (*Common European Sales Law*), véase, FONTANELLAS MORELL, 2014-2015, pp. 447-487.

37 Según la lista elaborada por FALLON de los “Actos y convenios (o proyectos) vinculados a la Unión Europea en materia civil y comercial” (GEDIP: www.gedip-egpil.eu) en fecha 1.8.2016, se habían adoptado una treintena de Directivas en materia de contratos de consumo (incluidas las derogadas o modificadas por otras directivas posteriores).

38 Informe del Parlamento europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados. Miembros. Ponente: Klaus-Heiner LEHNE, Doc. A5-0384/398 de 6.11.2001, p. 11

39 En el ámbito de los contratos con empresas, las normas sustantivas europeas cubren pocos aspectos del Derecho contractual (Directiva 2011/7/UE de 16 de febrero de 2011, sobre la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (refundición), DO L 48 de 23.2.2011).

recientes. se observa una tendencia favorable a una armonización *más plena*. El art. 4 de la Directiva 2011/83/UE sobre Derechos de los consumidores⁴⁰ y el art. 4 de la Directiva 2015/2302/UE relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados⁴¹ indican que los Estados miembros no pueden mantener ni introducir en su Derecho nacional disposiciones contrarias a las establecidas en la Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la propia Directiva⁴²

a) Las disposiciones sobre el ámbito de aplicación de las Directivas en materia de contratos con consumidores.

Con el fin de que el nivel de protección del consumidor previsto en las Directivas se mantenga en los contratos internacionales que presentan vínculos con el territorio de la Unión Europea, algunas Directivas contienen disposiciones expresas destinadas a delimitar su ámbito de aplicación espacial⁴³ utilizando para ello distintos criterios. En las Directivas más recientes, estos criterios de aplicabilidad, tienen en cuenta el mecanismo de protección de los consumidores previsto en el art. 6 del Reglamento “Roma I”; mientras que las Directivas más antiguas alteran en mayor medida dicho mecanismo.

- Dentro del primer grupo, cabe referirse a la Directiva 2008/122/CE de 14 enero 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de

40 Directiva 2011/83/de 25 octubre 2011 sobre derecho de los consumidores (DO L 304 de 22 .11.2011). Esta Directiva deroga la Directiva 85/577/CEE de 20 diciembre 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y la Directiva 97/7/CE de 20 mayo 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

41 Directiva 2015/2302/UE de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados (DO L 326 de 11.12. 2015), deroga, a partir de 1 julio 2018, la Directiva 90/314/CEE 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158 de 23.6.1990)

42 Así mismo, el Considerando (13) de la Directiva 2002/65/CE de 23 septiembre 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (DO L 271 de 9.10.2002) indica que “La presente Directiva debe garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de garantizar la libre circulación de los servicios financieros. Salvo que la presente Directiva indique expresamente lo contrario, los Estados miembros no deben poder adoptar más disposiciones que las establecidas en la presente Directiva para los ámbitos armonizados por ésta”.

43 FALLON y FRANQ, 2000, pp. 158-159.

productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio⁴⁴ y a la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores⁴⁵.

El art. 12 la Directiva 2008/122/CE, que lleva por título *Carácter imperativo de la Directiva y aplicación en casos internacionales*, distingue dos situaciones distintas según que las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” designen como ley aplicable la de un Estado miembro o la de un tercer Estado⁴⁶. Cuando la ley aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el artículo 12.1 se limita a recordar que los Estados miembros están obligados a garantizar al consumidor la protección que le otorga la Directiva tanto en los contratos puramente internos como en los contratos transfronterizos en los que la ley aplicable es la de un Estado miembro. Esta disposición se refiere al carácter imperativo de las disposiciones de la Directiva y su relevancia conflictual es escasa, más allá de recordar que cuando la *lex contractus* es la de un Estado miembro las disposiciones protectoras de la Directiva (normas materiales imperativas *simples*) deben ser respetadas. Dada la armonización *plena* de los aspectos regulados en la Directiva (información precontractual, derecho de desistimiento, rescisión de contratos accesorios) y la prohibición de que los Estados miembros mantengan o introduzcan en su Derecho interno disposiciones divergentes de las que se recogen en ella⁴⁷, cabe interpretar que la razón de ser del art. 12.1 reside en el deseo de evitar que la Directiva deje de aplicarse en aquellos casos en que la ley designada por la norma de conflicto sea la de un Estado miembro que no ha incorporado la Directiva en su Derecho interno.

Cuando la ley aplicable es la de un tercer Estado, el art. 12.2 se limita a extender el mecanismo de protección del consumidor previsto en el art. 6.1 del Reglamento “Roma I” a situaciones no cubiertas por dicho artículo y que pueden ser frecuentes en los contratos a los que se refiere la Directiva, como sería el caso de un empresario que se dirigiese a un consumidor mientras éste se halla de vacaciones en un país distinto al de su residencia habitual con el objeto de celebrar alguno de los contratos previstos en la Directiva (por

44 DO, L 33 de 3.2.2009. Esta Directiva, ha derogado la Directiva 94/47/CE de 26 octubre 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DO L 280 de 29.10.1994)

45 Ver nota (41)

46 Art. 12. “*Carácter imperativo de la Directiva y aplicación en casos internacionales*. 1. Los Estados miembros velarán por que, si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no pueda renunciar a los derechos que le confiere la presente Directiva. 2. Si la normativa aplicable fuera la de un como la aplique el Estado miembro del foro:

- si alguno de los bienes inmuebles en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro, o
- en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades”

47 Considerando (3) de la Directiva

ejemplo, un “contrato de intercambio”⁴⁸). En estos casos, en que no concurren las condiciones necesarias para que pueda aplicarse la norma de conflicto protectora del consumidor del Reglamento “Roma I” (art. 6.1 letras a) y b)), resulta necesario, como se indica en el Considerando (17) de la Directiva, proporcionar a los consumidores una salvaguarda adicional, en particular cuando es competente el tribunal de un Estado miembro. Esta salvaguarda consiste en garantizar al consumidor la protección que le ofrece la Directiva tal como se aplica en el Estado miembro del foro. Sin embargo para que pueda operar esta sustitución de la ley de un tercer Estado por la ley del foro es necesario que el contrato presente ciertos vínculos con la Unión Europea. Si se trata de un contrato relacionado con un inmueble (por ejemplo, un contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico) es preciso que el inmueble este situado en el territorio de un Estado miembro. Mientras que, si se trata de otro tipo de contrato no directamente relacionado con un inmueble (por ejemplo, la adquisición productos vacacionales de larga duración) es preciso que el empresario ejerza sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato este comprendido en el marco de dichas actividades⁴⁹.

La Directiva 2011/83/UE, proclama expresamente que su aplicación no interfiere en el Reglamento “Roma I” (Considerando [10]). Sin embargo continúa manteniendo, al igual que la citada Directiva 2008/122/CE, la distinción entre la aplicación de la ley de un Estado miembro y la aplicación del ley de un tercer Estado, aunque en el articulado sólo se refiere al primer supuesto en el art. 25. La interpretación de esta disposición como una norma que se refiere básicamente a la imperatividad de las disposiciones protectoras de la Directiva⁵⁰ resulta todavía más evidente que en el mencionado art. 12.1 de la Directiva 2008/122/CE. Lo que viene a decir el art. 25 es que cuando “la legislación aplicable al contrato sea la de un Estado miembro los consumidores no pueden renunciar a los derechos que les confieren y no quedan vinculados por las disposiciones contractuales que excluyan o limiten directa o indirectamente tales derechos”⁵¹. Por lo que respecta a las situaciones en las que resulta aplicable la ley de un tercer Estado, el Considerando (51) se limita a señalar que la posibilidad de que el consumidor goce de la protección que le proporciona la Directiva depende de lo que disponga el Reglamento “Roma I”. Así pues, si concurren las condiciones de aplicabilidad del art. 6.1 del Reglamento (consumidor *pasivo*), la elección

48 Según el art. 2.1.d) de la Directiva 2008/122/CE, por “contrato de intercambio” se entiende “un contrato en virtud del cual un consumidor se afilia, a título oneroso, a un sistema de intercambio que le permite disfrutar de un alojamiento o de otros servicios a cambio de conceder a otras personas un disfrute temporal de las ventajas que suponen los derechos derivados de su contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico” .

49 Esta disposición ha sido incorporada en el Derecho español, en términos casi idénticos, en el art. 17 de la Ley 4/2012 de 6 de julio de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico , de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (BOE nº. 162 de 7.7.2012)

50 KOHLER y JAYME, 2009, (www.gedip-egpil.eu)

51 DE MIGUEL ASENSIO 2013, (www.pedrodemiguelasensio.blogspot.com).

de la ley de un tercer Estado no pueden privar al consumidor de la protección que le ofrece la Directiva, tal como se aplica en el Estado miembro de su residencia habitual (art. 6.2).

- Respecto a las Directivas, actualmente en vigor, que utilizan criterios de aplicabilidad que interfieren y alteran el mecanismo protector de los consumidores previsto en el Reglamento “Roma I” cabe mencionar las siguientes: Directiva 93/13/CEE de 5 abril 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁵²; *Directiva 1999/44/CE de 25 mayo 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*⁵³; Directiva 2002/65/CE, de 23 septiembre 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores⁵⁴; y Directiva 2008/48/CE de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo⁵⁵. Para comprender el impacto de estas Directivas en el sistema conflictual del Reglamento “Roma I”, hay que tener presente que todas estas Directivas pretenden garantizar la protección de todos los consumidores en los contratos celebrados con un profesional, tanto si, para contratar se desplazan a un Estado distinto del de su residencia habitual (consumidores *activos*), como si contratan en el Estado de su residencia habitual (consumidores *pasivos*) ; mientras que el Reglamento distingue entre ambas situaciones. En el primer caso resultan aplicables las normas de conflicto generales del los arts. 3 y 4 y en segundo la norma de conflicto específica del art. 6.

-

Con ligeras variantes, todas estas Directivas reproducen el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”.

Estas disposiciones han sido objeto de numerosos comentarios, por lo general bastante críticos, debido al criterio utilizado para delimitar el ámbito de aplicación espacial de las mencionadas Directivas y a su aplicabilidad únicamente en aquellos supuesto en que las partes han elegido la ley de un tercer Estado. El criterio exigido para que las disposiciones imperativas de estas Directivas resulten aplicables a los contratos de consumo transfronterizos es que exista una *estrecha relación* o un *vinculo estrecho* del contrato con el “territorio de un Estado miembro” o con el “territorio de uno o más Estados miembros” según las Directivas en cuestión. Las críticas a estos criterios de aplicabilidad obedecen a que su imprecisión ha dado lugar a divergencias en las leyes estatales de transposición

52 DO L 95 de 24.4.1993

53 DO L 71 de 7.7.1999

54 DO L 271 de 9.10.2002.

55 DO L 133 de 22.5.2008

respeto de lo que debe entenderse por *vínculos estrechos*⁵⁶ o incluso a divergencias dentro de un mismo Estado según se refiera a las normas de protección frente a las cláusulas abusivas y a las normas de protección en materia de garantía de productos de consumo, como es el caso del Derecho español⁵⁷. Respecto a aplicabilidad de las Directiva a los contratos con consumidores en el que las partes hayan elegido la ley de un tercer Estado, no se comprende muy bien la razón de no haber incluido también los contratos en que el criterio previsto por el legislador, en defecto de elección de ley por las parte (conexión objetiva) conduce a la aplicación de la ley de un tercer Estado⁵⁸.

Más allá de estas críticas, existe una opinión ampliamente compartida a favor de calificar a estas normas delimitadores del ámbito de aplicación de las Directivas examinadas como leyes de policía en la medida en que se superponen a las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” excluyendo su aplicación en aquellos casos en que la partes han elegido la ley de un tercer Estado. Sin embargo esta calificación no se corresponde con la noción de leyes de policía del art. 9 del Reglamento “Roma I”. No sólo porque el art. 9 se aplica a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación con independencia de que la ley aplicable al contrato sea la elegida por las partes o la aplicable en defecto de elección; sino principalmente porque las leyes imperativas contempladas en el art. 9 son leyes destinadas a salvaguardar intereses públicos de carácter político, social o económico distintas de las normas imperativas de derecho privado (normas imperativas *simples*) destinadas a corregir los desequilibrios entre las partes dado su distinto poder de negociación en los contratos celebrados con consumidores a las que se refiere el art. 6 del Reglamento “Roma I”. En todo caso, se trataría de un tipo específico de leyes de policía de origen europeo difíciles de reconducir a la categoría de leyes de policía del Reglamento “Roma I”, en las que el objetivo de la armonización trasciende de la protección de consumidor ya que se enmarca dentro de un objetivo económico mucho más amplio cual es el de la creación de un mercado único. Es decir, evitar que la diversidad normativa de los Estados obstaculice la libre circulación de productos y de servicios o falsee el juego de la

56 El TJUE en sentencia de 9 septiembre 2004 As. C-70/03 , *Comisión c. España* declaró que España no había adaptado correctamente su derecho interno a los arts. 5 y 6.2 de la Directiva 93/13/CEE. Concretamente, consideró que la interpretación de la noción “estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad” efectuada por el legislador español en el art. 10 bis de la Ley 26/1984 de 19 julio para la defensa de los consumidores y usuarios (añadido por disposición adicional 1ª de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación) en los términos previstos en el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 era excesivamente restrictiva. Véase, QUIÑONES ESCÁMEZ, 2005, pp. 525-551

57 Comparar las diferencias entre lo que debe entenderse por “estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico europeo” del art. 67.2 y del art. 67.3 del Real Decreto Legislativo 1/1007 de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios (BOE nº. 287 de 30 noviembre 2007) .

58 BASEDOW, 2007 p. 179 justifica esta exclusión en que las conexiones objetivas del art. 4 del Reglamento “Roma I” (aplicables a los consumidores *activos*) se basan en la presunción de que la ley designada es la más vinculada al contrato.

libre competencia en el mercado interior⁵⁹. Este enfoque está en la base de jurisprudencia que se examinara a continuación sobre la aplicabilidad de las disposiciones imperativas de las directivas de armonización en defecto de una delimitación expresa de su ámbito de aplicación

b) La jurisprudencia sobre el ámbito de aplicación de las Directivas de armonización.

Cuando una Directiva no delimita expresamente su ámbito de aplicación espacial, éste puede venir determinado por el TJUE. La lectura de la jurisprudencia del TJUE respecto del ámbito de aplicación espacial de la Directiva 86/653/CEE de 18 diciembre 1986 relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, muestran la importancia que el TJUE concede a los objetivos del mercado interior al proceder a la mencionada delimitación. Me refiero concretamente a las sentencias *Ingmar*⁶⁰ y *Unamar*⁶¹, a las que cabe añadir la reciente sentencia de 16 febrero de 2017 en el asunto *Agro c. Petersime*⁶². Cada uno de estos casos se refiere a una situación distinta. En el asunto *Ingmar* el agente residía en un Estado miembro y el empresario estaba domiciliado un tercer Estado. En el asunto *Unamar* el agente residía en un Estado miembro y el empresario tenía su domicilio en otro Estado miembro. En el asunto *Agro* el agente residía en un tercer Estado y el domicilio del empresario estaba en un Estado miembro.

En el caso *Ingmar* el litigio que dio lugar a la cuestión prejudicial ante el TJUE se planteó a raíz de un contrato entre un empresario establecido en California (*Eaton*) y un agente exclusivo en el Reino Unido e Irlanda para la venta de sus productos en dichos países (*Ingmar*). Las partes habían elegido la ley de California como ley aplicable al contrato. La cuestión que se planteó al TJUE fue esencialmente que dilucidara si los arts. 17 y 18 de la Directiva 86/653/CEE (que garantizan determinados derechos al agente comercial, una vez terminado el contrato de agencia) resultan aplicables cuando el agente comercial ejerce su actividad en un Estado miembro y el empresario se halla establecido en un país tercero y en virtud de una cláusula del contrato éste se rige por la ley de dicho país. Para resolver esta cuestión el Tribunal se refiere al carácter imperativo de los arts. 17 y 18 de la Directiva

59 Son numerosas las Directivas que se refieren al carácter funcional de la armonización en el ámbito de los contratos de consumo. Basta citar el Considerando (4) de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores. “Según el art. 26, ap. 2, del TFUE, el mercado interior debe comprender un espacio sin fronteras interiores en el que están garantizadas la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento. La armonización de determinados aspectos de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento con los consumidores es necesaria para promover un auténtico mercado interior para los consumidores, estableciendo el equilibrio adecuado entre un elevado nivel de protección de estos y la competitividad de las empresas, al tiempo que se garantiza el respeto del principio de subsidiariedad”

60 STJUE de 9 noviembre 2000, As. C-381/98 *Ingmar c. Eaton*. Para un comentario más amplio de esta sentencia, véase FONT SEGURA, 2001, pp. 259-279

61 STJUE de 17 octubre 2013, As. C-184/12, *Unamar c. Navigation Maritime Bulgare*

62 STJUE de 16 febrero 2017, As. C-507/15, *Agro c. Pattersime*

y a su finalidad. El carácter imperativo de estas disposiciones se desprende de su propio texto al establecer que: “las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los arts. 17 y 18 en perjuicio del agente comercial”. Por lo que respecta a su finalidad, el TJUE tiene en cuenta no sólo su objetivo inmediato de protección al agente comercial una vez extinguido el contrato, sino también su finalidad última que no es otra que proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior. Es precisamente esta finalidad de las disposiciones en cuestión la que exige que se apliquen cuando la situación tiene una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeña su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual sea la ley a la que las partes hayan sometido el contrato. De este modo las disposiciones imperativas *simples* de la Directiva pasan a desempeñar una función en el marco del mercado interior semejante a la que el Derecho internacional privado atribuye a las leyes de policía.

En el caso *Unamar* los hechos que dieron lugar al litigio se refieren a un contrato de agencia comercial con vista a la explotación de un servicio de transporte por medio de contenedores entre un agente marítimo con establecimiento en Bélgica (*Unamar*) y una empresa domiciliada en Bulgaria (*NMB*) en el que las partes habían pactado la aplicación del Derecho búlgaro. *Unamar* consideró que *NMB* había puesto fin de forma irregular al contrato y solicitó ante un tribunal de instancia belga que se condenara a *NMB* a pagar diversas indemnizaciones previstas en la Ley belga relativa al contrato de agencia comercial de 13 abril 1995 adoptada en transposición de la Directiva 86/653/CEE sobre agentes comerciales independientes (en adelante, Ley belga de 1995). El caso llegó al Tribunal Supremo belga que planteó al TJUE la cuestión prejudicial de si el juez de un Estado miembro puede aplicar, en base al art. 7.2 del Convenio de Roma 1980 (art. 9.2 del Reglamento “Roma I”), la ley del foro (Bélgica) en lugar de la ley del Estado miembro (Bulgaria) elegida por las partes, cuando ambos Estados han incorporado la Directiva 86/653/CEE en su ordenamiento interno.

En este caso hay que tener en cuenta que la Ley belga de 1995 había ampliado el ámbito material de aplicación de la Directiva, al regular no sólo la negociación o celebración de contratos de compraventa de mercancías en nombre y por cuenta del empresario, sino también a la negociación o celebración de contratos de servicios (en el presente caso el contrato de agencia se refería a la explotación de un servicio de transporte por contenedores). Así mismo, la ley belga ampliaba las posibilidades de indemnización del agente en caso de resolución del contrato (indemnización compensatoria por preaviso, indemnización por clientela y indemnización complementaria en concepto de despido de personal). Por último, el legislador belga atribuyó a la Ley adoptada en trasposición de la

Directiva el carácter de ley de policía aplicable cuando el agente tiene su establecimiento principal en Bélgica⁶³.

En esta sentencia, el TJUE, admite la posibilidad de que en un marco armonizado un Estado miembro se oponga a la aplicación de la ley de otro Estado miembro elegida por las partes (Bulgaria) cuando el legislador del Estado del foro (Bélgica) considera crucial conceder al agente una protección más amplia que la prevista en la Directiva. Esta posibilidad, sin embargo, no debería extrapolarse a aquellos casos en los que, a diferencia del as. *Unamar*, el contrato de agencia no excede del ámbito material de aplicación de la Directiva 86/653. En estos supuestos continua siendo válida la interpretación favorable a la pérdida de importancia de las leyes de policía cuando las leyes susceptibles de ser aplicadas a una misma relación jurídica han sido previamente armonizadas⁶⁴. Otro aspecto de la sentencia *Unamar* que interesa destacar, es la renuncia del TJUE a controlar la conformidad de la ley de policía belga con el Derecho comunitario. El Tribunal se limita a señalar que incumbe al juez nacional calificar de leyes de policía las disposiciones imperativas de su ordenamiento, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la sentencia *Arblade*, (y en el art. 9 del Reglamento "Roma I", a pesar de que *ratione temporis* no resultaba aplicable al litigio que dio lugar a la cuestión prejudicial). Así mismo, considera que el juez nacional sólo puede tomar en consideración los motivos en que se sustenta su legislación nacional a la luz de las excepciones a las libertades expresamente previstas por el Tratado y, en su caso, como razones imperativas de interés general (puntos 46 y 47). En definitiva, el TJUE deja que sean los órganos jurisdiccionales nacionales los que resuelvan el eventual conflicto entre las normas protectoras del agente y el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios.

En el asunto *Agro* las circunstancias que dieron lugar al procedimiento principal son diametralmente opuestas de las del asunto *Ingmar* ya que el contrato de agencia se celebró entre un empresario (*Petersime*) establecido en un estado miembro (Bélgica) y una sociedad que actuaba de agente (*Agro*) establecida en un tercer estado (Turquía). En virtud del contrato de agencia *Petersime* cedió en exclusiva a *Agro* los derechos de venta de sus productos en Turquía. Las partes acordaron que la ley aplicable fuese la ley belga y atribuyeron competencia exclusiva a los tribunales de Gante (Bélgica) mediante una cláusula de elección de foro. Los hechos que originaron el litigio fueron básicamente la notificación de resolución del contrato por parte de *Petersime* y la demanda presentada por *Agro* ante el Tribunal Mercantil de Gante solicitando que se condenara a *Petersime* a diversas indemnizaciones (por resolución del contrato y por clientela), a hacerse cargo de las existencias restantes y a pagar los créditos pendientes, todo ello en base a la Ley belga de 1995. *Petersime* se opuso alegando que la elección del Derecho belga efectuada por las

63 Conforme al art. 27 de la Ley belga de 1995 "Sin perjuicio de la aplicación de los convenios internacionales de los que Bélgica sea parte, toda actividad de un agente comercial con establecimiento principal en Bélgica quedará sujeta a la ley belga y a la competencia de los tribunales belgas "

64 PATAUT, 2004, , p. 129

partes debía entenderse referida al Derecho común belga y no a la Ley belga de 1995, adoptada en transposición de la Directiva 86/653/CEE sobre agentes comerciales independientes. Esta pretensión se fundamentaba en el carácter *autolimitado* de Ley belga de 1995, ya que en virtud de su art. 27 (al que ya se ha hecho referencia anteriormente⁶⁵), el régimen protector del agente de los arts. 17 a 19 pierde su carácter imperativo en aquellos supuestos en los que el agente comercial carece de establecimiento principal en Bélgica. Ante la duda sobre la aplicabilidad de Ley belga de 1995 al contrato de agencia en cuestión el Tribunal Mercantil de Gante solicitó al TJUE que se pronunciase sobre si la Directiva 86/653 permite que un Estado miembro excluya su aplicación cuando el agente comercial está establecido en un tercer Estado.

El TJUE, después de recordar que para interpretar una disposición del Derecho de la UE no sólo debe tenerse en cuenta su tenor, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de que se trate, pasa a examinar la finalidad última del de los arts. 17 a 19 de la Directiva 86/653. Como ya señaló en el asunto *Ingmar*, la armonización del régimen de protección del agente comercial tiene por objetivo proteger y facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior, de manera que la observancia de dichas disposiciones protectoras del agente resulta necesaria para conseguir estos objetivos fundamentales del TFUE. El carácter “instrumental” de la armonización de las disposiciones protectoras del agente en relación con el ejercicio de las libertades comunitarias y el derecho de la competencia, explica la importancia que el TJUE otorga al grado de vinculación del contrato de agencia con el territorio de los Estados miembros y el distinto tratamiento de que son objeto las disposiciones imperativas de los arts. 17 a 19 de la Directiva 86/653 en el as. *Ingmar* y en el as. *Agro*.

En el as. *Ingmar*, la existencia de un vínculo estrecho del contrato de agencia con la UE (el agente ejercía su actividad en el territorio de un Estado miembro) fue el factor que llevó al TJUE a atribuir a las disposiciones imperativas de la Directiva una función análoga a la que el derecho internacional privado atribuye a las *leyes de policía* (resultan aplicables cualquiera que sea la ley elegida por las partes o, en su defecto, designada por el legislador). En cambio, cuando la situación no presenta una relación suficientemente estrecha con la UE, como sucede en el as. *Agro* (el agente ejerce su actividad fuera de la UE) el TJUE admite que los Estados miembros dejen de aplicar las disposiciones imperativas protectoras del agente de la Directiva 86/653. En estos supuestos, el tratamiento de que son objeto dichas disposiciones es semejante al que reciben las *normas autolimitadas* por parte del Derecho internacional privado, a saber, la posibilidad de que legislador del Estado cuya ley material ha sido elegida por las partes (o, en su defecto, la designada por la norma de conflicto) limite unilateralmente su aplicación a las situaciones que presentan determinados vínculos con su ordenamiento jurídico.

65 Ver *supra* nota 63

En definitiva, a la luz de la jurisprudencia examinada en esta última parte del trabajo, cabe afirmar que es la lógica del mercado interior la que marca la pauta de la interpretación del ámbito de aplicación de las directivas de armonización que carecen de criterios de aplicabilidad geográfica⁶⁶.

Las nociones de normas imperativas *simples*, leyes de policía y clausula de orden público de acuerdo con el significado que les atribuye el Derecho internacional privado sufren una alteración en su proceso de aplicación en el espacio europeo de integración económica y de armonización jurídica.

Las leyes de policía, en especial, han experimentado un doble impacto. Por un lado el control por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la compatibilidad de las leyes de policía con las libertades de circulación limita su efectividad en el ámbito del mercado interior europeo. Por otro, las Directivas de armonización europeas de derecho privado producen un efecto contrario: la delimitación de su ámbito de aplicación en el espacio, ya sea en la propia Directiva ya sea por parte de la jurisprudencia del TJUE, conduce a calificar de leyes de policía disposiciones imperativas que por su naturaleza contractual, difícilmente podrían ser consideradas como tales desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

3. Bibliografía

Santiago ALVAREZ GONZALEZ (2015), “¿Orden público europeo *versus* orden público internacional de cada Estado?” en Nuria BOUZA, Caterina GARCIA y Angel RODRIGO (coordinadores), *La Gobernanza del interés público global*, Tecnos, Madrid, págs. 146-181

Jürger BASEDOW (2007), “Conflict of Laws and the Harmonization of Substantive Private Law in the European Union” en Mads ANDENAS et al. (editores) *Liber amicorum G. Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, págs. 169-185

Andrea BONOMI (1998), *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich.

Núria BOUZA VIDAL (1981), “Significado y alcance de la armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 8, nº 2, págs. 397-430

⁶⁶ SANCHEZ LORENZO, 2013, p. 211 nota (56)

Mar FALLON y Stéphanie FRANQ (2000), "Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts " en Jüngen BASEDOW et al. (editor) *Private Law in International Arena- Liber Amicorum Kurt Siehr*, T.M. Asser Press, The Hague, págs. 155-178 .

Marc FALLON y Johan MEEUSEN (2002), "Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition", *Yearbook of Private International Law*, Vol. IV, págs. 37-66.

Albert FONT SEGURA, (2001), "Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de zagreo", *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº 9, págs. 259-279.

Josep M. FONTANELLAS MORELL (2014-2015), "La normativa común de compraventa europea, ¿punto final o punto y seguido?", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomos XIV-XV, págs. 447-487.

Phocion FRANCESKAKIS (1958), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris.

Francisco J. GARCIMARTIN ALFÉREZ (2016), *Derecho Internacional privado*, 3ª edic., Civitas-Thomson Reuter, Madrid.

- (2008), "El Reglamento "Roma I" sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario La Ley*, nº. 6957 sección doctrina, 30 mayo 2008.

-

Miguel GARDEÑES S SANTIAGO (1999), *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid.

Christian KOHLER y Erik JAYME (2009), "Actualités du Droit communautaire", Grupo Europeo de Derecho Internacional privado (GEDIP), sesión de Padua, (www.gedip-egpil.eu).

Ole LANDO y Hugh BEALE (edits) (2000), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya.

Pedro de MIGUEL ASENSIO (2013), "Valoración de las normas de Derecho internacional privado del Proyecto de Ley de reforma de la legislación de consumo", *Bloc Pedro de Miguel*, Miércoles, 30 octubre 2013, (<http://www.pedrodemiguelasensio.blogspot.com>)

Étienne PATAUT (2004), "Les lois de police et l'ordre juridique communautaire", en Angelika FUCHS, Horatia MUIR-WATT, Étienne PATAUT (dir. por), *Les conflicts de lois et système communautaire*, Dalloz, Paris, págs. 118-143.

Sylvaine POILLOT PERUZZETTO (2002-2004) "Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire", *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 2002-2004, Pedone, Paris, págs. 65-116

Ana QUIÑONES ESCAMEZ (2005), "Incorrecta transposición de la noción de "vínculo estrecho con el territorio comunitario" de las directivas de consumo (STCE de 9 septiembre 2004, as. 70/03 Comisión c. España), *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº 21, págs. 537-550.

Sixto SANCHEZ LORENZO (2013), "Common European Sales and Private International Law: some critical remarks" *Journal of Private International Law*, Vol. 9, nº. 2, págs. 191-217

Miguel VIRGÓS SORIANO y Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2004), "Estado de origen v. Estado de destino", *InDret* 4/2004 (www.indret.com).

Responsabilidad por daños al medio marino: cauces de actuación procesal internacional

Juan José Álvarez Rubio

Catedrático de Derecho Internacional Privado
UPV/EHU

Abstract*

El presente artículo analiza la dimensión procesal internacional vinculada a litigios derivados de siniestros marítimos por vertido de hidrocarburos, y analiza la interacción existente entre los diversos bloques normativos en presencia, y en particular la dimensión normativa convencional frente a la interna y la institucional, proveniente del legislador europeo. El cauce procesal penal deviene ineficaz para el análisis de la complejidad inherente a la concreción de la responsabilidad civil y su alcance subjetivo y cuantitativo, y los Convenios internacionales en vigor instauran un sistema de limitación de responsabilidad difícilmente justificable y sostenible en la actualidad.

This article analyzes the international procedural dimension linked to disputes arising from marine casualties for Oil spillage, and analyzes the interaction between the various regulatory blocks in the presence, and in particular the conventional dimension over domestic legislation and the institutional, from the European legislator. The criminal legal remedy becomes ineffective for the analysis of the complexity inherent in the realization of civil liability and its subjective and quantitative scope, and the international conventions in force establish a system of limitation of liability that is difficult to justify and sustainable today.

Title: "Liability for damage to the marine environment: channels of international procedural action"

Palabras clave: Contaminación marina, limitación responsabilidad, interacción bloques normativos

Keywords: marine pollution, limited liability, regulatory interaction blocks.

* Con todo el afecto personal y el reconocimiento profesional a la Profra. Dra. Núria Bouza, académica íntegra y profesional, modelo de dedicación y de humildad intelectual, ejemplar universitaria.

Sumario

1. Introducción: los siniestros marítimos como objeto de estudio. Técnicas normativas de Derecho internacional Privado y catástrofes marítimas.
2. Las lecciones jurídicas derivadas del siniestro del buque Prestige.
 - 2.1. Sumario.
 - 2.2. Análisis del Caso Prestige: descripción de los hechos.
 - 2.2.1. Tristes precedentes y lección jurídica
 - 2.2.2. Vía procesal Penal versus procedimiento civil
 - 2.2.3. Instrumentos normativos en presencia: prevención y reparación del daño medioambiental y privado ocasionado.
 - 2.2.4. Normativa Europea.
 - 2.2.5. Conclusiones Preliminares: necesidad de reforzar las medidas preventivas y de control del tráfico marítimo
3. Calificación Jurídica de los litigios medioambientales como “obligaciones extracontractuales”.
 - 3.1. Seguridad marítima y la Ley de Navegación marítima.
4. Conclusiones.
5. Bibliografía

1. Introducción: los siniestros marítimos como objeto de estudio. Técnicas normativas de Derecho internacional Privado y catástrofes marítimas.

Ante las múltiples aproximaciones que el Derecho marítimo admite en cuanto objeto de estudio²⁷⁰¹ debe siempre acometerse una necesaria tarea delimitadora que atienda al ángulo o vertiente de Derecho privado correspondiente a nuestra disciplina. La opción de cara a seleccionar el concreto objeto de estudio queda mediatizada por las notas que caracterizan al propio DIPriv. actual, caracterizado por la precisión cualitativa del tráfico externo y una acusada especialización por sectores.

Las reflexiones contenidas en esta contribución al homenaje a la profra. Núria Bouza persiguen aportar ciertos ejemplos como muestra de la compleja tarea que implica tratar de coordinar el esfuerzo codificador del Derecho marítimo en el marco internacional y en el nivel institucional (en el seno específico de la Unión Europea) en relación a un ámbito material muy concreto: la seguridad marítima en general y la prevención de la contaminación marítima por vertido de hidrocarburos en particular.

La especial sensibilización de la opinión pública europea y de las propias instituciones Europeas tras la sucesión de desastres ecológicos (y en particular, los siniestros del buque Erika en aguas francesas y del buque Prestige en las costas gallegas) se ha traducido en toda una batería de medidas y propuestas legislativas cuya operatividad futura como eficaz mecanismo de prevención y, en su caso, como instrumento o vía indemnizatoria frente a los daños ecológicos y sus consecuencias económicas debe ser evaluada y objeto de una prospección jurídica detallada, para analizar la dificultad técnica que conlleva su materialización normativa.

La nota de internacionalidad predicada del Derecho Marítimo y la tendencia hacia su uniformidad normativa internacional se plasmó históricamente en un protagonismo y una profusión de textos convencionales², que coexisten con normas de fuente u origen autónomo e institucional, junto a la paulatina importancia de las prácticas y usos mercantiles elaborados por los operadores intervinientes en cada sector.

Una de las principales aportaciones doctrinales del Prof. J.D. González Campos fue la relativa al necesario estudio del sistema español de DIPr. a través del análisis de los diversos subsistemas o estructuras que lo integran, junto a los novedosos elementos que modulan el objeto de nuestra disciplina. Sólo de esta forma será viable reflexionar sobre sus caracteres internos y las técnicas de reglamentación así como la proyección sobre nuestro sistema de las tendencias que caracterizan en la actualidad al DIPr.

¹ Sobre el particular, (Diena, 1935, pp.405 y ss).

² En tal sentido, vid. (TREVES,1999, pp.219-231).

Nuestro maestro definió así perfectamente las tendencias actuales de la disciplina de Derecho Internacional Privado³: una primera tendencia general que mantiene su vigencia se orienta hacia la especialización de las normas de DIPr. en relación a la materia regulada, junto a la doble tendencia hacia la flexibilización y la materialización, en lo que respecta a la determinación del sistema jurídico aplicable por el juez.

Sobre la primera de las citadas tendencias se proyecta este estudio, focalizándolo en el sector del nuevo Derecho marítimo⁴ que en relación a la seguridad marítima se está diseñando en el seno de la Unión Europea: la especialización o sectorialización de sus normas, en atención a la materia regulada, factor que implica una necesaria relativización de las categorías dogmáticas clásicas o tradicionales y responde a la creciente complejidad de las relaciones privadas internacionales, junto a los múltiples y novedosos factores que inciden sobre el tráfico privado externo.

Las vías o técnicas a emplear en este proceso de especialización pasan por el desarrollo de las respectivas legislaciones internas o autónomas, pero fundamentalmente se ha articulado a través de la codificación internacional, que permite aportar respuestas específicas en sectores como el que ejemplificativamente cabe citar de las obligaciones extracontractuales:

En el ámbito específico de la energía nuclear puede observarse claramente el fenómeno calificado por el prof.F.Majoros⁵ como cascade de spécificité, al situarse en un primer escalón textos convencionales caracterizados por contener una regulación genérica de la misma, que ceden, en caso de concurrencia, en favor de la aplicación de Convenios que contienen una reglamentación más especial.

El Convenio de París de 1960 sobre responsabilidad en materia nuclear, junto con sus Convenios complementarios⁶ integra esa regulación general de la materia. Frente a ésta, serán de preferente aplicación, en caso de concurrencia, las normas establecidas en los Convenios

³ (GONZÁLEZ CAMPOS, 2002, pp.156 y ss).

⁴ En este sector, vid. (ARROYO, 1996, pp.17-37).

⁵ (MAJOROS, 1976). Sobre el particular, vid igualmente el estudio de (DE NOVA, 1977, pp.479 y ss).

⁶ Cabe indicar así el Convenio complementario al Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear, hecho en Bruselas el 31 de enero de 1963, BOE., 22 de noviembre de 1975, y el Protocolo adicional al Convenio de 31 de enero de 1963, complementario al Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear, hecho en París el 28 de enero de 1964, (BOE., 22 de noviembre de 1975). Conforme al artículo 14.c) del Convenio complementario citado,

"El presente Convenio no se opone a que una Parte contratante adopte disposiciones fuera del cuadro del Convenio de París y del presente Convenio, pero a reserva de que esas disposiciones no impliquen obligaciones suplementarias para las otras Partes contratantes en el sentido de comprometer los fondos públicos de esas Partes".

que contengan una regulación más específica, como la establecida en el Convenio de Bruselas de 1962 sobre responsabilidad de los explotadores de buques nucleares⁷.

Se afirma así su primacía, en atención al criterio o regla de especialidad, y establece una cláusula-tipo de compatibilidad, reproducida en otros Convenios que abordan la problemática de la responsabilidad dentro de sus respectivos ámbitos, tales como el Convenio de Bruselas de 1971 sobre transporte marítimo de sustancias nucleares, al disponer en su artículo 4 que

"El presente Convenio derogará todo Convenio internacional sobre transporte marítimo que en la fecha en que el presente Convenio quede abierto a la firma esté vigente o abierto a la firma, ratificación o adhesión, pero sólo en la medida en que dichos Convenios estén en conflicto con el presente. No obstante, nada de lo dispuesto en este artículo afectará a las obligaciones que dichos Convenios internacionales impongan a las Partes contratantes del presente Convenio en relación con los Estados no contratantes del presente Convenio".

Tal cláusula tiene su reflejo igualmente en el Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad por contaminación por hidrocarburos. Conforme a su art.12,

"Este Convenio derogará cualesquiera otros Convenios internacionales que en la fecha en que se abre a la firma estén en vigor o abiertos a la firma, ratificación o adhesión; no obstante, esta derogación se aplicará únicamente a las disposiciones de esos Convenios que contravengan lo previsto en el presente. En todo caso, lo dispuesto en este artículo no afectará en modo alguno a las obligaciones contraídas por los Estados contratantes ante los Estados no contratantes en virtud de esos otros Convenios internacionales".

El ejemplo comparado de la legislación estadounidense⁸ es revelador: la denominada *Oil Pollution Act* de 1990 consagró la responsabilidad civil ilimitada del armador por los derrames, la obligatoriedad del doble casco para los buques que recalen en sus puertos y la prohibición del paso de buques monocascos a 50 millas de sus costas, junto a la exigencia de tener dispuestos planes de contingencia de limpieza. El resultado de estas medidas normativas es significativo, ya que no se ha registrado ningún incidente marítimo de gravedad desde su adopción.

La materialización de medidas unilaterales (estatales o de la propia Unión Europea) en esta dirección podría tal vez frenar la grave secuencia de siniestros como el del *Prestige* y garantizar un necesario equilibrio entre el desarrollo del tráfico marítimo intra y extraeuropeo. El objetivo normativo final es alcanzar una estructura europea de seguridad marítima, contar con un corpus legislativo propio de la UE y una estrategia propia en este

⁷ De acuerdo con lo dispuesto en su art.14, "La présente Convention l'emporte sur les Conventions internationales qui à la date à laquelle elle est ouverte à la signature, sont en vigueur ou ouvertes à la signature, à la ratification ou à l'adhésion, mais seulement dans la mesure où ces Conventions seraient en conflit avec elle; toutefois, la présente disposition n'affecte pas les obligations qu'ont les Etats contractants envers les Etats non contractants du fait de ces Conventions".

⁸ Sobre la normativa interna de EEUU vid.(WISWALL,1999, pp.240-251).

sector⁹. El interrogante, todavía irresuelto, es determinar cuál ha de entenderse como la solución más idónea para evitar una atomización de soluciones (internacionales y europeas) no siempre fácilmente compatibles, atendiendo al conjunto de intereses públicos y privados en presencia.

Frente a la repetición de tales catástrofes marítimas la respuesta tanto en términos de prevención como de sanción debe necesariamente coordinarse a nivel internacional y europeo. Aunque no el riesgo cero existe en materia de transporte marítimo, las instituciones europeas estiman necesario que diversas disposiciones sean rápidamente aplicadas o creadas de cara a prevenir los riesgos del transporte marítimo de sustancias nocivas o peligrosas, tales como hidrocarburos y derivados.

De hecho, las medidas de los paquetes normativos de Directivas «Erika 1» y «Erika 2» tenían como objetivo colmar las lagunas más graves de la legislación europea en materia de seguridad marítima. Correspondía en primer lugar a los Estados europeos dotarse de los medios para aplicar lo más rápidamente posible esta legislación, transponiéndola al Derecho nacional y completarla con nuevas medidas, reforzando el control de los navíos por parte de la autoridad gubernativa competente de la que dependa el puerto.

¿Es posible diseñar una política preventiva europea frente a la contaminación marítima en este sector que fragmente una realidad indisolublemente unida en el concierto marítimo mundial?; ¿Por qué crear subcategorías normativas que colocarían de hecho a los operadores europeos fuera del mercado, debido al incremento de costes que implicarán este tipo de unilaterales medidas? Son interrogantes de difícil respuesta, pero que han de ser tenidas en cuenta en el proceso de elaboración normativa europea y nacional.

Tal y como acertadamente ha señalado²⁷¹¹⁰, los siniestros marítimos de buques que transportan hidrocarburos son un riesgo global que, naturalmente, afecta a todos los Estados costeros del mundo. En particular, resulta evidente que la concurrencia de ciertas circunstancias convierte a Europa en un foco particularmente sensible a este tipo de sucesos: entre otras, los cerca de 100.000 kilómetros de costa que conectan dos océanos y cuatro mares; los más de 1.200 puertos comerciales; el protagonismo del medio marino como medio de transporte del comercio extracomunitario e intracomunitario, en general, y del abastecimiento de petróleo, en particular (aproximadamente un millardo de toneladas de petróleo entran anualmente en los puertos de la Unión o transitan por las aguas que circundan su territorio); la densidad del tráfico marítimo en las aguas bajo jurisdicción o soberanía de Estados europeos por donde discurren importantes rutas marítimas internacionales; la importancia económica de la industria naval en la UE (las compañías marítimas pertenecientes a nacionales de la UE controlan cerca del 40% de la flota mundial y el sector marítimo da empleo a unos

⁹ En línea con lo defendido en el Informe de la Comisión para el Consejo Europeo de Biarritz, presentado el 27 de septiembre de 2000 (COM/2000/603 final).

¹⁰ (IRURETAGOIENA ARRIZABALAGA,2011 ,p 85).

3 millones de personas en la Unión); y la existencia de zonas peligrosas y vulnerables a la contaminación por hidrocarburos (como son el Mediterráneo o el litoral atlántico)¹¹. Los nombres de Amoco Cadiz, Amoco Milford Haven, Torrey Canyon, Urquiola, Braer, Jakob Maersk, Agean Sea, Sea Empress, Prestige, Andros Patria, Gino, Erika, Polycommander o Sea Spirit evocan el triste recuerdo de algunos de los más significativos accidentes de vertidos acaecidos en costas europeas.

Sin embargo, el principal motivo de la contaminación de los mares por hidrocarburos no se encuentra en los sucesos accidentales, que constituyen el 10% del total del petróleo vertido al mar, sino en las prácticas operacionales de los buques, como la limpieza de los tanques y, por tanto, en las descargas voluntarias -constituyen el 80% de los vertidos-¹². Por tanto, el problema de la contaminación del mar por vertidos de hidrocarburos exige una aproximación integral, sin limitarse a los siniestros marítimos que, por su vistosidad y efecto en los medios y la opinión pública, son los que marcan la agenda de los entes encargados de regular la materia, como ha sido el caso de la Unión Europea.

La actividad legislativa de la UE en el ámbito de la contaminación del mar por hidrocarburos ha de asentarse en que tal competencia esté reconocida en los Tratados de la Unión¹³. La materia de la prevención y protección del mar frente a los vertidos voluntarios o accidentales de hidrocarburos puede vincularse al mismo tiempo a distintas políticas europeas como la de transportes (arts. 90 y ss. TFUE), el medio ambiente (arts. 191 y ss. TFUE) o la protección civil (art. 196 TFUE). La base jurídica de la acción legislativa europea en este ámbito, por tanto, puede descansar, a priori, sobre distintos preceptos del TFUE¹⁴. No obstante, en la UE la lucha contra la contaminación del mar por hidrocarburos, en la práctica, se ha presentado, principalmente, como una cuestión de seguridad marítima vinculada a la materia de transportes.

La determinación de la base legal es una cuestión importante porque de ello depende la validez de la medida que se pueda adoptar, la naturaleza exclusiva o compartida de la competencia y, en su caso, el carácter armonizador o de mínimos de la medida, que condiciona la posibilidad de adoptar medidas nacionales complementarias más exigentes

¹¹ Vid. (SOBRINO HEREDIA, 2003, p. 79). También, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la seguridad marítima del transporte de petróleo, COM(2000) 142 final/2; Comunicación de la Comisión, COM(2005) 585 final; (BOELAERT-SUOMINEN, 2008, p. 645); (JENISCH, 2005, pp. 223-228).

¹² Vid. (FRANK, 2007, pp. 189-190); (KRÄMER, 2007, p.76). Las prácticas operacionales contaminantes tienen su razón de ser en parte en la ausencia de infraestructuras portuarias para el descargo de residuos, pero también porque resulta más fácil y barato para los operadores descargar en el mar.

¹³ Esto es resultado del principio de atribución reconocido en el art. 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE); en virtud de este principio “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”.

¹⁴ (FRANK, 2007, pp. 59 y ss); (NENGYE y MAES, 2009, p. 413).

por parte de los Estados miembros¹⁵. Para la determinación de la base legal de la acción de la Unión, en cada caso concreto, el TJCE ha sostenido que ha de estarse al “objetivo principal o preponderante” de la medida¹⁶.

Las principales medidas adoptadas por la Comunidad Europea en materia de seguridad marítima se han basado en el título VI dedicado a transportes, y más concretamente en el art. 100.2 del TFUE (antiguo 80.2 del TCE)¹⁷. Si bien el título de transportes cuenta con disposiciones que a primera vista podrían encajar con la materia de la seguridad marítima –dentro de la política común de transportes especialmente el art. 91.1.c) del TFUE (presente desde el Tratado de Maastricht) prevé expresamente la facultad del Parlamento y el Consejo de adoptar medidas que permitan mejorar la seguridad en los transportes- el art. 100.1 establece claramente que las disposiciones de este título se aplican a los transportes de ferrocarril, carretera o vías navegables, y es el art. 100.2 el que dispone que “el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea”.

Es interesante retener que el art. 100.2 TFUE no permite a los Estados miembros -salvo que las directivas concretas adoptadas sobre la base de este artículo prevean lo contrario- adoptar estándares más estrictos que los previstos por las medidas comunitarias; de lo contrario, la coexistencia de distintos estándares podría llegar a falsear el logro de los objetivos de la legislación de la Unión¹⁸. La legislación de la Unión en este ámbito busca la uniformidad y la completa armonización de las legislaciones internas de los Estados miembros, ya que, además de los evidentes intereses medioambientales, también se encuentran presentes y se defienden objetivos eminentemente económicos y comerciales como el de la libre competencia¹⁹.

La competencia de la UE en materia de transportes y medio ambiente es compartida con los Estados miembros²⁰; se trata, por tanto, de una competencia regida por los principios de

¹⁵ (FRANK, 2007, p. 60).

¹⁶ Caso C-42/97, Parlamento Europeo c. Consejo, párrs. 39-40.

¹⁷ (FRANK, 2007, pp. 230-231). Es interesante recordar por su parte la previsión general del art. 11 del TFUE (antiguo 191.2 TCE) que afecta a todas las políticas de la Unión, incluida la de transportes, y donde se dispone que “Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

¹⁸ Sucede lo contrario en las medidas adoptadas en el marco de los arts. 191 y ss., dedicados al medio ambiente. El art. 193 dispone que los Estados miembros pueden mantener y adoptar estándares de protección más estrictos que los previstos en las normas de la Unión, si bien esta posibilidad se encuentra sujeta a la obligación de comunicar a la Comisión y a la exigencia de que sean compatibles con los Tratados.

¹⁹ (FRANK, 2007, p. 259).

subsidiariedad y proporcionalidad, lo que significa, por una parte, que en estos ámbitos la Unión sólo interviene cuando los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que pueden alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala europea²¹; y, por otra parte, que el contenido y la forma de la acción no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos previstos en los Tratados²².

En este sentido, el de la protección del mar frente los vertidos de hidrocarburos provenientes de los buques se presenta claramente como un ámbito donde los objetivos pueden ser alcanzados de mejor manera mediante una acción comunitaria; incluso, tal y como se verá durante el presente trabajo, lo más deseable sería tratar la problemática desde una perspectiva global y no regional. La acción unilateral de los Estados resulta insuficiente e inadecuada para lograr una protección eficaz del mar a través de la imposición de estándares de seguridad, salvando al mismo tiempo las exigencias de competitividad que impone el comercio marítimo, comercio que por naturaleza podría definirse como internacional²³.

2. Las lecciones jurídicas derivadas del siniestro del buque Prestige.

El Prestige, un petrolero monocasco construido hace 26 años naufragó el 19 de noviembre de 2002 vertiendo al mar miles de toneladas de fuel. Ante el mayor desastre ecológico en la historia de siniestros marítimos acaecidos en aguas españolas, y tras haberse resuelto judicialmente por el Tribunal Supremo la litis penal iniciada tantos años atrás, es preciso desentrañar, desde una óptica internacional pública y privada, los principales elementos jurídico-normativos en presencia para depurar responsabilidades y sentar las bases de una política efectiva de prevención de futuros siniestros de esta naturaleza.

2.1. Sumario.

Desde una vertiente o enfoque técnico-jurídico este gravísimo caso de contaminación marítima por vertido de hidrocarburos puso de manifiesto la compleja maraña de bloques normativos en presencia en siniestros de esta naturaleza, y permite enjuiciar la supuesta insuficiencia de los medios normativos y técnicos existentes a nivel nacional y europeo destinados a hacer frente a los mismos. Ante una circunstancia objetiva que reclama la adopción de medidas mucho más severas de control (el litoral español, y el gallego en

²⁰ Arts. 4.2.e) y 4.2.g) TFUE. En lo que respecta la competencia en materia de protección civil, el art. 6 del TFUE dispone que la UE dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros.

²¹ Art. 5.3 del TUE.

²² Art. 5.4 del TUE.

²³ vid. (SOBRINO HEREDIA, 2004, p. 856).

particular se convierte en vía de paso o ruta de más de 50.000 buques al año), debe realizarse una tarea de prospección jurídica, intentando extrapolar sobre esta nueva tragedia ecológica las conclusiones ya extraídas en casos precedentes enjuiciados ante los tribunales españoles, y aportar pautas de solución y respuestas eficaces ante el verdadero caleidoscopio jurídico que integra el elenco de factores subjetivos y objetivos (contractuales y extracontractuales) vinculados al siniestro del Prestige, conectados con una pluralidad de ordenamientos nacionales, Convenios Internacionales y legislación de la UE.

2.2. Análisis del Caso Prestige: descripción de los hechos.

El buque Prestige, de 26 años de antigüedad, zarpó de Lituania con 77.000 toneladas de fuel oil. El buque se dirigía a Gibraltar “ a órdenes”, es decir, y como es habitual en este sector del tráfico marítimo, comenzó la travesía con ese destino pero en expectativa de cambiarlo por indicación del armador. Tal práctica es frecuente, ya que la carga puede no estar totalmente vendida al zarpar, y el destino final queda determinado en función de los compradores. La intermediación en el comercio del crudo a nivel internacional es un negocio poco controlado, rápido, ágil, y donde intervienen muchos operadores, con una sucesión de alteraciones en la propiedad de la carga transportada y de contratos elevadísima.

En todo caso, el supuesto permite apreciar la compleja red de empresas involucradas en este tipo de cargamentos: por un lado, la entidad Mare Shipping (Liberia), como compañía propietaria del barco; la sociedad Universe Maritime (Grecia), empresa gerente de Mare Shipping y auténtica responsable del petrolero; en tercer lugar, la entidad Crown Resources (Rusia, Reino Unido, Suiza), como compañía que fletó el petrolero, propiedad a su vez de un conglomerado empresarial o societaria ruso, el Grupo Alfa, con base en Suiza y oficinas en Londres y otros destinos. El cúmulo de factores jurídicos en presencia que concurrieron en el siniestro permite analizar cuestiones vinculadas a la opción entre la vía civil frente a vía penal, que fue la finalmente seguida, como ya ocurrió, hace veinte años, en el caso del Aegen Sea, y valorar a su vez la incidencia de factores adscritos al ámbito del Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado (distinta nacionalidad de las partes, el uso de pabellón o bandera de conveniencia o la adopción de medidas de control en los puertos, entre otros).

Por último, este nuevo desastre ecológico puso de manifiesto un factor de complejidad adicional: la interrelación e interacción entre diversos Convenios Internacionales que proyectan su operatividad normativa sobre el supuesto, en materias como la limitación de responsabilidad del naviero, la cuantificación de la responsabilidad por contaminación de hidrocarburos, e incluso las normas convencionales que regulan el transporte marítimo de mercancías.

2.2.1. Tristes precedentes y lección jurídica

Sin pretender analizar exhaustivamente toda la secuencia de catástrofes ecológicas derivadas del vertido de hidrocarburos al mar tras el naufragio de buques petroleros en las costas españolas y europeas, sí presenta especial interés apreciar la respuesta jurídica final que han recibido alguno de los casos más tristemente conocidos por su dimensión, para tratar de inferir así pautas de comportamiento preventivo (a futuro), y valorar el iter judicial que ha seguido el propio siniestro del Prestige.

El tristemente célebre caso del Aegen Sea, petrolero que embarrancó frente a A Coruña, con 80.000 toneladas de combustible determinó la presentación de demandas por un valor superior a los 290 millones de euros, y se cerraron con acuerdo entre propietarios y aseguradoras y el Estado Español.

El Aegen Sea vertió en 1992 más de 70000 toneladas de fuel, con gravísimas consecuencias biológicas, medioambientales, y con un componente jurídico relevante: El procedimiento penal iniciado culminó con la imposición de una sanción pecuniaria de al capitán del buque siniestrado y la condena compartida al servicio de practicaje del puerto coruñés, lo que generó la responsabilidad patrimonial del Estado.

La condena penal por un delito de imprudencia temeraria, concretada en la multa citada, vino acompañada de la responsabilidad civil directa y solidaria de la compañía aseguradora y del FIDAC (Fondo Internacional de Daños causados por la contaminación de hidrocarburos), y el reconocimiento de la responsabilidad subsidiaria del armador del buque, junto a la mencionada imputación de responsabilidad al Estado por anormal funcionamiento de un servicio público. Diez años después del naufragio del buque griego Aegen sea en A Coruña, ese mismo año 2002 se publicó en el BOE el Real Decreto que autorizó a suscribir acuerdos con el FIDAC, por importe de 63,6 millones de euros, que zanjó así los pagos a los perjudicados, en una vertiente de responsabilidad inferida del anormal funcionamiento de un servicio público como es la tarea de los prácticos del puerto de A Coruña, en su condición de funcionarios del Estado.

En definitiva, la declaración de responsabilidad directa del P&I y del Fidac, con los límites o topes de responsabilidad previstos en los Convenios de 1969 y 1971 (modificados en 1992), y la responsabilidad civil subsidiaria del armador del buque, también con los límites del citado bloque convencional (CLC), fue el resultado de la supremacía de los Convenios Internacionales sobre las respectivas leyes internas españolas y el supuesto aportó la adicionalidad de la condena a la administración española.

En el supuesto del Prestige concurrían igualmente elementos que hubieran podido conducir a la imputación de responsabilidad patrimonial del Estado, pero tras su análisis a lo largo de ese iter judicial penal ya resuelto por sentencia firme del TS tal posibilidad ha quedado descartada.

2.2.2. Vía procesal Penal versus procedimiento civil

La vía penal iniciada en el caso del Prestige devino inadecuada para valorar el alcance de las responsabilidades afectadas o involucradas y ha supuesto una enorme dilación procesal y un retraso (como ya ha ocurrido en casos anteriores) en el pago de las compensaciones establecidas en los Convenios Internacionales en vigor.

En principio, y conforme al tenor de los mismos, la limpieza de las costas y las indemnizaciones se encargaría al Club de protección del Prestige (con sede en Londres), al propietario de la carga (la empresa Crow Resource) y al armador (Mare Shipping), que a su vez podrá limitar su responsabilidad.

En el contexto de los hechos que condujeron finalmente al siniestro, debe recordarse que las autoridades marítimas de los Estados ribereños están legitimadas para determinar un remolque obligatorio, conforme al Convenio internacional de intervención en alta mar, y para adoptar las medidas necesarias con el fin de atenuar o prevenir los peligros de contaminación en sus costas.

La primera decisión judicial adoptada en el proceso penal fue la prisión del capitán del buque, bajo fianza de tres millones de euros. La rigurosidad de esta medida, atendiendo al hecho de que el buque no había sido detenido nunca por motivos de seguridad en los puertos de UE y de EEUU supuso una criminalización del siniestro poco recomendable desde la óptica de los perjudicados, ya que de facto ha conducido al retraso en el cobro de sus indemnizaciones, como se demostró en el caso del buque Aegen Sea.

Se trata además, como la práctica procesal del caso ha mostrado, de un proceso penal complicado, dilatado y en el que cabe incluso cuestionar el alcance del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado español: en efecto, y conforme al tenor del artículo 230 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (ratificado por España en 1997) los Estados sólo pueden imponer sanciones pecuniarias, salvo el caso de un acto intencional y grave de contaminación en el mar territorial, a los marinos extranjeros implicados en derrames accidentales de crudo en el mar territorial y la zona económica exclusiva. El tenor del Convenio (que prima jerárquicamente en su aplicación sobre las leyes internas españolas, incluido por supuesto el código penal) es claro, con lo cual transforma la materialización de ese *ius puniendi* en un factor cuestionable y poco operativo desde la óptica de reparación de daños y de la evaluación pericial de los factores desencadenantes del siniestro del Prestige.

Además, no debe olvidarse que los citados Convenios Internacionales CLC 92 y el Fund Convention 92 prevén ya una responsabilidad objetiva y automática por los daños, y un sistema de compensación de amplio contenido cuya operatividad inmediata queda frenada por el proceso penal.

El tenor de la sentencia nº865/2015, de fecha 14 de enero de 2016 de la Sala penal del TS (Roj: STS 11/2016 - ECLI:ES:TS:2016:11) destaca que los hechos declarados probados por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013 son constitutivos de un delito imprudente contra el medio ambiente en la modalidad agravada de deterioro catastrófico previsto y penado en los artículos 325, 326.e) y 331 CP, del que se considera responsable al capitán del buque Mangouras.

En relación a la responsabilidad civil, el condenado penalmente responderá de toda la que se fije en ejecución de sentencia, y se declara la responsabilidad civil directa con el mismo alcance y por aplicación del art. 117 CP de la compañía aseguradora Cia The London Steamship Owners Mutual Insurance Association (The London P&I CLUB), y la subsidiaria de Mare Shipping Inc como incluida en el artículo 120.4 CP. Se declara igualmente la responsabilidad civil del FIDAC con los límites establecidos en el Convenio que lo regula. Cabe preguntarse de nuevo si éste es el cauce adecuado para evaluar la compleja cuestión de determinación de la responsabilidad civil derivada del hecho daños acaecido como consecuencia del buque Prestige, y la respuesta clara es que no. De igual modo cabe preguntarse si la hipertrofia de normas elaboradas a nivel europeo e interno español tras el siniestro permiten afirmar que caso de producirse un futuro y no deseado siniestro de similares consecuencias el bien jurídico a proteger lo estaría realmente, y la respuesta es que el mantenimiento del sistema de cálculo y de limitación de la responsabilidad fijado por los dos Convenios (1969 y 1971, en sus vigentes versiones procedentes del nuevo marco normativo establecido en 1992) permite afirmar que por desgracia estaríamos o estaremos ante los mismo problemas irresueltos y en presencia.

2.2.3. Instrumentos normativos en presencia: prevención y reparación del daño medioambiental y privado ocasionado.

El siniestro del Prestige obliga a realizar una cuidadosa selección de la norma o normas aplicables, al confluir sobre el mismo tres grandes bloques normativos: legislación interna española, normativa convencional internacional y por último la reglas de Derecho Europeo.

La existencia, a su vez, de Convenios Internacionales sucesivos sobre una misma materia (por ejemplo, en el ámbito de la limitación de responsabilidad) y la antes citada estrecha interrelación entre Convenios complica un poco más el análisis de la determinación subjetiva y objetiva de la responsabilidad por contaminación de hidrocarburos.

En los mencionados Convenios como el del FIDAC o el de Responsabilidad Civil (CLC) se fija una compensación tope y el segundo (que se cierne sobre la responsabilidad del armador) se calcula el importe final en función de factores como la carga y el peso del buque.

El objetivo o finalidad del ambos Convenios es complementarse, de forma que se indemnice a toda víctima de un daño por contaminación en la medida en que ésta no haya obtenido una compensación plena y adecuada, y siempre bajo los supuestos contemplados

en el Convenio de 1969, que incluye el coste de las eventuales medidas preventivas adoptadas.

En principio los clubes internacionales (Protection and indemnity Club o la London Steamship Mutual) se hicieron cargo en un primer momento de las indemnizaciones por la marea negra del Prestige, y luego en teoría hubiera debido profundizarse en el complejo entramado financiero y jurídico que rodea al grupo de empresas involucradas, para depurar las respectivas responsabilidades, directas o subsidiarias.

Con la incidencia ya señalada del proceso penal iniciado, los dos Convenios Internacionales citados (CLC y Found, de 1992) amparan automáticamente los daños, a través de fondos procedentes de los clubes de armadores y de los países que negocian con el crudo, y garantizan así las reparaciones, de forma que el FIDAC y los clubes fijaron, como suele ser habitual, oficinas in situ, para posteriormente proceder a reclamar contra los responsables.

2.2.4. Normativa Europea.

La vertiente preventiva frente a catástrofes como la del Prestige tiene actualmente su reflejo en diversas normas europeas, tanto en el plano de competencia judicial internacional (art.7.2 del Reglamento Bruselas-I Bis, 1215/2012, al aludir al tribunal del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso), y en diversas Directivas europeas.

En la época del siniestro del buque Prestige la directiva Comunitaria sobre control en los puertos, en vigor desde 1997, preveía ya la prohibición de navegar por aguas comunitarias a partir de 2005 a este tipo de buques peligrosos por su tamaño, avanzada edad, su bandera de conveniencia y por tratarse de buques monocasco. La asignatura pendiente sigue siendo que, ante la cercanía de paso por las costas de tales buques, se legisle fijando nuevas reglas más estrictas en esta clave vertiente preventiva.

La citada directiva en vigor obligaba a los puertos a inspeccionar de forma aleatoria, y sin tener en cuenta su peligrosidad, el 25% de los barcos que hicieran escala en ellos. Seguía habiendo dos medidas fundamentales, ya previstas en directivas elaboradas pero entonces no en vigor, como eran la de imponer unas estrictas normas a las sociedades de clasificación (y extremar así los criterios de calidad y de asunción de responsabilidad en caso de que haya una responsabilidad probada de la tragedia, y obligar a centrar las inspecciones en los llamados barcos basura). Tras la tragedia del petrolero Erika (en diciembre de 1999, ocurrido en aguas francesas de Bretaña), la UE decidió adoptar medidas adicionales de prevención, a través de dos grupos de directivas, denominadas Erika I y Erika II.

Junto a ese segundo bloque de medidas que fueron adoptadas por las instancias europeas, y que se concretan en un mayor seguimiento del tráfico marítimo a través de la Agencia de Seguridad Marítima Europea cabe reclamar, en una necesaria prospección jurídica,

medidas adicionales, ya que tales normas pueden finalmente ser “burladas” simplemente evitando la entrada de los buques en esos puertos europeos.

Las tres directivas sobre seguridad marítima tenían un plazo para su trasposición o incorporación a los ordenamientos nacionales que vencía en principio en julio de 2003 (las dos primeras) y en febrero de 2004 (la tercera): las dos primeras se proyectaban sobre las sociedades de clasificación, encargadas de las revisiones y de la adscripción de un buque a una determinada categoría o función, y sobre el refuerzo de controles de los buques en los puertos, y la tercera norma regulaba cuestiones vinculadas a los puertos de refugio, obligatoriedad de instalar cajas negras a bordo de los buques y otras medidas que ponían el acento en los aspectos preventivos.

A la fecha en que tuvo lugar el siniestro del Prestige ninguno de los entonces quince Estados Comunitarios cumplía las normas de seguridad marítima previstas en dichas directivas de la UE y el clima de sensibilización despertado por la nueva catástrofe del Prestige permitió encauzar una decisión política coordinada con el fin de acortar esos mencionados plazos de incorporación interna.

2.2.5. Conclusiones Preliminares: necesidad de reforzar las medidas preventivas y de control del tráfico marítimo

Es preciso desarrollar todas las potencialidades que los textos internacionales ya en vigor presentan; así, y dentro de las 200 millas que delimitan la Zona Económica Exclusiva, el Convenio de NU de 1982 sobre Derecho del Mar autoriza a intervenir a los países ribereños en casos como el presente, de forma anticipada y preventiva, al prever, entre otros, en sus artículos 204 y ss. la posibilidad de adoptar medidas de vigilancia, evaluación ambiental así como medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar esa contaminación marítima, más allá del mar territorial, siempre que guarden proporción con el daño real o potencial y a fin de proteger sus costas o intereses conexos, incluida la pesca.

El propio Convenio de Bruselas de 1969 sobre intervención en accidentes por contaminación marina con hidrocarburos reconoce idénticas facultades, incluso más allá de las 200 millas.

El ejemplo comparado de la legislación estadounidense es revelador: la denominada Oil Pollution Act de 1990 consagró la responsabilidad civil ilimitada del armador por los derrames, la obligatoriedad del doble casco para los buques que recalen en sus puertos y la prohibición del paso de buques monocascos a 50 millas de sus costas, junto a la exigencia de tener dispuestos planes de contingencia de limpieza. El resultado de estas medidas normativas es contundente: no se ha registrado ningún incidente de gravedad desde su adopción.

Sólo materializando medidas en esta dirección podremos frenar la grave secuencia de siniestros como el del Prestige y garantizar un necesario equilibrio entre el desarrollo del

tráfico marítimo intra y extraeuropeo y la adopción de medidas efectivas de prevención a futuro.

3. Calificación Jurídica de los litigios medioambientales como “obligaciones extracontractuales”.

A nivel internacional, el empleo de esta genérica categoría “obligaciones no contractuales” se refiere a un ámbito normativo excesivamente amplio y de difícil delimitación, al abarcar cuestiones tan variopintas como, por ejemplo, las consecuencias de un accidente en una central nuclear o las producidas al medio ambiente por el embarrancamiento de un buque petrolero, o las derivadas de la impericia de un conductor de automóvil, etc. Por tanto la realidad normativa de este sector es enormemente amplia y compleja, ya que la regla general autónoma o interna del art. 10.9 del Código Civil (desplazada por la aplicación de las disposiciones del Reglamento Roma-II) coexiste con otras muchas específicas para sectores concretos, tanto en el ámbito de la ley aplicable como en la determinación del tribunal competente para el conocimiento de la eventual controversia.

En materia de Competencia judicial internacional, y junto a lo previsto en el Reglamento Comunitario 1215/2012 (art.7), el art. 22 quinquies de la LOPJ establece que los Tribunales españoles serán competentes en materia de “obligaciones extracontractuales” cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español, aunque el demandado no tuviera su domicilio en territorio español.

Las reglas que delimitan el estatuto delictual en nuestro ordenamiento jurídico son tanto de origen autónomo como convencional: Las obligaciones no contractuales se registrarán por la ley del lugar del hecho del que deriven (*lex loci delicti*), regla universalmente admitida, pero que opera con carácter subsidiario, en defecto de norma convencional o autónoma especial, y que aporta una nota de flexibilidad y un amplio margen de discrecionalidad en su aplicación e interpretación jurisprudencial.

En el ámbito de la responsabilidad por contaminación del medio marino el particular conjunto de intereses concurrentes determina el reducido papel de la autonomía de la voluntad de las partes como criterio de determinación de la competencia judicial internacional. Son intereses económicos y ecológicos los afectados, y ese doble plano del conflicto determina que la tendencia hacia la unificación internacional sea más acuciante, al objeto de evitar la exigencia de distinto tipo de responsabilidades en función de la jurisdicción competente.

La preocupación por el fenómeno de la contaminación ha generado la necesidad de adoptar a escala internacional reglas y procedimientos uniformes para dirimir toda cuestión de responsabilidad y prever una indemnización equitativa en tales casos.

Diversas normas convencionales establecen así una serie de foros de competencia exclusivos, debido a la ratio última que inspira todo este bloque convencional, concretado en la creciente preocupación por asegurar una eficaz protección del medio ambiente en general, y del medio marino en particular²⁴. El citado movimiento internacional se ha plasmado en diferentes Convenios sobre protección del medio marino, prevención de la contaminación, responsabilidad derivada de la misma, y otros dirigidos a la protección de mares concretos, o zonas regionales determinadas (mar Mediterráneo, zona del mar Báltico, etc.).

España ha ratificado la práctica totalidad de los instrumentos internacionales adoptados sobre contaminación marina, en la doble vertiente preventiva y de reparación de los daños causados por hidrocarburos y otras materias contaminantes²⁵. Existe, por tanto, un marco legislativo completo en el ámbito de la responsabilidad civil e indemnización por daños de contaminación marina. El problema radicará en su efectiva aplicación y cumplimiento.

En cuanto a la determinación del tribunal competente para el conocimiento de tales litigios, el criterio de atribución territorial del *forum delicti commissi* viene establecido en diversos textos convencionales, al unir consideraciones de proximidad al objeto del litigio y de existencia de una relación especialmente intensa que une el fondo del litigio con el territorio del Estado en que acaece el hecho dañoso, junto a la incidencia de un valor material en la reglamentación convencional decisivo para la atribución de competencia, al entrar en juego normas imperativas e intereses públicos tales como la reparación plena de los daños ocasionados.

Se caracteriza así como exclusivo tal criterio competencial en el Convenio de París de 1960 sobre responsabilidad en materia nuclear (art. 13, en favor de los tribunales en cuyo

²⁴ (ARROYO, 1986, pág. Xxviii), señala que “la consideración del mar como volumen convertido en algo más que una superficie para el transporte, para pasar a ser contemplado como volumen a conservar, explotar y explorar reclama un tratamiento internacional uniforme dirigido a su protección”.

²⁵ Puede señalarse así el Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen o puedan causar una contaminación por hidrocarburos, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969, B.O.E. de 26 de febrero de 1976; Convenio internacional para prevenir la contaminación por buques, hecho en Londres el 2 de noviembre de 1973, B.O.E. de 17 de octubre de 1984; Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, hecho en Londres el 29 de diciembre de 1972, B.O.E. de 10 de noviembre de 1975; Convenio para la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves, hecho en Oslo el 15 de febrero de 1972, B.O.E. de 25 de abril de 1974; Convenio para la prevención de la contaminación marina de origen terrestre, hecho en París el 11 de junio de 1974, B.O.E. de 21 de enero de 1981; Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación y Protocolos anejos, hecho en Barcelona el 16 de febrero de 1976, B.O.E. de 21 de febrero de 1978; Protocolo sobre la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre, hecho en Atenas el 17 de mayo de 1980, B.O.E. de 26 de junio de 1984; Protocolo sobre zonas especialmente protegidas del Mediterráneo, B.O.E. de 11 de enero de 1988; Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad por contaminación por hidrocarburos; Protocolo correspondiente al convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación del mar por hidrocarburos, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976, B.O.E. de 4 de febrero de 1982; Convenio de Bruselas de 1971 de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños por contaminación de hidrocarburos.

territorio esté situada la instalación nuclear), y en el Convenio de Viena de 1963 sobre responsabilidad en materia nuclear (art. 11). El art. 10 del Convenio de Bruselas de 1962 sobre responsabilidad de los explotadores de buques nucleares faculta al demandante para optar entre tal foro y el establecido en favor de los tribunales del Estado emisor de la licencia de explotación, reflejo de la solución de compromiso adoptada tras el debate surgido en su elaboración. El *forum delicti commissi* queda igualmente configurado como exclusivo en el art. 52 de las Reglas CIV de 1980, en relación a acciones fundadas en responsabilidad del ferrocarril en supuestos de muerte y lesiones a pasajeros.

Como ha sido indicado, y dentro del específico sector de la responsabilidad por contaminación del medio marino, dicho criterio es retenido en el art. 9 del Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad por contaminación por hidrocarburos, reproducido en el art. 7 del Convenio de Bruselas de 1971 de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños por contaminación de hidrocarburos, en sus versiones vigentes, provenientes de la reforma operada en 1992 (CLC'92).

La ratio que inspira tal regulación convencional se concreta en la creciente preocupación por asegurar una eficaz protección del medio ambiente, y del medio marino en particular, la necesidad de articular sistemas de indemnización operativos ante los desastres ecológicos ocasionados por accidentes acaecidos en el transporte marítimo de hidrocarburos, y de establecer reglas objetivas de responsabilidad en caso de utilización de energía nuclear en este ámbito, junto a otros específicos sectores convencionales que serán brevemente analizados.

La elaboración de tales Convenios permitió establecer un sistema de responsabilidad civil en el ámbito de la contaminación por hidrocarburos que cabe calificar, en principio, como positivo. Sin embargo, el esfuerzo realizado por alcanzar el consenso internacional en esta fundamental materia resultó insuficiente, debido a que la triste realidad de nuevos desastres ecológicos se encargó de reflejar la inadecuación de ambos instrumentos internacionales a los costes económicos actuales que representan los impactos medioambientales ocasionados por vertidos de hidrocarburos.

La necesidad de reformar el sistema implantado en dichos Convenios se concretaba en la oportunidad de proceder a una actualización de las cuantías o topes máximos de limitación. Junto a factores derivados de la amplitud de la carga de los nuevos petroleros, que desbordan los límites de responsabilidad establecidos en los Convenios, el factor económico de la inflación contribuyó a la depreciación de los montantes establecidos en tales Convenios.

En esta línea de reforma se enmarca el primer eslabón representado por el Protocolo de 19 de noviembre de 1976²⁶ correspondiente al Convenio de Bruselas de 1969 sobre

²⁶ B.O.E. de 4 de febrero de 1982.

responsabilidad por contaminación por hidrocarburos, por el que se sustituye la unidad de cuenta y se elevan los límites de responsabilidad. Pese a ello, este inicial intento de adaptación a la realidad de los costes generados por la contaminación por hidrocarburos resultó de nuevo insuficiente.

Un ejemplo de la inadecuación del sistema establecido puede encontrarse en el tristemente célebre caso del “Amoco Cádiz”. El 15 de marzo de 1978, el “Amoco Cádiz”, buque-cisterna con bandera Liberiana, encalló en las costas de Bretaña. Una avería en el sistema de dirección motivó tal accidente²⁷.

Para comprender en su globalidad la problemática suscitada a raíz de tal siniestro, debe precisarse la personalidad jurídica de los intervinientes en el mismo. Una Sociedad petrolífera estadounidense, la “Amoco International Oil Company” (AIOC), que pertenecía en su totalidad a la “Standard Oil Company”, con sede en Chicago, descubrió en 1960 importantes reservas petrolíferas en Oriente Medio, y comenzó a explotar las concesiones obtenidas. A fin de asegurar el transporte del crudo, los dirigentes de la sociedad decidieron construir buques petroleros de gran magnitud.

Encomendaron a “Astilleros españoles”, con sede en Cádiz, su construcción, bajo la supervisión de la compañía y de acuerdo con las instrucciones dadas por sus técnicos. Uno de los buques construidos era el “Amoco Cádiz”.

En el momento de producirse el accidente, Francia y Liberia (Estado del pabellón del buque) eran Parte en el Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad por contaminación por hidrocarburos.

Estados Unidos no lo había ratificado. El Convenio de Bruselas de 1971 de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por contaminación por hidrocarburos no se encontraba todavía en vigor, ni tampoco era aplicable al supuesto el citado Protocolo de 19 de noviembre de 1976.

²⁷ (KISS,1985,p. 575 y ss)., describe las consecuencias de tal catástrofe: “375 kilomètres de côte ont été pollués par 50 à 60.000 tonnes de pétrole dont 15 à 20.000 tonnes ont pu être ramassées par des militaires et des volontaires. Dans la zone atteinte, en mer et sur le littoral, globalement 30% de la faune et 5% de la flore ont été détruits. Environ 20.000 oiseaux ont péri, mais l'ostréiculture a aussi subi des dommages importants et les pêcheurs ont perdu 45 à 65 jours de pêche. Il convient d'y ajouter le préjudice, direct ou indirect, subi par diverses autres activités dont le tourisme en premier lieu”. (ASSONITIS, 1991,p. 439), destaca que, con frecuencia, tal práctica conduce a la inobservancia de las reglas internacionales de seguridad por tales buques, como ocurrió en el mencionado accidente. Un detallado análisis del caso puede verse en (DE RAULIN, 1993, p. 41 y ss). De igual modo, (FONTAINE, 1993, p.278 y ss). La presentación de la demanda ante los tribunales estadounidenses, y la elección del Derecho aplicable que subyace tras esa opción es comentada por (ESKENAZI, p. 371 y ss).

En consecuencia, caso de aplicarse al mismo la normativa internacional en vigor, las indemnizaciones a satisfacer por los responsables no podían exceder de 77.371.875 Francos, frente a la valoración realizada por una Comisión Parlamentaria del Senado francés que evaluó los costes generados para el Estado francés en 340 millones de francos, cantidad a la que habría que añadir la indemnización a pagar a las víctimas de la marea negra ocasionada (pescadores, industria turística etc.).

Ante tal situación, los demandantes (el Estado francés, numerosas instituciones locales, Asociaciones protectoras de la naturaleza y diferentes Asociaciones profesionales), no interpusieron la correspondiente acción ante los tribunales franceses, sino que, frente a lo establecido en el artículo 9 del Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad por contaminación por hidrocarburos, presentaron la misma ante el Tribunal de Distrito de Illinois (Chicago).

El Tribunal, en sentencia de 18 de abril de 1984²⁸, fundamenta su competencia en virtud de la cláusula de la Constitución Americana relativa a los asuntos marítimos.

En cuanto a la ley aplicable a las demandas o reclamaciones interpuestas, señaló que, al tratarse de perjuicios sufridos por los demandantes en aguas territoriales francesas, la ley aplicable al fondo de las mismas sería la francesa si se hubiera probado que era diferente a la de Estados Unidos. Sin embargo, no se aportó prueba de tal diferencia, e incluso los propios demandantes alegaron la aplicabilidad de la ley estadounidense²⁹.

Tras analizar las relaciones existentes entre la naviera propietaria del buque (la sociedad liberiana Amoco Transport Company), la A.I.O.C. y la Standard, admite la responsabilidad de las tres. Respecto a la naviera propietaria del buque siniestrado, indica que ésta soportaba la obligación de garantizar la navegabilidad del buque, y de atender al correcto mantenimiento de los diversos sistemas de funcionamiento del buque.

Sobre la responsabilidad de la A.I.O.C., el tribunal considera que debe atenderse al hecho de que tal sociedad ejercía un control total sobre la explotación, mantenimiento y reparación del buque así como en la elección de la tripulación, y dirigió incluso la tarea de construcción del buque dictando instrucciones técnicas a la empresa encargada de su realización, datos que conducen a la apreciación de tal responsabilidad.

²⁸ (An.dr.mar.aer., 1985. Pág. 353 y ss).

²⁹ Frente a la pretensión sostenida por los demandados, relativa a la aplicación del Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad por contaminación por hidrocarburos, el tribunal consideró que tal Convenio es ley interna, una vez ratificado, para Francia, pero no para Estados Unidos, y que tal Convenio no es el único recurso al que pueden acudir las víctimas de daños ocasionados por contaminación de hidrocarburos, y que no impide que éstas interpongan una acción en reclamación de responsabilidad frente a terceros distintos del propietario del navío o sus agentes y dependientes.

Respecto a la Standard, en cuanto sociedad multinacional integrada por un grupo de empresas articulado por el sistema de filiales, entre las cuales se encontraban las dos anteriores, su responsabilidad deriva directamente de la supervisión o control directo que ejercía sobre las mismas, al ser éstas puros instrumentos de la empresa matriz, que controló igualmente todo el proceso de construcción, explotación y posterior gestión del "Amoco Cádiz"³⁰.

Por otra parte, tanto los demandantes como los codemandados (mediante acción en garantía) intentaron una acción contra "Astilleros Españoles", alegando la negligencia cometida por la empresa constructora en la concepción y construcción del "Amoco Cádiz".

La empresa española alegó la incompetencia del tribunal *ratione personae* y *ratione materiae*, no admitida por el tribunal, que también rechazó el argumento del *forum non conveniens* utilizado por la empresa española para apoyar su pretensión de que el tribunal estadounidense no conociera de la reclamación iniciada contra ella³¹.

El caso "Amoco Cádiz" reveló la complejidad de la tramitación judicial (hubo que esperar 14 años hasta la decisión final del Tribunal de Apelación, el 14 de enero de 1992, que fija una indemnización total de 1.200 millones de francos franceses). Plantea aspectos vinculados a la determinación de la ley aplicable, competencia judicial internacional, identificación de la autoría, calificación de las víctimas, evaluación de los daños³², cobertura financiera del daño, responsabilidad entre sociedades dominadas, alcance de la cláusula arbitral contenida en un contrato de asistencia o salvamento, etc.

En definitiva, la magnitud de los daños generados por el accidente, que desbordaban con mucho los límites de responsabilidad establecidos en la normativa internacional vigente,

³⁰ Cabe apreciar una cierta contradicción en la resolución del tribunal, ya que considera a las tres sociedades como entes con personalidad jurídica diferente, a los efectos de la eventual limitación de responsabilidad, y, sin embargo, al evaluar los daños, niega tal distinción. En cuanto a una posible limitación de responsabilidad de las tres empresas, el tribunal atiende al carácter de propietario de la "Transport" para admitir tal derecho de limitación, pero no así de las otras dos, que devienen responsables sin limitación. La sentencia dictada por el Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito de EE.UU. el 24 de enero de 1992 no admite tal limitación de responsabilidad, ya que la empresa propietaria del buque conocía la negligencia en que se había incurrido, al descuidar el mantenimiento del buque.

³¹ El tribunal, en orientación mantenida por el Tribunal de Apelación en la citada sentencia de 24 de enero de 1992, atiende al hecho de que representantes de la empresa española estuvieran en Chicago durante dos semanas para negociar la firma del contrato de construcción, negociaciones que se prolongaron incluso una vez finalizada la misma, ya que, ante problemas técnicos surgidos, "Astilleros" negoció una compensación económica con la empresa propietaria, en lugar de repararlos. Ambas sentencias consideran que existen vínculos o contactos suficientes para defender la legitimación pasiva de la empresa española.

³² La decisión de los tribunales americanos no atiende al daño ecológico ocasionado y su traducción económica, a diferencia, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal de Apelación de Messina, de 22 de mayo de 1989 (A.D.M., 193, vol. X, p. 533), que reconoce el carácter patrimonial del daño ambiental.

condujo a los demandantes a interponer su acción ante un Estado no parte en tal Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad por contaminación por hidrocarburos, en el que se encontraba la sede principal de los codemandados, con el objetivo de superar así las limitaciones de responsabilidad que en otro caso operarían, y conseguir la restitución íntegra de los daños ocasionados.

El caso del “Amoco Cádiz” permitió apreciar la inadecuación de los sistemas internacionalmente establecidos³³. El sistema diseñado era correcto, pero faltaba añadir un mecanismo de actualización de los montantes establecidos para adecuarlos a la realidad del tráfico marítimo internacional.

Los representantes franceses en la OMCI solicitaron infructuosamente la adopción de urgentes reformas en el sistema establecido, sensibilizados por las consecuencias ya analizadas del accidente del “Amoco Cádiz”. Pese a reconocerse en el seno de tal organización la necesidad de proceder a tal revisión, ésta no fue abordada hasta la 45ª sesión del Comité jurídico. Se tuvo presente, junto a la manifiesta insuficiencia del sistema frente a grandes desastres ecológicos, el dato de la inflación internacional, que erosionó los límites de responsabilidad establecidos por los Convenios internacionales.

El proceso de revisión culminó mediante la convocatoria de una Conferencia Internacional en Londres, del 30 de abril al 25 de mayo de 1984, con la aprobación de los Protocolos de 25 de mayo de 1984, de modificación de los citados Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad por contaminación por hidrocarburos y Convenio de Bruselas de 1971 de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños por contaminación de hidrocarburos. La última actualización en vigor se remonta al año 1992, y en estos momentos la OMI ha puesto en marcha (en un proceso en el que el protagonismo de la Unión Europea, especialmente sensibilizada ante desastres como el del Erika en aguas francesas, y los del Aegen Sea y Prestige en aguas españolas, ha sido clave) un proceso de

³³ Sobre el particular, (REMOND-GOUILLOUD, 1993, p.260 y ss). En el ámbito interno francés, tras el desastre ecológico que representó el accidente del Amoco Cádiz, fueron dictadas una serie de disposiciones en el marco de la lucha contra la contaminación marina. Así, cabe citar la ley de 2 de enero de 1979, “relative a certaines infractions en matière de circulation maritime”; la ley de 2 de enero de 1979, “Portant modification de la loi du 26 décembre 1964 sur la pollution de la mer par les hydrocarbures”; la Circular de 12 de octubre de 1978, “Relative à la préparation des plans locaux de lutte contre les pollutions marines accidentelles (Plan Polmar)”, y la Instrucción del mismo día “Relative à la lutte contre les pollutions marines accidentelles”. Posteriores disposiciones internas han ido completando la necesidad sentida tras las desastrosas consecuencias del accidente descrito de alcanzar un sistema normativo que garantice una adecuada labor preventiva y en su caso indemnizadora de los daños ocasionados por la contaminación marina. Otro eslabón de esa cadena de disposiciones esta integrado por la Instrucción de 6 de septiembre de 1990, “Relative à la recherche et à la répression de la pollution de la mer par les navires”, que en su artículo 1.2.5 establece, en materia de tribunal competente, que “Le tribunal compétent est soit celui du lieu de l'infraction, soit celui dans le ressort duquel le navire est attaché en douanes ou immatriculé s'il est français, soit celui dans le ressort duquel peut être trouvé le bâtiment s'il est étranger. Lorsque l'infraction aura été commise par un navire étranger et constatée dans la zone économique, on retiendra la compétence du tribunal de grande instance de Paris”.

reforma del cálculo en cuanto a la cifra total, pretendiendo una vez más elevar esos topes indemnizatorios y acercarse a la realidad y entidad de los daños generados por los mencionados siniestros marítimos.

En efecto, en esta materia de contaminación del medio marino la UE ha avanzado de manera notable mediante la adopción de un gran número de disposiciones normativas que pretenden incrementar la seguridad y dificultar la contaminación en el transporte marítimo³⁴. Cabe hablar incluso de una auténtica hipertrofia normativa, cuya eficiencia solo podrá verse testada en el supuesto, no deseado, de que se produjera una nueva catástrofe marítima derivada de contaminación por hidrocarburos. Por todo ello, la importancia del bloque normativo europeo no debiera haber pasado inadvertida en las disposiciones de nuestra novedosa Ley de Navegación Marítima referentes a la lucha contra la contaminación y a la responsabilidad por contaminación por hidrocarburos.

Es necesario incidir en el fortalecimiento de la seguridad marítima europea y en una efectiva política marítima que prevenga o frene, en su caso, la contaminación del medio marino por los buques y plataformas marítimas en el desarrollo de su actividad. La creación de la Agencia Europea de Seguridad Marítima pretendió responder de manera uniforme y eficaz a estos objetivos³⁵. Sin embargo, la normativa en vigor carece de una aplicación eficaz y uniforme en los Estados de la UE, cuestión que debiera abordarse por parte de las instituciones europeas con la finalidad de reducir el falseamiento competitivo existente en el sector mediante la utilización de buques que no cumplen con unos requisitos de seguridad óptimos.

Además de todo ello, es necesario reglamentar o normativizar la acogida de buques en peligro, fijar pautas de indemnización destinadas a sufragar los daños ocasionados en los lugares de refugio e incluso precisar un sistema de responsabilidad portuaria para aquellos casos en los que no se permita el acceso a puerto de un buque con dificultades. La efectiva puesta en marcha de esta política marítima europea debe fijarse el reto de alcanzar la máxima eficiencia en la lucha preventiva y sancionadora frente a la contaminación marítima. En este sentido, es indisponible lograr un grado de uniformidad normativa estratégica que permita garantizar los objetivos políticos que se ha marcado la UE en este ámbito, y para ello deben coordinarse necesariamente las legislaciones internas o nacionales referentes al sector marítimo con el denominador común que supone el Derecho europeo.

Debe tenerse en cuenta que las principales medidas adoptadas en esta materia por la UE tienen su base en el título VI dedicado a transporte del TFUE y en los artículos relativos al medio ambiente del título XX³⁶. La UE decidió, tras la tragedia del petrolero Erika,

³⁴ Entre otros, (Sobrino Heredia, 2007, pp.417-462).

³⁵ En relación a la seguridad marítima europea (Martín Osante, 2005, pp. 517 y ss).

³⁶ Arts. 90 á 100 sobre transportes y arts.191 á 193 sobre medio ambiente.

establecer unas reglas y estándares comunes mediante una serie de paquetes con la finalidad de armonizar ciertas políticas de prevención (los dos grupos de Directivas denominadas Erika I y Erika II). En el primer paquete de medidas Erika I se reforzaron las exigencias de la Directiva 94/57/CE, en relación al régimen de control de las sociedades de clasificación, un mayor control del Estado del puerto sobre los buques mediante un mayor porcentaje de inspecciones, y en último término se estableció la progresiva eliminación de los buques monocasco en un intento de emular a la normativa de los Estados Unidos de América que regulaba esta cuestión "Oil Pollution Act". Cuestiones que también fue introduciendo de manera progresiva la OMI en las modificaciones realizadas en el Convenio MARPOL 73/78, y que la UE proyectó sobre el Reglamento 417/2002 relativo a medidas de doble casco o de diseño equivalente para los petroleros de casco único³⁷.

En lo que respecta al segundo paquete de medidas (Erika II), debe destacarse la materialización de su principal propuesta, la creación de una Agencia Europea de Seguridad Marítima con la finalidad de garantizar un alto nivel de seguridad marítima y aspectos preventivos contra la contaminación de los mares por hidrocarburos en la UE³⁸. De igual forma se propuso la creación de un fondo de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos en agua europeas y un sistema europeo de información y seguimiento sobre el tráfico marítimo. No obstante, el Consejo frenó la creación de un Reglamento sobre la constitución del fondo mencionado (Fondo COPE).

Por último, en el año 2009 una tercera Directiva (Erika III) vino a modificar normas europeas anteriores o sugerir nuevos ámbitos de regulación en el seno de la UE. Entre otros cabe citar la Directiva 2009/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado de abanderamiento; el Reglamento (CE) núm.391/2009 sobre reglas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y la Directiva 2009/15/CE; la Directiva 2009/16/CE sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto; la Directiva 2009/18/CE sobre principios fundamentales para la investigación de accidentes en el ámbito el transporte marítimo; el Reglamento (CE) núm. 392/2009 relativo a la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar ante un accidente (complemento del Convenio de Atenas de 1974), y la Directiva 2009/20/CE relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo³⁹.

³⁷ Sobre este particular, (Sobrino Heredia, 2003, pp. 79-116).

³⁸ Véanse en este aspecto: Reglamento (CE) n°1406/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2002. Modificado por el Reglamento (CE) n° 1644/2003, de 22 de julio de 2003, que a su vez fue modificado por el Reglamento (CE) n° 724/2004, del Parlamento Europeo, de 31 de marzo de 2004.

³⁹ Puede verse el exhaustivo análisis realizado en torno a la normativa europea por (Iruretagoiena Agirrezabalaga, 2011, pp.78-99).

3.1. Seguridad marítima y la Ley de Navegación marítima.

Todo lo anteriormente expuesto ello da como precipitado jurídico una especie de hipertrofia normativa, una profusa elaboración de disposiciones que hubiese exigido una expresa referencia en el articulado de la nueva LNM en lo concerniente a la lucha contra la contaminación marítima⁴⁰, con la finalidad de reducir los problemas de implementación por parte de los Estados miembros de algunos de los aspectos de la normativa referida.

La primera conclusión que cabe inferir del análisis del contenido de la nueva LNM es que el resultado normativo en su conjunto se ha visto enriquecido respecto al trabajo previo realizado en los diversos anteproyectos y proyectos que precedieron a la ahora vigente nueva Ley, y esto queda constatado en una redacción final más cuidada y completa de toda la dimensión internacional. Pese a esta valoración global positiva, no cabe obviar que el legislador interno parece articular una especie de "guardiana normativo" en todo lo que afecta al Derecho europeo y olvida por momentos incorporar la obligada referencia expresa al mismo.

En particular, la nueva ley parece no advertir en varios apartados el trascendental protagonismo que ostenta el bloque normativo europeo para este particular sector del Derecho del comercio internacional. Como aporte hermenéutico debe tenerse en cuenta que no hay, por ejemplo, referencia alguna al Derecho europeo a lo largo de su preámbulo, a excepción de la indicación de la pertenencia de España al ámbito comunitario europeo, para subrayar que dicha realidad conlleva mayores exigencias en materia de responsabilidad por contaminación marítima; se trata, por tanto, de una escueta referencia a las exigencias que establece el Derecho de la UE en materia de seguros de grandes riesgos y una indicación sobre la aplicación preferente en materia procesal de los Convenios internacionales y las normas de la UE sobre el Derecho interno.

El nuevo texto normativo no permite apreciar ni identificar ni la magnitud ni la vocación internacional de sus normas, lo cual hubiera permitido al operador jurídico identificar desde su inicio la trascendencia de esta realidad. El artículo primero, dedicado al objeto y ámbito de aplicación, debería haber recogido una clara referencia a dicha dimensión, sin perjuicio de la alusión a la prelación de fuentes y su interpretación recogida y ubicada en el artículo segundo.

En particular, cabe subrayar la ausencia de toda referencia al Derecho europeo en el Título I, dedicado a la ordenación administrativa de la navegación, en concreto en los capítulos dedicados al ámbito de aplicación de las normas de policía, el régimen de estancia en aguas

⁴⁰ Todo ello con independencia de que se encuentre en vigor en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 41/2010, de 29 de diciembre (BOE nº.317, de 30 de diciembre de 2010), de protección del medio marino tras la Directiva 2008/56/CE de 17 de junio de 2008, por la que se establecía un marco de acción europeo para la política del medio marino y mediante la cual se introducía la obligación de lograr un buen estado ambiental de las aguas marinas europeas por medio de la elaboración de estrategias marinas con el objetivo de mantener la biodiversidad, preservar la diversidad y el dinamismo de los océanos y mares que sean limpios, sanos y productivos, cuyo aprovechamiento sea sostenible.

interiores marítimas y en puerto y al régimen general de la navegación marítima, en el que se establece todo el articulado relativo a la lucha contra la contaminación (arts. 32 á 36, dedicados a los planes de preparación y lucha contra la contaminación, la obligación de notificar los actos de contaminación y la colaboración internacional), y donde hubiera sido necesario incorporar una referencia expresa al bloque normativo europeo.

De igual forma, es muy significativa la ausencia de toda alusión a la LOPJ (art.22 quinquies) y al Derecho europeo en la redacción del artículo 43, inserto en el Capítulo IV concerniente al derecho de paso inocente por el mar territorial (sobre el ejercicio de la jurisdicción civil), ausencia llamativa en comparación con el precepto relativo al ejercicio de la jurisdicción penal en el que sí se ha recogido tal previsión.

En efecto, el artículo 43.1 de la LNM dispone sobre el ejercicio de la jurisdicción civil que,

«Los buques extranjeros que pasen por el mar territorial no podrán ser detenidos o desviados para ejercer la jurisdicción civil respecto a las personas que se hallen a bordo de los mismos. »

Sin embargo, el párrafo primero del artículo 44 relativo al ejercicio de la jurisdicción penal sí recoge una referencia expresa a la LOPJ y a los tratados aplicables, al establecer que la jurisdicción penal española en relación con los buques extranjeros que se encuentren en el mar territorial nacional se regirá por lo establecido en la LOPJ y en los tratados internacionales aplicables, subrayando en especial el apartado 1 del artículo 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. En este aspecto, debemos subrayar que no cabe rehuir ni descuidar por parte del legislador la realidad sobre el alcance de las competencias concretas que en el sector del transporte marítimo ha asumido la Unión Europea.

La creciente especialización del sistema normativo europeo aplicable al sector del Derecho marítimo dedicado a la seguridad marítima y a la contaminación del medio marino hubiera requerido por parte del legislador una alusión directa al Derecho europeo. Un sector, el de la seguridad marítima, en efervescencia, debido lamentablemente a una concatenación sucesiva de siniestros marítimos de consecuencias ecológicas catastróficas y que demandaba de modo urgente e inaplazable una política efectiva de prevención de futuros siniestros dentro de la UE⁴¹, en el que la estrecha interrelación entre normas convencionales y normas europeas complica algo más el análisis de la determinación subjetiva y objetiva de la responsabilidad por contaminación de hidrocarburos⁴². Se trata de una materia abordada actualmente desde dos perspectivas diferenciadas: la prevención del

⁴¹ (Álvarez Rubio, 2014, pp. 271-294).

⁴² Véase sobre la importancia del Derecho europeo y su incidencia sobre el sistema español de Derecho internacional privado entre otros, (Desantes Real, 1994, pp. 84-121).

riesgo⁴³ por un lado, y la reparación del daño medioambiental y del daño privado ocasionado⁴⁴, por otro.

La LNM regula en su Título IV los accidentes de la navegación, y recoge en su Capítulo V los artículos dedicados a la responsabilidad civil por contaminación (arts.384 á 391); en particular, el artículo 384 regula el ámbito de aplicación de las normas recogidas en este capítulo, al disponer que regirá la responsabilidad civil derivada de daños por contaminación sufridos en las costas y espacios marítimos españoles que procedan de buques, embarcaciones, artefactos navales y plataformas fijas, con independencia de su ubicación. Es decir, el precepto viene a ordenar la responsabilidad civil extracontractual generada por un suceso accidental acaecido durante la navegación y que haya producido daños por contaminación.

En cuanto a los sujetos responsables del hecho contaminante y sus consecuencias, cabe resaltar la referencia directa que realiza el artículo 385 de la ley al armador del buque (propietario o no, según lo dispuesto en el art.145.1) y al titular del uso o explotación del artefacto naval o plataforma en el momento de producirse el hecho generador de la contaminación como sujetos directos de la obligación de indemnizar. Se trata de una regulación que difiere de la contenida en el Convenio Internacional de responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (CLC 1992), norma convencional que únicamente contempla la responsabilidad del propietario del buque. Una opción, la del Convenio, más práctica a la hora de averiguar la identidad del propietario del buque mediante la consulta del Registro Mercantil y/o el Registro de Bienes Muebles⁴⁵. Tales obligaciones de inscripción son recogidas por la propia LNM en sus artículos 146 (inscripción en el Registro Mercantil) y artículo 147 (inscripción en el Registro de Bienes Muebles).

En lo que respecta al fundamento de la responsabilidad civil por contaminación, el artículo 386 de la LNM dispone que,

⁴³ Entre otros, cabe citar el Convenio de Montego Bay de 1982 (CNUDM), BOE nº39, de 12 de febrero de 1997; Convenio internacional para prevenir la contaminación por buques de 1973 y el Protocolo de 1978 (MARPOL 73/78), BOE nº249, de 17 de octubre de 1984; Convenio sobre la seguridad de la vida humana en el mar de 1974 y los Protocolos de 1978 y 1988 (SOLAS), BOE nº144, de 16 de junio de 1980; y el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos de 1990 (OPRC), BOE nº133, de 5 de junio de 1995.

⁴⁴ Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a contaminación por hidrocarburos, Bruselas 29 de noviembre de 1969 (CLC 1969), BOE nº58, de 8 de marzo de 1976, enmendado mediante protocolo modificativo (CLC 1992); Convenio Internacional sobre la constitución de un Fondo Internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (FIDAC), Bruselas, 18 de diciembre de 1971 (FUND 1971) BOE nº60, de 11 de marzo de 1982, enmendado por protocolo modificativo (FUND 1992); Fondo complementario creado mediante el Protocolo de 2003, el 27 de mayo de 2003; y el Convenio Internacional sobre responsabilidad nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos por combustible de los buques, de 23 de marzo de 2001 (BUNKERS 2001), BOE nº 43, de 18 de febrero de 2008.

⁴⁵ En tal sentido, vid. (Magallón Elósegui, 2011, pp. 151- 155).

El armador será responsable de los daños por contaminación por el mero hecho de su producción. No obstante, quedará exonerado si prueba que los daños han sido causados por una fuerza mayor inevitable, por la negligencia de cualquier autoridad que sea responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación, o bien por una acción u omisión intencional de un tercero, a salvo de la responsabilidad que alcance a este último.

Sin perjuicio de los convenios internacionales que sean de aplicación, la exigencia de responsabilidad se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los atentados al medio ambiente y en el principio de que quien contamina paga.

De este modo, la LNM configura un sistema de responsabilidad objetiva del armador (propietario o no) o del titular de la explotación del artefacto naval o plataforma⁴⁶. Se trata de un concepto de responsabilidad que se diseña para el ámbito extracontractual de la responsabilidad civil como respuesta jurídica directa al riesgo que supone la explotación de una actividad económica con ánimo lucrativo. Y consagra un grado de responsabilidad que sienta su base en torno a los principios de cautela y acción preventiva, principio de corrección en la fuente misma de los atentados al medio ambiente y en el criterio de que “quien contamina paga”, alejándose así de la activación del sistema de responsabilidad exclusivamente por dolo, culpa o negligencia.

Aun así, el propio articulado del capítulo referenciado da cobertura a ciertas causas de exoneración de responsabilidad que podrá hacer valer el armador. De esta forma, quedará exonerado de responsabilidad en aquellos supuestos en que los daños hayan sido causados por fuerza mayor inevitable, por negligencia de cualquier autoridad responsable del mantenimiento de luces u otro tipo de ayudas a la navegación, o incluso por una acción u omisión intencional de un tercero. Finalmente, si el armador prueba que los daños por contaminación acontecidos se debieron en todo o en parte a una acción u omisión culposa de la persona que los sufrió quedará asimismo exonerado de responsabilidad (art.387).

Por último, cabe hacer expresa referencia al artículo 391 sobre la aplicación preferente de los Convenios internacionales, conforme al cual,

Lo previsto en los convenios internacionales de que España sea parte en materia de responsabilidad civil por daños por contaminación por hidrocarburos o por sustancias nocivas, peligrosas o tóxicas, o por el combustible de los buques, será de aplicación preferente en su ámbito respectivo.

No se aplicará lo previsto en este capítulo a los daños causados por sustancias radioactivas o nucleares, que se regularán por sus disposiciones específicas.

Como antes ha sido indicado, la naturaleza transnacional de la navegación marítima se ha visto reflejada en una sucesiva proliferación de textos normativos internacionales y esta característica del sector ha requerido del legislador interno una remisión de las normas de la ley a los Convenios internacionales de aplicación preferente en materia de

⁴⁶ Sobre este particular puede verse entre otros, (Rodríguez Docampo, 2006, pp. 534-541).

responsabilidad civil por daños ocasionados por contaminación por hidrocarburos o por sustancias nocivas, peligrosas y tóxicas, o por el combustible de los propios buques⁴⁷.

En este contexto normativo interno cabe citar igualmente la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino (BOE, 30-12-2010), que responde al mandato normativo de trasposición de la Directiva 2008/56/CE, de 17 de junio de 2008, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino (Directiva marco sobre la estrategia marina), y que introduce la obligación de lograr un buen estado ambiental de las aguas marinas europeas mediante la elaboración de estrategias marinas con el objetivo final de mantener la biodiversidad y preservar la diversidad y el dinamismo de unos océanos y mares que sean limpios, sanos y productivos, cuyo aprovechamiento sea sostenible.

La ley engloba la regulación de otros aspectos de la protección del medio marino que hasta ahora no se habían abordado en la legislación estatal. Su objetivo es lograr un buen estado ambiental del medio marino, y la herramienta para alcanzar esta meta es llevar a cabo una planificación coherente de las actividades que se practican en el mismo. La ley, además de regular los principios y mecanismos generales para la planificación del medio marino, incluye otras disposiciones para la protección del medio marino, en aplicación de lo dispuesto en diversos convenios internacionales de los que España es parte, reforzando su efectividad normativa a través de la legislación nacional específica.

4. Conclusiones

Los resortes del Derecho Marítimo frente al siniestro del Prestige muestran en particular la existencia de una auténtica asignatura pendiente en este sector, que cabe resumir como sigue:

Por un lado, se muestra la complejidad del Derecho Marítimo: es preciso reflexionar sobre algunos factores jurídicos relevantes puestos de manifiesto tras la catástrofe, vinculados a la caracterización del sector marítimo como un Derecho material intrincado y complejo. Es una rama jurídica marcada por la nota de internacionalidad, derivada de las relaciones jurídicas (públicas y privadas) que se generan en su entorno. Esa transnacionalidad se aprecia nítidamente en el elenco de factores presentes en el caso del Prestige. La importancia económica a nivel mundial de la actividad marítima (y en particular, el sector del transporte), y la mencionada complejidad propia del entramado de intereses vinculados al sector contrasta con el tratamiento casi marginal del Derecho Marítimo en el ámbito de los Planes de Estudio de nuestras facultades, y convierte este estratégico sector en un círculo cerrado dentro de la industria jurídica. Sólo desde esta premisa pueden entenderse algunas de las reflexiones vertidas desde tribunas políticas, mediáticas e incluso técnicas en el marco del debate suscitado a raíz del siniestro.

⁴⁷ Sobre los Convenios Internacionales aplicables en el Derecho marítimo español puede verse (Arroyo Martínez, 1999, pp. 21-79); (Álvarez Rubio, 1993, pp.89 y ss).

Un ejemplo de racionalidad y sentido común puede a mi juicio apreciarse en las conclusiones que resultaron aprobadas en el seno del Consejo Europeo de Copenhague (12-13 de diciembre de 2002), al calificar como intolerables los perjuicios ocasionados al medio marino y al entorno socioeconómico, así como la amenaza que se cierne sobre los medios de vida de miles de personas. El Consejo Europeo insistió en la necesidad de reforzar la actuación normativa para mejorar la seguridad marítima y la prevención de la contaminación, y manifestó la disposición de la UE de cara a la adopción de todas las medidas necesarias para evitar la repetición de catástrofes similares.

En segundo lugar, cabe citar las vías jurídicas iniciadas tras el siniestro: El cúmulo de factores jurídicos en presencia permite analizar cuestiones vinculadas a la opción entre la vía civil frente a la penal (que es la inicialmente seguida, como ya ocurrió, hace diez años, en el caso del Aegen Sea). Debe tenerse en cuenta, como premisa clave, la diferente respuesta jurídica que han de recibir los ámbitos de la responsabilidad extracontractual frente a los puramente contractuales; el afán demagógico de demonizar a los propietarios de la carga no debe hacernos olvidar algunos precedentes cercanos en el tiempo: en el citado caso del Aegen sea, la entidad REPSOL, propietaria de la carga transportada por el buque que encalló en el puerto de A Coruña logró incorporar su reclamación al pleito penal iniciado como si se tratara de un perjudicado más, y obtuvo por esta vía el correspondiente resarcimiento, sin tener en cuenta por tanto la vía puramente contractual-mercantil (el contrato de transporte que le vinculaba a la naviera-transportista).

La vía penal iniciada en el caso del Prestige ha devenido inadecuada para valorar el alcance de las responsabilidades afectadas o involucrada: un proceso penal complicado, dilatado y poco apto para desentrañar procesal y sustantivamente la compleja maraña de responsabilidades civiles en presencia.

En tercer lugar, y respecto a los pabellones de conveniencia, rasgarse ahora las vestiduras jurídicas en torno a las banderas de conveniencia es cuando menos ingenuo: ya en la Conferencia Diplomática que dio lugar al Convenio sobre Alta Mar de 1958 se eliminó del texto final de la norma convencional la exigencia de una conexión o ligazón auténtico como condición de reconocimiento internacional de la nacionalidad de los buques. Debe atenderse a la relación entre el incremento de las flotas bajo bandera de conveniencia y la economía del transporte marítimo, en cuanto medio de competencia en el mercado (vía costes de servicio o de explotación). La cuestión de la seguridad marítima no está tan estrechamente ligada a su empleo como la vertiente de ese otro tipo de estructura de costes (mano de obra, aseguramiento, etc.); ¿Cuál es sino la ratio que inspira la creciente implantación de segundos registros en países desarrollados como el nuestro, y su escaso éxito práctico?.

Por último, cabe citar una tardía pero acertada orientación: la vía preventiva. La secuencia de reacciones normativas, a nivel europeo y español, materializadas tras el siniestro del Prestige avanzan hacia la prevención de este tipo de catástrofes ecológicas, en línea con las

medidas adoptadas en 1990 por EEUU: la Oil Pollution Act de 1990 estableció la responsabilidad civil ilimitada del armador por los derrames, la obligatoriedad del doble casco para los buques que recalen en sus puertos y la prohibición de paso de buques monocascos a 50 millas de sus costas, junto a la exigencia de tener dispuestos planes de contingencia de limpieza.

Nunca será posible eliminar absolutamente el riesgo de potenciales accidentes, pero sí reforzar los objetivos de política de prevención marítima. La especial sensibilización de la opinión pública europea y de las propias instituciones europeas tras la sucesión de desastres ecológicos (y en particular, los siniestros del buque Erika en aguas francesas y del buque Prestige en las costas gallegas) se ha traducido en toda una batería de medidas y propuestas legislativas cuya operatividad futura como eficaz mecanismo de prevención y, en su caso, como instrumento o vía indemnizatoria frente a los daños ecológicos y sus consecuencias económicas debe ser evaluada y objeto de una prospección jurídica detallada, para analizar la dificultad técnica que conlleva su materialización normativa.

Uno de los principales debates que provoca la actividad legislativa de la UE en materia de seguridad marítima hace referencia a su carácter unilateral⁴⁸. Ciertamente, a priori, el marco más adecuado para la lucha contra la contaminación del mar por hidrocarburos es el universal, y de forma particular la OMI. La coexistencia de diversos regímenes jurídicos puede crear confusión en los Estados de abanderamiento y en los propios operadores privados⁴⁹, a la vez que puede deteriorar el papel de la OMI como principal agente en este ámbito. El propio Secretario General de la OMI, en diciembre de 2003, declaró que el ámbito adecuado para adoptar las medidas seguridad marítima era el de la OMI y que no había lugar para medidas unilaterales.

Sin embargo, la insuficiencia de las normas y estándares adoptados en el seno de la OMI y las dificultades para su implementación, han llevado a la UE a elaborar normas adicionales más estrictas, siempre dentro de los límites marcados por el Derecho internacional. Por el hecho de considerar más adecuado el ámbito internacional ¿debe la UE dejar de regular cuestiones de su competencia y abstenerse de dar respuesta a las exigencias de la sociedad europea? Lo cierto es que la UE, con el fin de erradicar la triste realidad de los accidentes de buques que provocan situaciones graves de contaminación marina, no debería dejar de regular (tal y como viene haciéndolo de forma intensa en los últimos años) en los ámbitos de su competencia y dentro de las limitaciones impuestas por el Derecho internacional, siempre y cuando estas normas regionales fueran necesarias, bien por la inacción de la OMI, bien por la insuficiencia de las medidas internacionales existentes. Todo ello, asumiendo que es la escala universal el marco más adecuado y efectivo para la adopción de medidas destinadas a mejorar la seguridad marítima y, por tanto, sin perder la referencia y la consideración del papel fundamental que cumple la OMI. En este sentido, la búsqueda del mayor grado de coordinación posible entre el marco europeo y el universal sería una muy buena noticia para la seguridad de los mares.

⁴⁸ Sobre la unilateralidad de las iniciativas sobre seguridad marítima, destacan el ejemplo estadounidense como en el europeo. Vid. al respecto, (REY ANEIRO, 2004, p. 684 y ss). Vid., en general, (BOYLE, 2006, pp. 15-31).

⁴⁹ (FRANK, 2007, p. 191).

Por otra parte, la actitud de la Unión ha sido respetuosa con la función que desempeña la OMI; no ha pretendido sustituir ni deteriorar su papel. Al contrario, siempre ha tratado de poner en valor la normativa internacional.

La actividad legislativa unilateral de la Unión también ha servido como estímulo en el ámbito internacional. Algunas de las modificaciones de las normas internacionales –por ejemplo, respecto al calendario para la supresión de los buques de casco único o en lo relativo a la instauración de un tercer nivel de responsabilidad por los daños causados por los vertidos de hidrocarburos (fondo complementario)- han sido resultado de la presión ejercida por la UE, y de la posibilidad de adoptar medidas unilaterales en esos ámbitos.

La actual regulación de la Unión en materia de seguridad marítima, si bien es posible afirmar que se ha desarrollado a golpe de catástrofe, ha adquirido un grado de desarrollo digno de mención. Tal y como se ha tenido ocasión de observar en el presente trabajo, son números y variados los instrumentos jurídicos adoptados hasta el momento. Sin embargo, la facultad de regular de la UE tiene que respetar los límites impuestos por el Derecho internacional. Estos límites afectan directamente a las medidas potencialmente susceptibles de ser adoptadas. De forma particular, las escasas facultades que la CNUDM reconoce a los Estados ribereños en la ZEE impiden adoptar medidas que, en su caso, podrían mostrarse muy eficaces en la lucha contra la contaminación del mar por hidrocarburos. Parece que la práctica estatal, con el tiempo, tiende a reconocer mayores poderes a los Estados ribereños en estas funciones, a costa del principio de libertad de los mares; en este sentido, no debemos olvidar que son estos Estados los que más sufren las consecuencias medioambientales y económicas de los sinistros marítimos. No obstante, los tiempos para la modificación del Derecho internacional pueden ser largos; a pesar de ello, ha de estarse atento a la evolución convencional y/o consuetudinaria del Derecho internacional en este ámbito, ya que en el futuro ésta puede abrir nuevos campos para la acción reguladora de la Unión. En cualquier caso, en el futuro, los esfuerzos deberían concentrarse en la instauración un régimen de carácter más preventivo que reparador⁵⁰, más acorde con los principios que rigen la normativa medio ambiental, lo que exige una concienciación y un ejercicio efectivo de los poderes por parte de los Estados habilitados a tal efecto por la normativa internacional (especialmente los Estados del pabellón) o la modificación de dicha normativa, que pasa por el reconocimiento de mayores facultades preventivas a los Estados ribereños.

⁵⁰ Vid. (JUSTE RUIZ ,2003, pp. 15-42).

5. Bibliografía

S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2007), "Caso Prestige. Las demandas ante los distintos tribunales de justicia: realidad intereses y alternativa" en M.P. GARCÍA RUBIO Y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Coord.), *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, Iustel, Madrid, pp. 277-279.

J.J. ÁLVAREZ RUBIO (2014), "La UE ante el reto de la contaminación marina por hidrocarburos", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº especial 99-100, Mayo-Diciembre, pp. 271-294.

--(1993), "Sector de la responsabilidad por contaminación del medio marino" en *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima*, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, pp.89 y ss.

--(Director) (2011), *Las Lecciones Jurídicas del caso Prestigie, prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Thomson Reuters, Pamplona.

I. ARROYO (1986), *Convenios internacionales marítimos*, vol. I. Barcelona, pág. xxviii,

--(1996), "El Derecho Marítimo. Derecho especial o Derecho de la especialización", *Anuario Derecho Marítimo*, vol.XIII, 1996, pp.17-37.

--(1999), "Derecho marítimo español y convenios internacionales. Luces y sombras", *ADM*, vol.16, pp. 21-79

G. ASSONITIS (1991), "Les pavillons de libre immatriculation: des Conférences des Nations Unies sur le droit de la mer (UNCLOS) à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)", *Europ.trans.law*, nº 4, p. 439

S. BOELAERT-SUOMINEN (2008), "The European Community, the European Court of Justice and the Law of the Sea", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 23, p. 645

A. BOYLE (2006), "EU Unilateralism and the Law of the Sea", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 21, núm. 1, pp. 15.31.

R. DE NOVA (1977), "Spunti di Diritto Internazionale Privato Nucleare", *Scritti di Diritto Internazionale Privato*, Padua, 1977, pp.479 y ss.

A. DE RAULIN (1993), "L'epopée judiciaire de L'Amoco Cadiz", *J.D.I.,I*, p. 41 y ss.

M. DESANTES REAL (1994), "La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho comunitario europeo) en *La configuración del sistema español de Derecho internacional privado*,

Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1993, Vitoria-Gasteiz, Servicio editorial UPV/EHU, pp. 84-121.

G. DIENA (1935), "Principes du Droit International Privé maritime", *Recueil des cours*, t. 51, I, pp.405 y ss.

N.J. ESKENAZI (1993), "Forum non conveniens and choice of law in re:The Amoco Cadiz-Oil Spill", *J.mar.law and com.*, abril, nº 2, p. 371 y ss.

M.E. FONTAINE (1993), "Les sinistres de l'Amoco Cádiz et du Tanio. Comparaison de deux expériences", *D.M.F.*, nº 527, mayo, p. 278 y ss

V. FRANK (2007), *The European Community and Marine Environmental Protection in the International Law of the Sea. Implementing Global Obligations at the Regional Level*. Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, pp. 59 a 259.

L. GARCÍA ÁLVAREZ (2016), *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, Editorial Comares,Granada.

M.P. GARCÍA RUBIO (2007), *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, Madrid.

J.D. GONZÁLEZ CAMPOS (2002), "Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et matérialisation des règles de Droit International Privé. Cours Général", *Recueil des cours*, tome 287, pp.156 y ss.

J.L. GOÑI ETCHEVERS (2016), *Temas de derecho marítimo*, Thomson Reuters,Pamplona.

I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA (2011), "La Unión Europea ante la contaminación del mar por hidrocarburos: una política diseñada a golpe de catástrofe", en: J.JÁLVAREZ RUBIO (Dir.), *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Aranzadi,Pamplona pp.78-99

U. JENISCH (2005), "The European Union as an Actor in the Law of the Sea: The Emergence of Regionalism in Maritime Safety, Transportation and Ports", *German Yearbook of International Law*, vol. 48, pp. 223-228.

J. JUSTE RUIZ (2003), "El accidente del Prestige y el Derecho internacional: de la prevención fallida a la reparación insuficiente", *REDI*, vol. LV, núm. 1, pp. 15-42.

A. KISS (1985) *L'affaire de l'Amoco Cadiz: responsabilité pour une catastrophe écologique*, *J.Clunet*, nº 3, p. 575 y ss.

L. KRÄMER (2007), "The Contribution of the European Union to Marine Pollution Prevention", en *Pollution of the Sea – Prevention and Compensation, Hamburg Studies on Maritime Affairs*, Volume 10 (Ed. J. Basedow y U. Magnus), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, p. 76.

N. MAGALLÓN ELÓSEGUI (2011), "La contaminación marina por hidrocarburos y el Proyecto de Ley General de Navegación marítima; una amalgama de Fuentes normativas", en J.J.ÁLVAREZ RUBIO (Dir.), *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Pamplona, Aranzadi, pp. 151- 155.

F. MAJOROS (1976), *Les Conventions Internationales en matière de Droit privé. Abrégé theorique et traité pratique*, t.I., Paris.

J.M. MARTIN OSANTE (2005), "Novedades recientes en materia de política comunitaria de seguridad marítima" en *Mares y Océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores, XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, A Coruña, 22-24 de septiembre, pp. 517 y ss.

L. NENGYE y F. MAES (2009), "The European Union's role in the prevention of vessel-source pollution and its internal influence", *The Journal of International Maritime Law*, vol. 15, p. 413.

J. PUEYO LOSA, I. LIROLA DELGADO y J. JORGE URBINA (2003), " En torno a la revision del regimen jurídico internacional de seguridad maritime y protección del medio maritime a la luz del accidente del Prestige", *REDI*, Vol LV, núm. 1, p.43.

M. REMOND-GOUILLOUD (1993), "Quel avenir pour les Conventions de Bruxelles sur l'indemnisation des marées noires?", *D.M.F.*, nº 527, mayo, p. 260 y ss.

M. REQUEJO ISIDRO (2007), *Contaminación por hidrocarburos y responsabilidad civil : quién, cuánto, por qué*, Valencia, pp.473 y ss.

A. REY ANEIROS (2004), "Medidas técnicas para el reforzamiento de la seguridad marítima en aguas comunitarias" en R. CASADO RAIGAN (ed.) *L'Europe et la mer*, Paris, Bruylant, p. 684 y ss

M.J. RODRÍGUEZ DOCAMPO (2006), "Responsabilidad civil por contaminación", en A.EMPARANZA SOBEJANO (Dir.), *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, pp. 534-541.

E.M. RODRÍGUEZ GAYÁN (2003), "Claves de Derecho privado en el asunto Prestige", *REDI*, vol.LV, núm.1, p.117.

I. RODRÍGUEZ MANZANO y J.A. SOTILLO LORENZO (2003), "Relaciones internacionales, política exterior y cooperación para el desarrollo: reflexiones para un debate en el caso español", vol.LV, núm.1, p.149.

J.M. SOBRINO HEREDIA (2003), "La acción de la Unión Europea en materia de seguridad marítima", *REDI*, vol. LV, núm.1, pp. 79-116.

--(2003) "La acción de la Unión Europea en materia de seguridad marítima", *REDI*, Vol. LV, núm. 1, p.79.

-- (2004) "Una aproximación desde el Derecho comunitario a la catástrofe del Prestige", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, p. 856.

-- (2007), "La protección marítima, nueva dimensión de la política marítima en la Unión Europea", *RDCE*, nº27, pp.417-462.

T. TREVES (1999), "Il nuovo Diritto del Mare e le Convenzioni Internazionali sulla protezione dell'ambiente marino", *Il Diritto Marittimo*, I, pp.219-231.

M. VINAIXA MIQUEL (2008), "El levantamiento del velo en el Derecho internacional privado: Una problemática común en los casos de daños por contaminación causados por sociedades multinacionales" *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XXV, pp. 265-296.

F.L. WISWALL (1999), "United States Domestic Law and International Conventions: the few lights and the many shadows", *Il Diritto Marittimo*, I, pp.240-251.

Contrats nuptiaux internationaux et anticipation des conséquences financières du divorce: quel ordre public?

Estelle Gallant

École de Droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Abstract

Certaines législations permettent aux époux non seulement d'organiser conventionnellement leur régime matrimonial, mais aussi d'anticiper les conséquences financières de leur divorce, soit en fixant le montant de la somme que les époux pourront se réclamer, soit en excluant toute possibilité de solliciter une quelconque compensation financière lors du divorce. La réception de contrats nuptiaux soumis à une loi étrangère dans un ordre juridique moins permissif pose la question du rôle de l'ordre public international face à l'autonomie de la volonté, dans un contexte où tant le Règlement Aliments que le Protocole de La Haye cherchent à concilier les prévisions des parties avec une forme de justice alimentaire.

In some jurisdictions the law allows spouses not only to regulate their matrimonial property regime by agreement, but also to anticipate the financial consequences of their divorce, either by fixing the amount that such spouses may be allowed to claim to each other, or by ruling out any possibility of claiming any financial compensation. The receipt of a prenuptial agreement governed by a foreign law in a less lenient legal system raises the question of the role of international public policy as far as party autonomy is concerned, especially in a context where Maintenance Regulation and the Hague Protocol seek to balance the parties' forecast with a form of maintenance justice.

Title: International prenuptial agreements and anticipation of financial consequences of a divorce: which public policy?

Palabras clave : Droit international privé, Contrats nuptiaux internationaux, Divorce, Obligations alimentaires, Prestation compensatoire, Renonciation anticipée, Ordre public international, Autonomie de la volonté.

Keywords: Private international law, International prenuptial agreements, Divorce, Maintenance, Compensatory allowance, Anticipated renunciation, International public policy, Party autonomy.

Sumario

Introduction

1. Le contenu de l'ordre public

1.1. Les manifestations de l'exigence de justice alimentaire

1.2. L'anticipation n'est pas contraire à l'ordre public

1.3. Justice alimentaire et autonomie de la volonté ?

2. Les modes d'intervention de l'ordre public

2.1. Présentation des différentes clauses d'éviction

a) Clause d'exception de l'article 8§4

b) Clause spéciale d'ordre public de l'article 8§5

c) Clause générale d'ordre public de l'article 13

2.2. Combinaison des différentes clauses

a) Loi désignée par les parties

b) Absence de choix de loi

c) Loi choisie mais neutralisée par l'article 8§4

3. Conclusion

4. Bibliografía

Tabla de sentencias

Abreviaturas

Introduction

Si le droit français évolue depuis une vingtaine d'années vers une plus grande autonomie de la volonté des couples dans le règlement de leurs différends¹, encourageant les époux, les partenaires d'un PACS² ou même les concubins à conclure des conventions, il s'agit surtout de les inviter à l'obtention d'accords dans le cadre d'un litige déjà né. Les conventions d'anticipation, qui seraient conclues avant tout litige précisément pour préparer et prévoir l'issue de leur différend en cas de rupture sont relativement restreintes. Le droit français n'autorise en effet les couples qu'à organiser le régime de leurs biens et à anticiper la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux. Ainsi, des époux peuvent choisir leur régime matrimonial avant leur mariage ou changer de régime matrimonial en cours de mariage.

D'autres législations en revanche permettent aux époux non seulement d'organiser conventionnellement leur régime matrimonial, mais aussi d'anticiper les conséquences financières de leur divorce, soit en fixant le montant de la somme que les époux pourront se réclamer, soit en excluant toute possibilité de solliciter une quelconque compensation financière lors du divorce. Ces *prenuptial agreements*³, courants aux États-Unis et en Australie, mais aussi en Europe comme en Allemagne⁴, en Catalogne⁵ ou en Grande-Bretagne où ils sont récents⁶, sont rédigés dans un but de protection réciproque des époux⁷ et de prévisibilité. Une telle protection anticipée, fondée sur l'éventualité d'une rupture (conflictuelle) du mariage ou du PACS, a peu d'écho en France, où la solidarité matrimoniale prime encore sur l'autonomie de la volonté, sans compter que dans l'opinion publique l'idée est largement répandue selon laquelle il y aurait une antinomie à se marier tout en prévoyant concomitamment les conséquences financières de la rupture. Le droit français n'autorise en aucun cas les époux à régler par avance les conséquences

¹ En atteste encore la toute récente réforme issue de la *Loi de modernisation de la Justice du XXI^e siècle*, adoptée le 12 octobre 2016, mettant en place en droit français une procédure conventionnelle de divorce par consentement mutuel.

² Le PACS est le partenariat enregistré du droit français. Il s'agit du pacte civil de solidarité défini par l'article 515-1 du Code civil comme « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ». Les partenaires doivent au moment de l'enregistrement du PACS fournir une convention dans laquelle ils peuvent convenir d'un régime patrimonial autre que le régime légal : articles 515-3 et 515-5 du Code civil.

³ Ci-après : contrats nuptiaux.

⁴ Pour un aperçu de ce que permet le droit allemand, U-P. GRUBER, note sous Civ. 1^e, 8 juillet 2015, *Rev. crit. DIP* 2015. 126.

⁵ Voir l'article 231-20 du Code civil catalan : *Pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

⁶ Pour une étude détaillée du droit anglais, C. CHALAS, « Contrats de mariage et *nuptial agreements* : vers une acculturation réciproque ? », *JDI*, 2016. 781

⁷ L. PERREAU-SAUSSINE, « Les *prenuptial agreements* et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise. Propos introductifs », *Droit de la famille* n° 6, Juin 2015, dossier 29.

patrimoniales propres au divorce, qu'il s'agisse de la prestation compensatoire⁸ ou de l'allocation de dommages-intérêts. C'est ainsi que la jurisprudence s'oppose régulièrement à ce que des époux transigent sur leur droit futur à une prestation compensatoire⁹, à tout le moins tant que leur convention n'est pas réitérée dans le cadre de la procédure de divorce. Ce n'est en effet qu'une fois la procédure de divorce engagée que le droit français accorde une place importante à l'autonomie de la volonté, encourageant les accords entre époux aussi bien à propos de leurs relations patrimoniales qu'en ce qui concerne leurs enfants communs¹⁰.

Pour autant, les couples eux aussi se « mondialisent », et il n'est pas rare qu'une convention nuptiale conclue à l'étranger soit appelée à produire des effets dans un pays où la constitution n'en aurait pas été autorisée. Plus encore, pour peu que le couple entretienne des liens avec plusieurs États, il est probable qu'il insère dans sa convention une ou plusieurs clauses *d'electio juris* et d'élection de for¹¹. La question de sa réception dans un tel ordre juridique se pose alors nécessairement et appelle deux séries d'observations.

En premier lieu, il faut s'interroger sur l'instrument, le corps de règles applicable à une telle convention. Si les contrats de mariage « classiques » conclus avant ou pendant le mariage ayant pour objectif de déterminer quel régime matrimonial s'appliquera aux époux sont nécessairement soumis à la catégorie des régimes matrimoniaux et à la règle de conflit afférente¹², il n'en va pas de même des dispositions contenues dans les conventions

⁸ La prestation compensatoire est fondée sur l'idée de compenser, autant que possible, la disparité que crée la rupture du mariage dans les conditions de vie des époux. Elle dépasse le seul caractère alimentaire et s'affranchit d'un caractère indemnitaire car elle peut être due sans considération des torts de l'un ou l'autre époux.

⁹ Civ. 1^e, 3 février 2004, n°01-17.094 ; *AJ Famille* 2004. 101, obs. S. DAVID ; *Revue trimestrielle de droit civil* 2004. 272, obs. J. HAUSER ; *Revue juridique Personnes et Famille* 2004. 15, obs. Th. GARE. Civ. 1^e, 8 avril 2005, n°03-17.923 ; *AJ Famille* 2005. 232, obs. S. DAVID ; *Defrénois* 2005, Art. 38278, n°83, obs. J. MASSIP.

¹⁰ Article 268 du Code civil. Sur ce point, V. C. CHALAS, Article préc. note 6, spéc. p. 820 et s.

¹¹ Les instruments de droit international privé conventionnels ou européens en vigueur autorisent en effet :
- le double choix de loi et de juge en matière d'obligations alimentaires (*Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, ci-après *Protocole de La Haye* et *Règlement (CE) n°4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*, ci-après *Règlement Aliments*)

- le seul choix de loi en matière de divorce (*Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, « Rome III » mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps* ci-après *Règlement Rome III*) et de régimes matrimoniaux (*Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, non en vigueur en Espagne).

L'autonomie de la volonté est toutefois appelée à se développer encore car deux règlements en vigueur au 29 janvier 2019 permettront de choisir loi et juge en matière de régimes matrimoniaux (*Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux*) et de partenariats enregistrés (*Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*).

¹² Déterminée par la Convention de La Haye de 1978 en France (non en vigueur en Espagne) pour les contrats conclus avant le 29 janvier 2019. À partir de cette date, le *Règlement Régimes matrimoniaux* entrera en vigueur dans les États membres de l'Union européenne participant à la coopération renforcée, dont la

nuptiales qui concernent les obligations alimentaires et notamment la question de la compensation financière due après divorce. L'élargissement du champ matériel des conventions pré-nuptiales conduit en effet nécessairement à leur dépeçage¹³, impliquant ainsi que les clauses relatives au régime matrimonial soient soumises à la loi applicable au régime, tandis que celles relatives à la compensation financière soient soumises à la catégorie obligations alimentaires. Il est en effet acquis depuis la jurisprudence *De Cavel II* du 6 mars 1980 que la prestation compensatoire du droit français doit être assimilée à une obligation alimentaire aux fins de détermination de la compétence judiciaire internationale¹⁴. Le critère retenu par la Cour de justice est le suivant : si la « *prestation est destinée à assurer l'entretien d'un époux dans le besoin ou si les besoins et les ressources de chacun des époux sont pris en considération pour déterminer son montant, la décision a trait à une obligation alimentaire. En revanche, lorsque la prestation vise uniquement à la répartition des biens entre les époux, la décision concerne les régimes matrimoniaux* »¹⁵. La jurisprudence française avait adopté le même raisonnement en matière de loi applicable à propos de la mise en œuvre de la convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires¹⁶. Cette jurisprudence peut parfaitement être transposée au règlement Aliments et au Protocole de La Haye qui sont venus réformer les règles de droit international privé en matière d'obligations alimentaires¹⁷.

Un tel dépeçage impliquera cependant assurément des difficultés de qualification dans l'hypothèse de conventions conclues sous l'empire de droits qui, à l'instar du droit anglais, ne distinguent pas entre le régime et les conséquences financières du divorce¹⁸.

Une fois la qualification obligation alimentaire obtenue, encore faut-il s'interroger sur le point de savoir si les instruments internationaux relatifs aux aliments accueillent en leur sein les accords conclus entre époux anticipant les conséquences financières de leur

France et l'Espagne. Voir l'article 69 du règlement pour les dispositions transitoires et le Considérant n° 11 pour la liste des 18 États membres participant à la coopération renforcée, cette liste étant éventuellement appelée à évoluer dans l'avenir.

¹³ C. CHALAS, note sous Civ. 1^e, 8 juillet 2015, *JDI* 2016. Comm. 2, p. 117. L. PERREAU-SAUSSINE, préc., spéc. n°5.

¹⁴ CJCE, 6 mars 1980, Aff. 120/79, *Rev. crit. DIP* 1980, pp. 614, note G. DROZ, rendu à propos de l'article 5-2 de la Convention de Bruxelles de 1968.

¹⁵ CJCE 27 février 1997, *Van den Boogard*, Aff. C-220/95, spéc. point 25, *Rev. crit. DIP* 1998. 466, note G. DROZ.

¹⁶ Civ. 1^e, 16 juillet 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 269, note P. COURBE ; *Dalloz* 1993, p. 476, note K. SAÏDI ; *JCP* 1993. II. 22138, note J. DEPREZ ; *Defrénois* 1993, p. 292, note J. MASSIP.

¹⁷ Textes précités *supra* note n°11.

¹⁸ Sur ce point, M-L. NIBOYET, « Le remède à la fragmentation des instruments européens de droit international privé (à la lumière de la porosité des catégories « alimony » et « matrimonial property » en droit anglais », in *Mélanges Bernard Audit*, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 552. C. CHALAS, article préc. *supra* note 6, spéc. p. 805 et s. L. PERREAU-SAUSSINE, « Les prenuptial agreements et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise » (Dir.) *Droit de la famille* n° 6, Juin 2015, dossier 28 à 32.

divorce. Autrement dit, le règlement Aliments et le protocole de La Haye s'appliquent-ils aux accords conclus à propos d'une prestation compensatoire, y compris aux accords conclus au moment du mariage ou en tout état de cause avant que la procédure de divorce ne soit engagée ? Le défaut de toute exclusion explicite par les textes, ainsi que la promotion par ces mêmes textes de l'autonomie de la volonté en termes de choix de loi applicable et de juge compétent, invitent sans hésitation à une réponse positive¹⁹.

En second lieu, la réception de contrats nuptiaux soumis à une loi étrangère dans un ordre juridique moins permissif posera la question du rôle de l'autonomie de la volonté et de son éventuelle limitation par l'ordre juridique du for. « Le prodigieux développement du domaine de l'autonomie de la volonté »²⁰ auquel nous assistons, et notamment en matière familiale, trouve sa justification dans l'idée de prévisibilité : c'est en contemplation d'un résultat matériel auquel elles souhaitent parvenir que les parties choisissent tel juge et/ ou telle loi. Les conventions nuptiales en sont l'illustration parfaite où l'autonomie de la volonté est déclinée sur deux plans : d'une part les parties conviennent des conséquences financières de leur divorce –renonciation à toute compensation financière ou détermination d'un montant plafond de la compensation qui sera due- et d'autre part les parties bien souvent le font en contemplation d'une loi particulière, sous l'empire de laquelle elles se sont placées lors de l'accord. L'autonomie de la volonté revêt ainsi une double dimension : matérielle ou substantielle -c'est l'accord sur les conséquences financières du divorce- et conflictuelle lorsqu'elle a pour objet la désignation de la loi applicable ou du juge internationalement compétent²¹.

Quoi qu'il en soit, que la loi applicable ait été ou non désignée, la convention anticipée des époux sur les conséquences financières du divorce régie par une loi qui l'autorise, pose certainement une difficulté au juge français. Le choix substantiel réalisé par les parties, même justifié, même encadré, peut se heurter à l'ordre public international. Toute la question est alors de savoir ce qui est réellement contraire à l'ordre public en matière de conventions nuptiales (1) et comment les instruments internationaux (et notamment le protocole de La Haye) organisent le jeu de l'ordre public et ses modes d'intervention (2).

¹⁹ A. BONOMI, « Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 relatif à la loi applicable aux obligations alimentaires », spéc. n°32, www.hcch.net. Un arrêt rendu par la Cour de cassation (française) peut aussi être analysé en ce sens, même si cet arrêt prête à discussion par ailleurs : 1^e chambre civile, 8 juillet 2015, n° n°14-17.880, étudié *infra* et cité note n°35.

²⁰ H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'ou ? », *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 255.

²¹ S. CORNELOUP, « Entre autonomie conflictuelle et autonomie substantielle : le choix du futur Droit commun européen de la vente. À propos de la proposition de règlement de la Commission européenne du 11 octobre 2011 », *Mélanges Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis 2013, pp. 367-386. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ 2015, pp. 868-885. La question se posera toutefois de savoir si les deux aspects de l'autonomie de la volonté peuvent être dissociés, V. *infra* 2, 2.2, b).

1. Le contenu de l'ordre public

La question de l'ordre public alimentaire n'est pas nouvelle en droit international privé français. En dehors des cas où l'autonomie de la volonté aurait été exercée, cet ordre public repose traditionnellement sur l'exigence d'une certaine justice alimentaire (1.1). Toutefois, une telle exigence ne semble pas avoir été requise dans les cas où les parties se seraient accordées pour déterminer les conséquences financières de leur rupture (1.2). Un arrêt récent semble pourtant remettre en cause cette grille de lecture et mêler les deux tendances de sorte que la question se pose et alors que les règles du droit international privé alimentaire ont été modifiées par le règlement Aliments et le Protocole de La Haye : l'idée de justice alimentaire peut-elle venir contrecarrer le choix des parties dans le cadre d'une convention nuptiale ? (1.3).

1.1. Les manifestations de l'exigence de justice alimentaire

La justice alimentaire constitue depuis toujours une préoccupation d'ordre public international. Entre parents et enfants d'abord, puisque l'ordre public permet d'assurer « *le minimum d'assistance de la loi française* »²², mais aussi entre les époux. Pendant le mariage l'obligation alimentaire est considérée comme « *une règle fondamentale de l'ordre public français* »²³, tandis qu'en cas de divorce, la loi étrangère qui ne prévoit aucune compensation ou réparation financière pour l'épouse est contraire à l'ordre public international français²⁴. Il en va de même si la loi étrangère prévoit une allocation mais que celle-ci est insuffisante²⁵.

Plus encore, l'allocation suffisante de subsides ou d'une compensation financière a pu, un temps, constituer un rempart au déclenchement de l'ordre public à l'encontre de législations qui autorisaient les répudiations de l'épouse par l'époux²⁶ ou interdisaient à un enfant d'établir sa filiation paternelle hors mariage²⁷. Il s'agissait en effet de ne pas déclarer de telles situations contraires à l'ordre public dès lors que l'épouse répudiée ou l'enfant privé de sa filiation paternelle pouvait percevoir une allocation suffisante. Ces solutions ont, depuis, été abandonnées, au profit d'un ordre public de fond centré sur le principe

²² Civ. 1^e, 19 oct. 1971, *Darmouni*, *Rev. crit. DIP* 1973. 70, note M. SIMON-DEPITRE ; *D.* 1972. 633, note Ph. MALAURIE.

²³ Civ. 1^e, 17 déc. 1958, *Valentinis*, *Rev. crit. DIP* 1959. 691, note J. DEPREZ.

²⁴ Civ. 1^e, 16 juillet 1992, *Rev. crit. DIP* 1993. 269, note P. COURBE ; *D.* 1993. 476, note K. SAÏDI ; *JCP G* 1993. II. 22138, note J. DEPREZ ; *Deffrénois* 1993. 292, note J. MASSIP.

²⁵ CA Aix-en-Provence, 10 mai 1998, *JDI* 1999. 316, note A. BENCHENEB. Civ. 1^e, 28 novembre 2006, *Rev. crit. DIP* 2007. 584, note N. JOUBERT.

²⁶ Civ. 1^e, 3 novembre 1983, *Rhobi*, *Rev. crit. DIP* 1984. 325, note I. FADLALLAH ; *JCP* 1984. II. 20131, concl. GULPHE ; *JDI* 1984. 329, note Ph. KAHN.

²⁷ Civ. 1^e, 3 novembre 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 495, note J. FOYER ; *JDI* 1989. 703, note F. MONÉGER.

d'égalité entre hommes et femmes²⁸ ou entre enfants²⁹, mais l'obtention d'un montant minimum de ressources reste bien un standard requis dans le cadre de décisions dont l'objet principal est l'attribution d'aliments à celui qui en fait la demande.

La solution est tout autre lorsque les parties en ont décidé autrement. Leur accord, si tant est qu'il soit permis par la loi applicable à leur relation alimentaire, peut en effet conduire à fixer un montant de la somme qui sera versée en cas de rupture, ou –plus radical– impliquer que les époux ou l'un d'entre eux ne percevront aucun bien ou aucune somme d'argent à titre de compensation ou de réparation. La jurisprudence s'est en effet montrée plutôt accueillante à l'égard de telles conventions.

1.2. L'anticipation n'est pas contraire à l'ordre public

Impossible en droit interne³⁰, l'anticipation conventionnelle des conséquences financières de la rupture n'est pas jugée contraire à l'ordre public international par la jurisprudence traditionnelle, qu'il s'agisse de fixer le montant de la compensation financière ou bien d'y renoncer purement et simplement.

La jurisprudence française a d'abord considéré qu'une convention nuptiale portant sur l'obligation alimentaire, et plus précisément sur la prestation compensatoire, n'est pas contraire à l'ordre public international³¹. La solution était justifiée par le recours à la théorie de l'effet atténué de l'ordre public, selon laquelle « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* »³². C'est ainsi qu'une renonciation anticipée à la prestation compensatoire n'a pas été jugée contraire à l'ordre public international³³.

²⁸ Civ. 1^e, 17 février 2004, *Rev. crit. DIP* 2004.0423, note P. HAMMJE ; *JDI* 2004. 1200, note L. GANNAGE.

²⁹ Civ. 1^e, 10 février 1993, *Latouz*, *Rev. crit. DIP* 1993. 620, note J. FOYER ; *JDI* 1994. 124, 1^e esp. Note I. BARRIERE-BROUSSE.

³⁰ V. *supra* note 9.

³¹ Cour d'appel de Paris, 18 juin 1971, *JDI* 1972. 823, note Ph. MALAURIE ; *Dalloz* 1971. 416, concl. GRANJON. Civ. 1^e, 7 novembre 1972, *Todorovitch*, *JDI* 1973. 700, note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE ; *Rev. crit. DIP* 1973. 691, note G. WIEDERKEHR.

³² Arrêt *Rivière*, 17 avril 1953, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Dalloz* 2006, n°26, pp. 232-244 ; *Rev. crit. DIP* 1953. 412, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1953. 860, note R. PLAISANT ; *JCP* 1953. II. 7863, note J. BUCHET ; *Rabels Zeitschrift* 1955. 520, note Ph. FRANCESCAKIS.

³³ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 14 mars 2002, n°98/12029.

L'entrée en vigueur du règlement Aliments et du Protocole de La Haye de 2007 n'est assurément pas de nature à remettre en cause cette solution. Si la renonciation à tout droit alimentaire fait bien l'objet d'une disposition particulière, ce n'est pas en considération de ce qu'elle implique matériellement, mais uniquement du fait qu'elle doit être régie impérativement par une loi que connaît le créancier³⁴. Le choix de loi que les parties auraient pu réaliser se trouve ainsi neutralisé par le protocole. Il n'en reste pas moins que les parties restent libres de renoncer à leurs droits alimentaires dans la mesure et aux conditions de la loi de la résidence habituelle du créancier.

1.3. Justice alimentaire et autonomie de la volonté ?

Rendu en application du Règlement Aliments et du Protocole de La Haye, un arrêt récent de la Cour de cassation française semble modifier la grille de lecture jusque-là adoptée par la jurisprudence³⁵.

Les faits étaient simples : un couple de franco-allemands résidant habituellement en Allemagne avait conclu un contrat nuptial, contenant diverses clauses, les unes ayant pour objet de régir leurs relations patrimoniales pendant le mariage, les autres ayant pour finalité de prévoir les conséquences financières d'un éventuel divorce. À cet égard, les époux avaient convenu de renoncer à toute compensation financière en cas de divorce comme l'autorise le droit allemand. Lors du divorce, l'épouse, ayant depuis établi sa résidence habituelle en France, demande au juge français une prestation compensatoire. Les juges du fond la lui refusent au motif que les époux avaient renoncé conventionnellement à toute forme de compensation en cas de divorce. La Cour de cassation casse toutefois l'arrêt de la Cour d'appel, reprochant aux juges du fond de ne pas avoir concrètement recherché si les effets de la loi allemande n'étaient pas contraires à l'ordre public international³⁶.

En premier lieu, les critiques liées à cet arrêt portent notamment sur le raisonnement que semble avoir suivi la Cour de cassation. D'abord, elle rend sa décision sur le fondement du Règlement Aliments et du Protocole de La Haye sans s'expliquer sur leur applicabilité, ni temporelle, ni matérielle³⁷. Ensuite et surtout, elle considère que la loi allemande était

³⁴ Article 8 § 4 du Protocole de La Haye, examiné en détail *infra* 2^e partie.

³⁵ Civ. 1^e, 8 juillet 2015, n°14-17.880, *JDI* 2016, p. 1147, Comm. 18, note P. DE VAREILLES-SOMMIERES ; *JDI* 2016. Comm. 2, p. 117, note C. CHALAS. ; *Revue juridique Personnes et Famille*, oct. 2015.20, note S. GODECHOT-PATRIS ; A. BOICHE, « Clause d'élection de loi applicable, protocole de La Haye, prestation compensatoire, ordre public : les confusions de la Cour de cassation » : *AJ famille* 2015, p. 492 ; *JCP* 2015. 1024, note E. FONGARO ; *JCP G* 2015. 982, obs. M. Farge et H. Bosse-Platière ; *Rev. crit. DIP* 2016. 126, note U P. GRUBER.

³⁶ Selon la Cour de cassation, il incombait à la Cour d'appel « de rechercher, de manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français ».

³⁷ Il apparaît toutefois que l'on puisse considérer que le Protocole ait été applicable, puisque les aliments demandés l'étaient pour une période postérieure à la date d'entrée en vigueur du texte. La solution était

applicable. Or, dans les circonstances qui entouraient l'affaire, rien n'était moins sûr, et il aurait au moins fallu que la Cour de cassation donne quelques explications pour justifier l'applicabilité de la loi allemande³⁸.

En second lieu, quoi qu'il en soit de ces questionnements sur le raisonnement suivi ou qu'aurait dû suivre la Cour de cassation, la solution doit être envisagée sur le terrain de l'ordre public. En affirmant que la Cour d'appel aurait dû rechercher de manière concrète si les effets de la loi applicable n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public, la Cour de cassation ne dit pas que la renonciation est en elle-même contraire à l'ordre public. L'autonomie de la volonté matérielle n'est donc pas condamnée en tant que telle. Les époux peuvent ainsi, si la loi applicable le permet, renoncer à toute compensation financière. On pourrait dès lors penser que l'arrêt s'inscrit dans le cadre de la jurisprudence traditionnelle vue précédemment³⁹.

Toutefois, toute intervention de l'ordre public n'est pas écartée, puisque la Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils examinent concrètement la situation des époux au moment du divorce au regard de l'ordre public. Ce faisant, la Cour de cassation se place dans la logique d'une appréciation *in concreto* de l'ordre public international : ce n'est pas tant le contenu de la loi étrangère qui est ou n'est pas contraire à l'ordre public –en l'espèce la loi allemande autorisant la renonciation à la créance alimentaire–, que le résultat auquel conduit l'application de cette loi à une situation donnée⁴⁰. Or, admettre au nom de l'ordre public un examen *a posteriori* –au moment du divorce– des conséquences d'une renonciation anticipée à toute créance alimentaire en cas de divorce conduit inévitablement à donner au juge l'opportunité de priver d'effet cette renonciation conventionnelle. L'anticipation n'est pas en elle-même contraire à l'ordre public, mais elle peut l'être si concrètement, au moment du divorce, la situation de l'époux qui a renoncé ou bien qui a accepté un montant déterminé, se révèle telle que les valeurs défendues par l'ordre public du for s'en trouveraient heurtées.

Or, il est permis de s'interroger sur le contenu de cet ordre public alimentaire apprécié *in concreto* : quelles sont en effet les circonstances qui seront de nature à conduire la Cour d'appel de renvoi⁴¹ à considérer que les effets de la loi allemande sont contraires à l'ordre

moins évidente pour le Règlement, mais seule la question de la loi applicable était en l'espèce discutée. Pour de plus amples détails, voir les commentaires et observations réalisés sous cet arrêt, précités *supra* note 35.

³⁸ Nous reviendrons sur ce point *infra*, en 2^e partie, 2.2, b).

³⁹ V. *supra* 1.2.

⁴⁰ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, note sous Civ. 1^e, 8 juillet 2015, *JDI* 2015. 1147, Comm. 18. Voir aussi, en général, P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ 2014, 11^e éd., spéc. n°211 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, spéc. p. 153 et s.

⁴¹ Après un arrêt de cassation, l'affaire doit être de nouveau examinée par les juges du fond, lesquels se conformeront en principe aux exigences de la Cour de cassation pour que la règle de droit soit bien

public ? On pourrait voir dans cet arrêt de cassation une invitation pour les juges du fond à transposer aux hypothèses où les parties se sont entendues sur le sort des conséquences financières de leur divorce, les exigences tendant à obtenir pour le créancier une garantie financière suffisante, traditionnellement réservées aux hypothèses hors conventions entre époux⁴². L'arrêt de juillet 2015 contribuerait dès lors à imprimer aux conventions de renonciation anticipée l'esprit qui anime l'ordre public alimentaire dans le cadre des relations entre époux qui n'ont rien convenu. Cet ordre public alimentaire viendrait par conséquent constituer un rempart contre l'autonomie de la volonté jusqu'à présent admise sans limite en matière alimentaire. Or, si une telle idée peut être admise dans les cas où les époux se sont mis d'accord par convention pour fixer un montant des sommes dues après divorce –et bien qu'elle soit discutable sur le plan de la prévisibilité et de la sécurité juridique- elle est en revanche plus difficilement concevable dans les cas où les époux ont convenu de renoncer à tout droit alimentaire en cas de rupture. Comment en effet admettre tout à la fois l'idée d'une renonciation à tout droit alimentaire et exiger dans le même temps qu'un minimum soit garanti ? En réalité, le paradoxe pourrait n'être qu'apparent. En effet, il ne faut pas oublier que c'est la situation concrète de l'époux qui se prétend créancier qui est prise en compte au nom de l'ordre public. Ainsi, bien que non exprimé directement dans l'arrêt⁴³, ce qui pourrait être contraire à l'ordre public c'est la situation d'extrême précarité dans laquelle l'époux pourrait se trouver du fait de la renonciation à ses droits alimentaires. Mais, et la question a été judicieusement posée en doctrine⁴⁴, encore faut-il savoir si la situation de l'époux sera examinée uniquement au regard des seules dispositions alimentaires, ou bien résultera d'une appréciation d'ensemble des dispositions alimentaires et de celles qui régissent le régime matrimonial. Il semble qu'eu égard à un ordre public restrictif⁴⁵, une appréciation de la situation globale des époux serait plus adaptée.

Cet ordre public semble être le fruit d'une part d'une conception matrimoniale propre au droit interne français, faisant ressurgir une forme de solidarité matrimoniale jusque dans les effets du divorce pourtant conventionnellement organisés et, d'autre part, d'une forme de justice alimentaire traditionnellement protégée hors des hypothèses d'exercice de l'autonomie de la volonté. Une telle solution n'est pas sans susciter d'interrogations, précisément au moment où le droit international privé alimentaire européen s'est vu totalement modifié, du fait de l'entrée en vigueur dans les États membres de l'Union

appliquée. En l'espèce, il faut donc attendre l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi pour connaître le fin mot de l'histoire.

⁴² Issues de la jurisprudence étudiée *supra* 1.1.

⁴³ Contrairement à d'autres Cours suprêmes étrangères, les arrêts de la Cour de cassation française sont réputés pour leur laconisme et leur concision parfois poussés à l'extrême, laissant ainsi le champ libre aux interprétations et questionnements. La doctrine française a alors, parmi d'autres, pour tâche de chercher à expliciter et de commenter les décisions rendues.

⁴⁴ C. CHALAS, article préc. *supra* note 6, *JDI* 2016, spéc. n°76.

⁴⁵ V. *infra*, article 13 du Protocole de La Haye.

européenne du règlement Aliments⁴⁶ et du Protocole de La Haye de 2007⁴⁷. Ces instruments assurent en effet la promotion, à divers égards, de l'autonomie de la volonté, mais ils contribuent également, par diverses méthodes, à assurer une forme de justice matérielle entre les parties et tendent à réduire la disparité qui peut être créée dans la relation alimentaire entre le créancier, partie par hypothèse vulnérable, et le débiteur. Il convient dès lors de s'intéresser aux mécanismes d'ordre public mis en place par le Protocole de La Haye et plus précisément aux liens entre ces mécanismes et l'exercice de l'autonomie de la volonté, au travers des clauses d'anticipation financière contenues dans les conventions matrimoniales.

2. Les modes d'intervention de l'ordre public

La protection du créancier est au cœur du dispositif actuel⁴⁸ -représenté par le tandem Règlement Aliments et Protocole de La Haye- dont la particularité est de distinguer selon le degré de vulnérabilité du créancier et de proposer des solutions adaptées⁴⁹. Ainsi par exemple, le Protocole garantit une certaine faveur aux aliments, en assurant au créancier l'octroi d'aliments lorsque la loi applicable n'en procure pas⁵⁰. Par exemple encore, le Protocole de La Haye enjoint au juge de fixer les aliments au regard des besoins et des

⁴⁶ Le règlement Aliments est applicable dans tous les États membres de l'Union, à l'exception du Danemark où il fait l'objet d'une application différenciée. Sur ce point, V. B. Ancel et H. Muir Watt, « Aliments sans frontières. Le règlement CE n°4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires », *Rev. crit. DIP* 2010, 457, n°7, note n°22. - M. Traest, « Quelques aspects concernant l'application dans l'espace du nouveau règlement européen n°4/2009 en matière d'obligations alimentaires », [Revue@dipr.be](http://www.dipr.be), 2010, n°2, 105, spéc. n°6 et s. E. Gallant, « Règlement n° 4/2009/CE du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires », *Droit processuel civil de l'Union européenne*, (Dir. L. Cadiet, E. Jeuland, S. Amrani-Mekki), LexisNexis 2011, p. 99, spéc. n°293.

⁴⁷ Le protocole de La Haye n'est applicable ni au Royaume-Uni, ni au Danemark.

⁴⁸ B. ANCEL et H. MUIR-WATT, « Aliments sans frontières. Le règlement CE n°4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires », *Rev. crit. DIP* 2010, 457, spéc. n°1.

⁴⁹ E. GALLANT, « Le nouveau droit international privé alimentaire de l'Union : du sur-mesure pour les plaideurs », *Revue Europe* Février 2012, Étude 2, spéc. n°3.

⁵⁰ Article 4 du Protocole de La Haye : « La loi du for s'applique lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi mentionnée à l'article 3 ». Il s'agit d'une règle de conflit en cascade qui tend à assurer au créancier l'obtention d'aliments que la loi en principe applicable lui refuserait. Elle ne s'applique pas dans les hypothèses où les parties ont choisi la loi applicable. Une telle faveur à l'obtention des aliments était déjà présente dans la convention de La Haye de 1973, mais elle voit son cercle de bénéficiaires diminuer dans le nouveau système, puisqu'elle ne bénéficie désormais qu'aux enfants, aux parents, et aux personnes de moins de 21 ans vis-à-vis de tiers autres que les parents ou époux.

ressources des parties, et d'ignorer au besoin la loi applicable qui en disposerait autrement⁵¹.

La consécration de l'autonomie de la volonté par le Protocole, en sa forme conflictuelle comme matérielle, trouve sa justification dans l'objectif de sécurité juridique, et plus précisément dans celui d'assurer une forme de prévisibilité pour les parties, y compris celles qui se trouveraient dans une certaine situation de faiblesse⁵². La question se pose alors de savoir comment assurer cet équilibre entre ces deux objectifs que sont d'une part l'autonomie de la volonté et d'autre part la protection du créancier, et quel est à cet égard le rôle de l'ordre public. Le protocole de La Haye prévoit plusieurs mécanismes destinés à lutter contre les déséquilibres dans la relation alimentaire par le biais de différentes clauses d'éviction de la loi applicable (2.1), dont la combinaison et l'articulation appellent quelques remarques (2.2).

2.1. Présentation des différentes clauses d'éviction

Comme tous les instruments internationaux ou européens contemporains, le Protocole de La Haye prévoit le jeu de l'exception d'ordre public dans des termes qui sont désormais récurrents et qui impliquent que la contrariété à l'ordre public du for soit « manifeste ». À cette clause générale d'ordre public (c), s'ajoutent des clauses spéciales dont la nature et le régime peuvent être discutés mais qui ont en commun de conduire à l'éviction de la loi choisie par les parties pour régir leurs relations alimentaires après la rupture (a et b).

a) Clause d'exception de l'article 8§4

Un premier mécanisme d'éviction réside dans l'article 8 § 4 du Protocole de La Haye :

« Nonobstant la loi désignée par les parties en vertu du paragraphe premier, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier, au moment de la désignation, détermine si le créancier peut renoncer à son droit à des aliments ».

Cette disposition concerne la seule renonciation aux aliments⁵³. Elle permet d'évincer la loi désignée par les parties pour lui substituer la loi de la résidence habituelle du créancier, au moment où la désignation de la loi applicable a été effectuée. Imaginons ainsi un couple franco-allemand résidant habituellement en France, qui conclut une convention

⁵¹ Article 14 du Protocole de La Haye : « Même si la loi applicable en dispose autrement, il est tenu compte au moment de la fixation du montant des aliments, des besoins du créancier et des ressources du débiteur ainsi que de toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments ».

⁵² H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », préc. *supra* note n°20, spéc. p. 261.

⁵³ La notion est entendue largement : il s'agit aussi bien des cas où les parties ont choisi une telle renonciation, mais aussi des cas où la loi choisie n'accorderait aucun aliment, V. A. BONOMI, « Rapport explicatif », n°149.

matrimoniale dans laquelle les époux renoncent à toute compensation financière en cas de divorce et dans laquelle ils désignent la loi allemande. Cette clause de choix de loi, bien que remplissant les conditions de validité exigées par le protocole⁵⁴, sera pourtant neutralisée par l'article 8 § 4 qui lui substitue la loi française de la résidence habituelle du créancier au moment de la désignation. Dans une telle hypothèse, le droit français interdisant toute possibilité de conclure des accords anticipés quant aux conséquences financières du divorce, l'accord des époux sur ce point ne pourra pas produire effet, quand bien même auraient-ils déménagé depuis en Allemagne.

La nature méthodologique de l'article 8§4 suscite l'interrogation, et notamment sur le point de savoir si elle emprunte au mécanisme d'ordre public. En doctrine, les auteurs ont parfois évoqué une clause spéciale d'ordre public⁵⁵, ou « un mécanisme comparable à celui des lois de police »⁵⁶. Il n'est pas simple de trancher la question. En premier lieu on pourrait penser qu'aucun des mécanismes d'ordre public ou de loi de police n'est concerné par l'article 8§4. En effet, si ce dispositif évince la loi désignée par les parties, ce n'est en apparence ni en raison d'un impératif matériel donné, ni en raison du contenu de la loi choisie⁵⁷. La loi désignée par les parties est simplement évincée au profit d'une loi, peu important sa teneur également, que le créancier est censé connaître. Par cette disposition, le protocole ne cherche pas nécessairement à interdire les renonciations ni à les encadrer par des garanties matérielles, il veut seulement s'assurer que la renonciation est régie par une loi que le créancier *connaît*, puisqu'il s'agit de la loi de sa résidence habituelle au moment de la désignation de la loi applicable. Le seul impératif poursuivi alors par la règle est un impératif de proximité, dont le mécanisme se rapproche par conséquent bien plus de celui de la clause d'exception, c'est-à-dire d'un mécanisme correcteur destiné à remplacer la loi en principe applicable par une loi qui entretient des liens plus étroits avec la situation⁵⁸. En second lieu toutefois, il est difficile d'affirmer que la disposition est vierge de tout objectif matériel, puisqu'elle a tout de même pour finalité de protéger les parties contre un choix de loi qui les priverait de tout aliment alors que la loi de la résidence habituelle du créancier – objectivement applicable – leur en octroierait. Cela dit, le mécanisme ne permet pas de s'assurer à l'avance de la teneur de la loi de la résidence habituelle, laquelle peut être plus protectrice ou non. En effet, le libellé de l'article 8§5 tel qu'interprété par le rapport

⁵⁴ Voir les dispositions de l'article 8 § 2 du Protocole de La Haye.

⁵⁵ Voir C. CHALAS, note sous Civ. 1^e, 8 juillet 2015, préc. *supra* note 35.

⁵⁶ A. PANET, « Le statut personnel en droit international privé européen. Les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté ? », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 837, spéc. p. 842.

⁵⁷ A. BONOMI, « Rapport explicatif », n°148 : cette disposition « comporte une limitation au domaine d'application de la loi choisie par les parties ; quel que soit le contenu de cette loi, la possibilité de renoncer au droit aux aliments, ainsi que les conditions d'une telle renonciation, restent soumises à la loi de la résidence habituelle du créancier.

⁵⁸ H. MUIR-WATT et D. BUREAU, *Droit international privé*, PUF, 2014, 3^e éd., spéc. n°521. P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ, 2014, 11^e éd., spéc. n°512. Sur le principe de proximité et les clauses d'exception, voir P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1986. I. tome 196, pp. 9-238.

Bonomi, indique une forme d'automaticité dans le mécanisme de substitution de la loi de la résidence habituelle à la loi choisie : toute la question de la renonciation, qu'il s'agisse de sa possibilité ou de ses conditions, est soustraite au domaine de la loi choisie pour être soumise à la loi de la résidence habituelle, quelle que soit la teneur des lois en présence⁵⁹. Il en résulte qu'à chaque fois que des parties auront renoncé à leurs droits alimentaires en désignant une loi qui l'autorise, la loi plus protectrice de leur résidence habituelle leur permettra d'obtenir des aliments. Mais il en résulte également qu'une loi de résidence habituelle qui autorise la renonciation à des conditions plus libérales devrait également être appliquée. La seule chose que le mécanisme de l'article 8§5 garantit, c'est l'application de la loi de la résidence habituelle à la question de la renonciation aux aliments.

b) Clause spéciale d'ordre public de l'article 8§5

Le protocole de La Haye contient une seconde disposition propre à évincer la loi choisie par les parties. Il s'agit de l'article 8§5 :

« À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties »

S'agissant de sa nature méthodologique, à la différence de l'article 8§4, l'article 8§5 est clairement fondé sur des considérations d'ordre public : la loi choisie par les parties pourra en effet être évincée *« lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties »*. Elle se rapproche dès lors d'une clause spéciale d'ordre public⁶⁰, dont l'esprit correspond tout à fait au contenu de l'ordre public alimentaire retenu en droit international privé français. Toutefois, pour épouser exactement les contours d'une clause d'ordre public, il faudrait d'abord que la disposition, en plus de déterminer l'objet de la contrariété à l'ordre public du for, définisse le lien qui doit exister avec le for afin de déclencher l'éviction de la loi désignée. L'article 8§5 ne précise pas ce lien, lequel résultera finalement des critères qui ont permis de fonder la compétence judiciaire du juge qui statue⁶¹. Ensuite, il faudrait que la loi désignée soit

⁵⁹ A. Bonomi, « Rapport explicatif », n°148.

⁶⁰ Certains auteurs l'ont qualifiée de clause d'exception, sans doute en raison de sa vertu correctrice : C. NOURISSAT, *AJ Fam.* 2009, p. 101, n°28 ; H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 255-272, spéc. p. 266, tandis que d'autres l'ont simplement qualifiée de « clause échappatoire », A. BONOMI, « Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 relatif à la loi applicable aux obligations alimentaires », [www.hcch.net, spéc. n°151](http://www.hcch.net/spéc.n°151) ; C. CHALAS, *note préc. JDI 2016 et article préc., spéc. n°74*.

⁶¹ Pour ce type de clause spéciale d'ordre public sans lien avec le for, voir l'article 10 du Règlement Rome III. N. JOUBERT, « Commentaire des articles 10, 12 et 13 du Règlement Rome III », in *Droit européen du divorce*, (Dir. S. Corneloup), LexisNexis 2013, pp. 593-629, spéc. p. 602, n°16. V. aussi B. BOURDELOIS, « Relations familiales internationales et *professio juris* », *Mélanges Bernard Audit*, LGDJ 2014, pp. 134-154, spéc. p. 142.

évincée au profit de la loi du for. Or, dans le cadre de l'article 8§5, il semble que la loi choisie par les parties doit être évincée non pas au profit de la loi du for, mais de la loi objectivement applicable⁶², dont on ne connaît pas le contenu par avance. Celle-ci n'étant pas nécessairement plus favorable aux parties que la loi choisie, le juge devra alors se livrer à une sorte de comparatif entre les deux lois.

En outre, cette clause spéciale d'ordre public voit son domaine d'application restreint à certaines hypothèses. Elle ne s'applique en effet que dans le cas où les parties n'ont pas été « *pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation* ». L'information à laquelle il est fait référence concerne non seulement la loi désignée mais également de toute évidence son contenu et les conséquences de son application. De fait, les législations qui autorisent les accords d'anticipation organisent le plus souvent une telle information⁶³. Les parties ne seront ainsi pas privées de leur choix si celui-ci a été réalisé en connaissance de cause. La disposition permet ainsi clairement d'assurer l'équilibre entre les prévisions des parties et leur protection. Pourtant, certaines critiques lui ont été adressées et notamment en ce qui concerne son régime : quelles sont en effet les conditions de son intervention ? Les parties doivent-elles en faire la demande expresse ou bien le juge peut-il la relever d'office ?⁶⁴

c) Clause générale d'ordre public de l'article 13

Comme dans toutes les conventions internationales ou règlements de l'Union européenne, il existe une clause générale d'ordre public spécifique à l'instance directe⁶⁵. En vertu de l'article 13 du Protocole de La Haye, « *L'application de la loi désignée en vertu du Protocole ne peut être écartée que dans la mesure où ses effets sont manifestement contraires à l'ordre public du for* ». L'emploi de l'adverbe « *manifestement* » est désormais systématique dans les textes de droit international privé et invite dès lors les États liés par le texte à surélever le seuil de leur ordre public international. Il en résulte que l'éviction d'une loi étrangère au profit de la loi du for en matière alimentaire ne devra être qu'exceptionnelle⁶⁶.

⁶² A. BONOMI, « Rapport explicatif » préc., spéc. n°151. C. CHALAS, note préc. *JDI* 2016. 117 et s.

⁶³ C. CHALAS, article préc. *supra* note 6, spéc. p. 797. Comp. UP. GRUBER, note préc. *supra* note 4.

⁶⁴ C. NOURISSAT, « Loi applicable », *Dossier* « Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union européenne », *AJ famille* mars 2009, p. 101, spéc. n°28.

⁶⁵ En matière de reconnaissance et d'exécution des décisions, notons que le contrôle de l'ordre public ne concerne que les décisions qui proviennent d'un État non lié par le protocole de La Haye, à savoir le Danemark et la Grande-Bretagne, V. article 24 du Règlement Aliments.

⁶⁶ A. BONOMI, « Rapport explicatif » préc., *supra* note 19.

2.2. Combinaison des différentes clauses

Les différentes clauses contenues dans le protocole, qu'elles soient des clauses d'ordre public ou de simple éviction de l'autonomie de la volonté, sont amenées à être combinées entre elles de façon particulièrement intéressante suivant le schéma adopté initialement par les parties. Trois situations doivent être distinguées, selon que les parties ont choisi la loi applicable (a), ne l'ont pas choisie (b) ou enfin l'ont choisie mais ont vu leur choix neutralisé par le jeu de l'article 8§4 (c).

a) Loi désignée par les parties

Dans l'hypothèse où la loi a été désignée par les parties en vertu de l'article 8§1 et §2, et en dehors de toute clause de renonciation soumise à l'article 8§4 sur laquelle nous reviendrons⁶⁷, la clause spéciale d'ordre public de l'article 8§5 constitue l'outil pertinent permettant de contrecarrer le choix des parties lorsque la loi choisie emporterait des conséquences « *manifestement inéquitables ou déraisonnables* » pour l'un des membres du couple.

Il est applicable dès lors que la loi a été désignée par les parties ; à l'inverse, sans désignation de loi applicable, il ne peut être appelé à jouer, laissant le champ libre à l'article 13. Mais, pour produire son effet d'éviction de la loi choisie, encore faut-il qu'une condition supplémentaire soit remplie, à savoir que les parties n'aient pas été « *pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation* »⁶⁸. La question se pose alors de savoir si, dans une telle hypothèse, le recours à l'ordre public se voit définitivement fermé, ou bien si l'utilisation de la clause générale de l'article 13 est encore possible.

Les deux solutions sont envisageables. D'un point de vue textuel, rien n'empêche semble-t-il de recourir à la clause générale de l'article 13, dont les conditions de mise en œuvre sont plus larges et moins exigeantes que celles de la clause spéciale. Aussi dans une hypothèse où des époux auraient choisi de soumettre leur accord financier anticipé à une loi qui organise par ailleurs précisément leur information, l'article 8§5 ne pourrait évincer cette loi, quand bien même l'un des époux se trouverait dans une situation particulièrement déraisonnable. L'époux pourrait tout de même invoquer une contrariété à l'ordre public via l'article 13, le texte semblant recouvrir toutes les hypothèses, que la loi ait été ou non choisie, et sans condition aucune.

Cependant, d'un point de vue téléologique, il semble bien que l'on puisse plutôt considérer que lorsque l'article 8§5 est applicable (la loi a été désignée), mais que les conditions de son

⁶⁷ V. *infra* c).

⁶⁸ Sur cette disposition, V. *supra* 2.1, b).

application ne sont pas remplies (les parties ont été suffisamment informées), le recours à l'article 13 ne puisse être autorisé⁶⁹. Admettre en effet le jeu de l'article 13 aurait pour conséquence de priver d'intérêt les restrictions mises en place par l'article 8§5 : à quoi bon réduire le domaine d'intervention de la clause d'équité aux cas où les parties n'ont pas été informées de leur choix si elles peuvent de toutes façons recourir à la clause générale ? Il semble bien dès lors que l'applicabilité de l'article 8§5 soit exclusive de l'article 13.

b) Absence de choix de loi

Il est désormais intéressant de s'interroger sur les hypothèses où les parties n'ont pas désigné de loi applicable. Dans une telle situation en effet, seule la clause générale d'ordre public de l'article 13 aurait vocation à s'appliquer. Toutefois, dans le cadre de conventions d'anticipation financière des conséquences de la rupture, il est d'abord permis de se demander s'il est possible de dissocier l'accord matériel de l'accord conflictuel. Autrement dit, est-il possible pour un couple de ne pas choisir de loi applicable alors qu'une convention est conclue pour anticiper les conséquences financières d'une rupture ?

Imaginons par exemple un couple allemand qui réside en Allemagne, et qui renonce par contrat nuptial à toute compensation financière en cas de divorce (comme les y autorise le droit allemand). Plusieurs années après, le couple se sépare et l'un d'eux vient s'installer en France, puis y demander le divorce. Le demandeur en profite pour demander au juge français une prestation compensatoire sur le fondement du droit français. Peut-on considérer qu'aucune loi n'a été désignée, les époux ayant simplement appliqué les dispositions de la loi allemande, sans se soucier de prévoir, formellement, une clause de choix de loi ? Ou bien au contraire doit-on admettre que dans une telle hypothèse, la renonciation ayant été réalisée dans les conditions -strictes- de la loi allemande, cette dernière a nécessairement été choisie ?

Cet exemple correspond à peu de choses près aux faits qui ont donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2015 étudié précédemment⁷⁰. On se souvient que dans cette affaire, la Cour de cassation a considéré, sans le justifier que la loi allemande était applicable. La loi allemande pouvait en effet être appliquée à deux titres : soit au titre de la loi choisie par les époux dans leur convention nuptiale, soit au titre de l'article 8 § 4 permettant de contrecarrer le choix des époux au profit de la loi de la résidence habituelle du créancier au moment du choix. C'est l'une de ces possibilités que semble avoir admise la Cour de cassation. Or, pour que l'une de ces solutions soit admissible, encore fallait-il que le choix de loi en faveur de la loi allemande soit validé. Les faits de l'espèce n'étaient pas de nature à faciliter la tâche de la Cour de cassation : dans leur contrat de mariage les époux avaient exclu « *toute prestation compensatoire selon le droit allemand ou tout autre droit* ». Cette

⁶⁹ En ce sens, C. CHALAS, note préc. *supra* note 35.

⁷⁰ Voir *supra*, 1^e Partie.

mention de « *tout autre droit* » est évidemment de nature à susciter le doute quant à un choix explicite en faveur de la loi allemande.

Les exigences du protocole de La Haye relatives à la forme du choix de loi sont assez minces : l'article 8 § 2 indique simplement que la clause de choix de loi doit être établie « *par écrit ou consigné[e] sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement et est signé[e] des deux parties* ». Mais, bien que le texte ne l'indique pas, à la différence du règlement Rome 1 en matière de loi applicable aux obligations contractuelles⁷¹, une clause d'*electio juris* n'aurait pas de sens si le choix effectué n'était pas certain⁷². Or, en visant tout autre droit en plus du droit allemand, la seule certitude qui résulte de la convention conclue entre les époux réside dans leur souhait –matériel– d'évincer toute prestation compensatoire, peu important finalement quelle loi régirait cette renonciation. Si l'exercice de leur autonomie substantielle ne faisait aucun doute, il n'en allait pas de même de leur autonomie conflictuelle. Le choix de la loi allemande aurait pu, du fait de cette référence « à tout autre droit » être disqualifié. Cela dit, certains font valoir à l'inverse qu'en droit allemand, pour renoncer à ses droits alimentaires, il existe tout une série d'exigences relativement contraignantes que les parties avaient en l'espèce remplies⁷³, ce qui pourrait par conséquent, impliquer que la loi allemande ait été « désignée » au sens de l'article 8 du protocole⁷⁴.

À supposer cependant que la loi allemande n'était pas désignée, il aurait fallu se tourner vers l'article 3 du Protocole de La Haye qui détermine la loi objectivement applicable⁷⁵ : il s'agit de la loi de la résidence habituelle du créancier, mais cette fois-ci au moment de l'action intentée devant le juge. L'épouse avait déménagé en France et sa résidence habituelle n'était pas contestée : la loi française était donc applicable, laquelle interdit toute possibilité pour les époux de renoncer par anticipation à leur prestation compensatoire⁷⁶... Plus encore en l'absence de loi désignée, les époux peuvent faire jouer la clause d'exception de l'article 5 du Protocole, lequel suscite de fortes critiques, notamment du point de vue de ses conséquences désastreuses sur le plan de la prévisibilité juridique.

L'ensemble de ces observations conduit à admettre qu'il n'est pas certain que les rédacteurs du protocole aient prévu qu'une renonciation anticipée puisse échapper à l'article 8§4 et ainsi à la loi de la résidence habituelle du créancier au moment du choix. La difficulté

⁷¹ Article 3 § 1 du règlement Rome I, Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : « [...] *Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ».

⁷² Sur la discussion en général, V. H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ 2015, p. 255, spéc. pp. 262-263.

⁷³ Voir la note de UP. GRUBER, préc. *supra* note 4.

⁷⁴ T. AZZI, « La volonté tacite en droit international privé », *TCFDIP*, 2010-2012, pp. 147-177.

⁷⁵ S. GODECHOT-PATRIS, note sous Civ. 1^e, 8 juillet 2015, *RJPF* 2015. 10.

⁷⁶ V. *supra*.

aurait pu être évitée, si l'article 8§4 ne s'était pas cantonné à l'autonomie de la volonté conflictuelle, mais avait également englobé les cas d'autonomie matérielle.

c) Loi choisie mais neutralisée par l'article 8§4

Reste enfin à étudier une sorte d'hypothèse intermédiaire où les parties ont bien désigné la loi applicable à leurs clauses financières (et plus précisément à leur renonciation), mais ont vu leur désignation neutralisée par l'effet de l'article 8§4, pour la seule question de la renonciation. Celui-ci évince en effet la loi choisie au profit d'une loi objectivement désignée, celle de la résidence habituelle du créancier au moment de la désignation. Dans une telle situation, comme nous l'avons déjà dit, l'éviction de la loi désignée n'est pas réalisée en fonction de son contenu, mais en raison d'un impératif de proximité, conduisant à privilégier la loi que le créancier connaissait le mieux au moment de la désignation : celle de sa résidence habituelle. L'article 8§4 ne jouant pas le rôle d'une clause d'ordre public, reste à savoir si ce dernier peut intervenir, cette fois-ci pour écarter le contenu de la loi de la résidence habituelle du créancier. Les deux instruments existants au travers de la clause spéciale de l'article 8§5 et de la clause générale de l'article 13 sont-ils disponibles ?

Dans la mesure où l'article 8§4 neutralise le choix de loi opéré par le couple pour que la renonciation soit toujours soumise à la loi de résidence habituelle au moment de la désignation, il apparaît que l'article 8§5 ne puisse plus être appliqué pour évincer la loi applicable en raison de ses conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables. Ce dernier ne concerne en effet que les hypothèses où la loi a été *désignée* par les parties. Il en résulte ainsi qu'en matière de renonciation, l'article 8§4 chasse l'article 8§5 et n'autorise le jeu de l'ordre public que par le biais de la clause générale de l'article 13. Dès lors, l'article 8§5 ne joue de fait, et malgré la généralité des termes employés, que pour les clauses d'aménagement des conséquences financières de la rupture à l'exclusion des clauses de renonciation.

La seule exception qui pourrait être trouvée concerne la situation où les époux ont désigné la loi de leur résidence habituelle. Dans une telle hypothèse en effet, l'article 8§4 n'aurait pas lieu de s'appliquer⁷⁷, laissant alors la loi désignée dérouler ses effets, y compris ceux qui permettent de déclencher le jeu de la clause spéciale d'ordre public de l'article 8§5.

3. Conclusion

La question de la conformité à l'ordre public international français des conventions nuptiales permettant aux époux d'anticiper les conséquences financières de leur divorce conduit finalement à trancher entre deux points de vue *a priori* tout aussi dignes d'intérêt l'un que l'autre : faut-il, comme nous y invitent les nouveaux instruments internationaux

⁷⁷ S. GODECHOT-PATRIS, note préc. *supra* note 35.

(Règlement Aliments et Protocole de La Haye) privilégier les prévisions des parties en respectant les choix qu'elles ont réalisés en désignant le juge compétent, la loi applicable, et en prévoyant matériellement l'issue financière de leur divorce ? Ou bien est-il plus important de respecter une forme de justice alimentaire, d'équilibre entre les époux et de solidarité matrimoniale, lesquels sont également défendus par le Règlement Aliments et le Protocole de La Haye ? La réponse à une telle interrogation n'est pas évidente et les hésitations de la Cour de cassation française en constituent l'illustration. Si celle-ci semble s'orienter vers un choix de justice matérielle, en acceptant de ne faire jouer l'exception d'ordre public que lorsque concrètement la situation de l'un des ex-époux est inacceptable, elle contribue cependant à malmener les objectifs de sécurité juridique et de prévisibilité des parties que pourtant elle a choisi de ne pas condamner en principe. Malgré tout, la solution à laquelle parvient la Cour de cassation est plus équilibrée qu'il n'y paraît : que la renonciation anticipée ne soit pas condamnée en soi obéit au souhait relayé par les textes de donner aux époux la liberté d'organiser leur rupture, en vertu d'une loi qu'ils connaissent et en ayant été informés et conseillés. Toutefois, il est prudent de donner au juge un outil correcteur et ce, notamment lorsque l'idée même de prévisibilité perd de sa justification.

Que deviennent en effet les prévisions des époux lorsque plusieurs années se sont écoulées entre le moment où la convention a été conclue et le moment où survient la rupture ? L'écoulement du temps ne constitue-t-il pas un obstacle majeur à toute idée de prévisibilité ? Ou bien au contraire, l'écoulement du temps est-il de nature à asseoir les prévisions des parties ? Les textes récents ne tranchent pas cette délicate question, mais il est certain qu'ils essaient de maintenir un équilibre délicat entre les outils offerts aux parties pour organiser leurs relations alimentaires et ceux par lesquels le juge pourrait contrecarrer leurs prévisions. L'articulation de ces divers instruments pourrait encore être affinée, afin que les couples puissent, en connaissance de cause, prévoir... ce qui pourrait être remis en cause, plus tard, par le juge.

4. Bibliografía

B. ANCEL et H. MUIR-WATT, « Aliments sans frontières. Le règlement CE n°4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires », *Rev. crit. DIP* 2010, pp. 457-484, spéc. n°1.

T. AZZI, « La volonté tacite en droit international privé », *Travaux du comité français de droit international privé*, 2010-2012, pp. 147-177.

A. BONOMI, « Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 relatif à la loi applicable aux obligations alimentaires », www.hcch.net

B. BOURDELOIS, « Relations familiales internationales et *professio juris* », *Mélanges Bernard Audit*, LGDJ-Lextenso 2014, pp. 137-154.

D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *Mélanges François Terré*, Dalloz 1999, pp. 285-305.

Ch. BUTRUILLE-CARDEW, « Les contrats nuptiaux internationaux », *RLDC Mars* 2012, n°91, pp. 75-79

Ch. BUTRUILLE-CARDEW et Ch. CHALAS, « Interrogations sur la validité en droit international privé des accords préparatoires de divorce (à propos de CA Paris, 24^e ch., 21 mars 2007) », *JCP N* 2007, 1257, pp. 18-23.

R. CANALES, « Les prenuptial agreements et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise. Point de vue du notaire français », *Dr. Famille*, Juin 2015, Dossier 32.

C. CHALAS, « Contrats de mariage et *nuptial agreements* : vers une acculturation réciproque ? », *JDI* 2016, pp. 781-826.

S. CORNELOUP, « Entre autonomie conflictuelle et autonomie substantielle : le choix du futur Droit commun européen de la vente. À propos de la proposition de règlement de la Commission européenne du 11 octobre 2011 », *Mélanges Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis 2013, pp. 367-386.

D. ESKENAZI, « Les prenuptial agreements et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise. Point de vue de l'avocat français », *Dr. Famille*, Juin 2015, dossier 30.

H. FULCHIRON et F. FERRAND (Dir.), *La rupture du mariage en droit comparé : Rapport final pour la mission de recherche Droit et Justice*, oct. 2013.

P. GANNAGE, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP*, 1992, pp. 425-454.

H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 255-272.

Q. GUIGUET-SCHIELE et W. BABY « Les conventions organisant par avance les conséquences d'une rupture » *Dr. Famille Mars* 2015, dossier 3.

Ch. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI* 2012, t. 359, pp. 285-478.

V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Les conventions de rupture - État des lieux », *Dr. Famille Mars* 2015, dossier 4.

P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1986. I. tome 196, p. 9-238.

M.-L. NIBOYET, Le remède à la fragmentation des instruments européens de droit international privé (à la lumière de la porosité des catégories « alimony » et « matrimonial property » en droit anglais), *Mélanges Bernard Audit*, LGDJ-Lextenso 2014, pp. 551-565.

C. NOURISSAT, « Loi applicable », *Dossier « Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union européenne »*, *AJ famille* mars 2009, p. 101.

A. PANET, « Le statut personnel en droit international privé européen. Les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté ? », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 837-856.

L. PERREAU-SAUSSINE, « Les prenuptial agreements et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise. Propos introductifs », *Dr. Famille*, Juin 2015, dossier 29.

M. REVILLARD, « L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales : regards sur les récents instruments internationaux », *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia 2013, pp. 487-502.

K. SIEHR, « The EU Maintenance Regulation and the Hague Maintenance Protocol of 2007. Recognition of Foreign Judgments and the Public Policy Defence », *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia 2013, pp.529-540.

P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, pp. 153-272. « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ 2015, pp. 868-885.

Tabla de sentencias

Civ. 1^e, 17 déc. 1958, *Valentinis*, *Rev. crit. DIP* 1959. 691, note J. DEPREZ.

CA Paris 18 juin 1971, *JDI* 1972. 823, note Ph. MALAURIE ; *D.* 1971. 416, concl. Granjon.

Civ. 1^e, 19 oct. 1971, *Darmouni*, *Rev. crit. DIP* 1973. 70, note M. SIMON-DEPITRE ; *D.* 1972. 633, note Ph. MALAURIE.

Civ. 1^e, 7 novembre 1972, *Todorovitch*, *JDI* 1973. 700, note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE ; *Rev. crit. DIP* 1973. 691, note G. WIEDERKEHR.

Civ. 1^e, 3 nov. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 495, note J. FOYER ; *JDI* 1989. 703, note F. MONEGER.

Civ. 1^e, 16 juillet 1992, *Rev. crit. DIP* 1993. 269, note P. COURBE ; *D.* 1993. 476, note K. SAÏDI ;

JCP G 1993. II. 22138, note J. DEPREZ ; *Defrénois* 1993. 292, note J. MASSIP.

CA Aix-en-Provence, 10 mai 1998, *JDI* 1999. 316, note A. BENCHENEB.

CA Aix-en-Provence, 14 mars 2002, n°98/12029.

Civ. 1^e, 3 février 2004, n°01-17.094, *Dr. famille* 2004, comm. 78, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ;

AJ Famille 2004. 101, obs. S. DAVID ; *RTD civ.* 2004. 272, obs. J. HAUSER.

Civ. 1^e, 8 avril 2005, n°03-17.923, *Dr. famille* 2005, comm. 32, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ;

AJ Famille 2005. 232, obs. S. DAVID ; *Defrénois* 2005, Art. 38278, n°83, obs. J. MASSIP.

Civ. 1^e, 28 novembre 2006, *Rev. crit. DIP* 2007. 584, note N. JOUBERT.

CA Paris 21 mars 2007, *JCP N* 2007. 1257, C. CHALAS et C. BUTRUILLE-CARDEW : « Interrogations sur la validité en droit international privé des accords préparatoires de divorce (à propos de CA Paris, 24^e ch 21 mars 2007) ».

Civ. 1^e, 11 mars 2009, n°08-13.431, *Dr. famille* 2009, comm. 81 (4^e esp.) note M. FARGE ;

D. 2009. 2084, note A. DEVERS ; *JCP G* 2009, 190, note F. BOULANGER ; *Procédures* 2009, comm. 157 (1^e esp.), obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *AJF* 2009, p. 220, obs. A. BOICHE ; *Defrénois* 2009, art. 39006, p. 1846, n° 4 (2^e esp.), note J. MASSIP ; *RJPF* 2009-6/29, p. 27 (2^e esp.), obs. Th. GARE ; *RLDC* 2009, n° 3429, note E. POULIQUEN.

TGI Paris 18 mars 2013, n° 13/33889, *AJ famille* 2013. 376, note D. ESKENAZI, « Qui dit contractuel, dit juste ? Entre la validation d'une clause d'élection de for et de loi applicable et le contrôle d'une renonciation des époux à une compensation financière ».

Civ. 1^e, 8 juillet 2015, n°14-17.880, *JDI* 2016, p. 1147, Comm. 18, note P. DE VAREILLES-SOMMIERES ; *JDI* 2016, p. 117, Comm. 2, note C. CHALAS ; *RJPF* oct. 2015. 20, note S. GODECHOT-PATRIS ; *AJ famille* 2015. 492, note A. BOICHE : « Clause d'élection de loi applicable, protocole de La Haye, prestation compensatoire, ordre public : les confusions de la Cour de cassation » ; *JCP G* 2015. 1024, note E. FONGARO ; *JCP G* 2015. 982, obs. M. Farge et H. Bosse-Platière ; *Rev. crit. DIP* 2016. 126, note U P. GRUBER.

Abreviaturas

<i>AJ Fam.</i>	<i>Actualité juridique Famille</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Dr. Famille</i>	<i>Droit de la famille</i>
<i>JCP G</i>	<i>Semaine juridique, édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>Semaine juridique, édition notariale et immobilière</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit international</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des Contrats</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de Droit international privé</i>
<i>RJPF</i>	<i>Revue juridique Personnes et Famille</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy Droit civil</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de Droit civil</i>

Gestación por sustitución y orden público

Santiago Álvarez González

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

Abstract

El presente trabajo analiza las relaciones entre gestación por sustitución y orden público a la luz de sentencias dictadas en los últimos años por los tribunales de diversos países: Alemania, Francia, España, Italia y Suiza. Este análisis muestra que la existencia de presupuestos comunes no conduce a una comprensión común del orden público. Situaciones equivalentes reciben respuestas distintas. Ello se debe a concepciones distintas sobre el contenido del orden público, a concepciones distintas sobre el interés superior del niño, a interpretaciones distintas de la jurisprudencia del TEDH y a una toma de postura también distinta sobre las posibilidades de reconstrucción de la situación conforme a la ley del foro.

El autor concluye que este orden público vinculado en su alcance y comprensión a un ordenamiento jurídico estatal ya no ocupa un lugar predominante en la solución de los problemas planteados por la gestación por sustitución porque, entre otras razones, es imposible alcanzar una solución satisfactoria para dichos problemas a través de las reglas de un solo ordenamiento jurídico.

This paper deals with the role of public policy (ordre public) in light of international surrogacy cases. The author analyzes several judgments held by the supreme courts of Germany, Spain, France, Italy and Switzerland. This analysis shows that, even when faced by a series of common elements, the domestic ordre public remains different in each country. Equivalent situations receive different answers by law. This outcome is due to an also different idea about the ordre public scope, to a different view on the paramount interest of children, to a different understanding of the ECHR's jurisprudence and, last but not least, to the different possibilities of reconstruction of the family ties that each national law offers.

The author concludes that this ordre public exception, linked so far to each national law, will no longer have a preeminent place on the international surrogacy issues, among other reasons, because it is not possible to achieve a satisfactory solution to the wide range of problems around surrogacy from the point of view of a sole national law.

Title: Surrogacy and Public Policy (ordre public)

Keywords: Surrogacy, Public Policy (ordre public), ECHR's Jurisprudence, Domestic Case-Law.

Palabras clave: Gestación por sustitución, orden público, jurisprudencia del TEDH, jurisprudencia nacional.

Sumario

1. Introducción
2. El orden público y la gestación por sustitución en la práctica anterior a los pronunciamientos del TEDH en los asuntos *Menesson* y *Labassée*
 - 2.1. Planteamiento.
 - 2.2. Sucinta descripción de la práctica judicial: Francia, Bélgica, Italia, España
3. Los casos *Menesson* y *Labassée*: alcance
4. Las reacciones tras la postura adoptada por el TEDH
 - 4.1. La nueva jurisprudencia de la *Cour de cassation*
 - 4.2. La reacción de la *Corte di cassazione italiana*
 - 4.3. La Sentencia BGH de 10 de diciembre de 2014
 - 4.4. El Auto TS de 2 de febrero de 2015
 - 4.5. La Sentencia Tribunal federal suizo de 21 de mayo de 2015
5. Conclusiones
6. Tabla de decisiones judiciales citadas
7. Bibliografía citada

1. Introducción

1. Las reflexiones que siguen asumen el riesgo cierto de ser tachadas de parciales, interesadas, superficiales, triviales, o cualquier otro calificativo descalificador que el lector pueda imaginarse. Ello se debe a su objeto: el orden público en materia de gestación por sustitución. Un maridaje con tanto atractivo que invita a caer en la tentación de la consigna fácil, el análisis de brocha gorda, el posicionamiento más ideológico que jurídico o ambos muy entreverados¹. Los dos elementos, la gestación por sustitución y el orden público, son, en distinta medida, cotos feraces de contiendas sin apenas reglas. El primero por su idoneidad para crear bandos, «a favor» o «en contra». El segundo por su condición de categoría abierta que cada uno llena a su voluntad sin casi necesidad de dar explicaciones, que está en plena crisis de identidad y que cada vez es menos exclusivo y más compartido. Ello hace que en gran parte de las opiniones que en los últimos años se vierten por escrito sobre una y otro sobre los voluntarismos, las posiciones apriorísticas, y falte la argumentación.

2. Mi propósito es evitar cualquier tipo de simplificación maniquea. Es lo que he intentado en mis anteriores trabajos sobre la gestación por sustitución² y pretendo perseverar en la misma línea. Tengo que advertir de que una buena parte de las ideas que siguen no son nuevas, sino rescatadas de trabajos anteriores. Podrían serlo de haber cambiado mis opiniones o de haber sido refutadas por otras mejor fundadas o más autorizadas, algo que, a mi juicio, no ha ocurrido. Pero tampoco serán repetición o síntesis de lo ya dicho. La profecía de que el tema estaba llamado a ser un tópico fundamental del Derecho internacional privado (en adelante DIPr) de nuestro tiempo³ se está confirmando claramente. De forma constante aparecen nuevos datos, nuevos elementos, nuevos pronunciamientos judiciales, y no por casualidad el orden público está en el centro del debate. Estando casi concluida la redacción de este trabajo, he tenido conocimiento de la recientísima y poderosa *Sent. Corte di cassazione, 30.09.2016*, que he incluido en un primer análisis de urgencia⁴. No sería ninguna sorpresa que desde que se envíe a imprenta hasta que vea la luz pública otras decisiones enmienden o ratifiquen lo que aquí se dice. Ante el TEDH se siguen sustanciando casos que deseo, más que espero, puedan seguir arrojando certezas sobre el tema que abordo⁵.

¹ Paradigmáticos, con posiciones opuestas tanto frente al problema en general cuanto a la situación en Alemania, DUDEN (2015) y THOMALE (2015).

² Además de los citados en la bibliografía, «Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.^a), de 23 de noviembre de 2011», *REDI*, 2012-1, pp. 213-216. «Notas a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012 y a la Sentencia TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4.^a), de 18 de octubre de 2012», *REDI*, 2013-1, pp. 239-243; «Nota a la Sent. TS (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 835/2013 de 6 febrero», *REDI*, 2014-2, pp. 273-277, y «Nota al Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 de febrero de 2015», *REDI*, 2015-2, pp. 218-222.

³ STRUYCKEN (2010, pp. 357-372).

⁴ *Infra* núms. 31 y ss.

⁵ *Infra* núm. 23.

3. El título del trabajo exigiría, siguiendo una metodología ortodoxa, un cierto detenimiento en los conceptos de orden público y de gestación por sustitución. Sin embargo, ahorraré espacio a la trivialidad, pensando en el lector medianamente informado, y entraré directamente en el análisis de decisiones importantes que se han enfrentado a la valoración del *orden público* como potencial obstáculo al *reconocimiento* de la/una filiación derivada de gestación por sustitución plenamente válida en el extranjero. Serán, pues, unas reflexiones al amparo de la práctica; de lo que ha sucedido y de lo que está sucediendo. Mi intención no es reiterar mi postura sobre el si y/o el cuándo la filiación derivada de gestación por sustitución vulnera el orden público⁶, sino verificar en qué medida sigue siendo válida para explicar lo que realmente dictan los tribunales.

4. Adelanto ya que el panorama presenta una situación de tránsito, de metamorfosis. Por ello, distinguiré un antes y un después de las Sentencias del TEDH, 26.06.2014, asuntos 65192/11, *Mennesson c. Francia*, y 65941/11, *Labassée c. Francia*, que son esenciales en la conformación del orden público en la práctica judicial de los Estados de nuestro entorno⁷. El *antes*, por más familiar, lo despacharé sucintamente, para detenerme más en el *después* y ver si esta visión diacrónica permite aventurar con alguna certeza hacia dónde camina el binomio gestación por sustitución–orden público.

5. Me centraré también en los aspectos más controvertidos que vinculan orden público y filiación como objeto típico del reconocimiento, obviando las por otro lado interesantes manifestaciones de un orden público atenuado en todas aquellas situaciones en las que la controversia versa sobre aspectos colaterales, como puedan ser la solicitud de beneficios sociales⁸. Tampoco abordaré la dimensión del orden público vinculada a la UE y al principio de libre circulación de personas. Ya lo he hecho en otras ocasiones⁹ y lo cierto es que, salvo su utilización tópica –y torpe– por alguna de las sentencias que analizaré, los supuestos típicos se refieren a casos provenientes de terceros Estados (USA, Ucrania, India,

⁶ Por primera vez en ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, pp. 361-362), y trabajos posteriores.

⁷ En el imaginario de los favorables sin más a la gestación por sustitución se alude también a la Sent. TEDH, 27.01.2015, asunto 25358/12, *Paradiso et Campanelli c. Italia*. A mi juicio se trata de un caso que no aporta ninguna especialidad al tema que nos ocupa. *Vid.* más ampliamente mi comentario en *AEDIPr*, 2016, pp. 1044-1048 y el elocuente comunicado de prensa del TEDH: «Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment (27 January 2015)», donde se lee resaltado en negrita: «It is important to note that in this case the Court focused on the removal of the child and his placement under guardianship, and not on the issue of surrogacy». El documento puede verse en http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf. A pesar de ello, tanto el voto particular que acompaña a la sentencia como algunos comentarios sí ponen el acento en esta vinculación. Por ejemplo, FERACI, (2015, pp. 420-439) o, muy críticos, PUPPINCK, DE LA HOUGUE (2015, *passim*). El fallo fue llevado a la Gran Sala por parte de Italia. La audiencia pública tuvo lugar el 9 de diciembre de 2015.

⁸ Sobre esta dimensión ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2014, pp. 71-72). Además, las recientes SSTS, 4^a, 25.10.2016 (JUR, 2016\273617) y 16.11.2016 (JUR 2016\270902), resolviendo sendos recursos para la unificación de doctrina acordó conceder beneficios vinculados a la maternidad a un padre biológico (gestación llevada a cabo en India) y a una madre de intención (gestación llevada a cabo en EEUU)..

⁹ Para el tema de la gestación por sustitución, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2016, núms. 16 a 20); DUDEN (2015, pp. 253-267). BOUZA VIDAL (2010, pp. 299-301) para todo el estatuto personal.

Rusia...), no de Reino Unido o Grecia, que son hasta ahora los sistemas que admiten claramente la gestación por sustitución.

2. El orden público y la gestación por sustitución en la práctica anterior a los pronunciamientos del TEDH en los asuntos Mennesson y Labassée

2.1. Planteamiento.

6. Como he señalado, las relaciones entre orden público y gestación por sustitución de los casos que vamos a analizar pivotan en torno al problema del «reconocimiento» del vínculo entre los nacidos y los padres de intención o comitentes. Aunque formalmente suelen ser conflictos que afloran en relación con el registro civil, y eso condiciona o determina el *iter* procedimental en cada caso, el trasfondo es la falta de reconocimiento de la filiación¹⁰; la negativa a reconocer la atribuida por la ley o por una decisión de autoridad en un país extranjero en el que la gestación por sustitución está admitida en otro en el que está prohibida, o no está contemplada o, sencillamente, sus consecuencias son contrarias a las de aquel país extranjero. El orden público en estos casos se constituye en un obstáculo potencial al reconocimiento. Puede que no sea el único¹¹, pero suele estar siempre presente, bien en primera persona, bien acompañado de o encubierto en una idea de fraude a la propia ley o a una de sus instituciones. Aunque ambos aspectos son técnicamente distintos, en numerosas ocasiones han aparecido indiferenciados¹², observándose un cierto tránsito del orden público al fraude, muy evidente en la jurisprudencia francesa, donde dicho tránsito ha motivado interesantes discusiones doctrinales¹³, y también en la italiana.

7. Ello no quiere decir que los problemas no puedan plantearse en términos de «ley aplicable». Y en este caso el orden público lo que haría sería valorar si los efectos de la aplicación de una ley extranjera por parte de una autoridad nacional vulnera o no dicho orden público. Un orden público que presumiblemente actuaría con más virulencia¹⁴. Pero la realidad es que esta dimensión no ha sido frecuente en la práctica y el supuesto tipo es el

¹⁰ Sobre el alcance de esta dicotomía registral-sustantiva ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013, pp. 79-82).

¹¹ El cumplimiento del resto de los presupuestos o condiciones del reconocimiento debería concurrir en cualquier supuesto. La *Sent. BGH, 10.12.2014* o la *Sent. Tribunal federal suizo, 21.05.2015*, a las que me referiré con posterioridad (infra núm. 36 y ss. y 46 y ss.) van en este sentido cuando, por ejemplo, verifican la competencia judicial internacional del tribunal de origen (punto 26 de la primera y 3.3 de la segunda), si bien la presencia y extensión del orden público eclipsan el resto de condiciones. Crítico con la postura sobre el control de competencia del juez de origen en estos dos casos THOMALE (2016-a, p. 179); irrelevante para HENRICH (2015, p. 231).

¹² Vid. ya esta distinción en ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, pp. 362-364). QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, pp. 29 y ss. o 35 y ss., entre otras).

¹³ Vid. la discusión y opiniones de S. BOLLÉE, F. MONÉGUER, P. LAGARDE o P. MAYER, en BOLLÉE (2014, pp. 219 y 236 a 239); sobre el fraude en la *STS, 1ª, 06.02.2014* (infra núms. 12 y ss.) PRESNO LINERA y JIMÉNEZ BLANCO (2014, p. 30).

¹⁴ GÖSSL, (2015, p. 464, sobre el sistema alemán). Sobre la ley aplicable y el orden público en el caso resuelto por el BGH, HENRICH (2015, pp. 231 y 232 sobre a idea de un orden público fuerte).

del reconocimiento; para algunos el indefectible¹⁵, y aunque no lo es para mí¹⁶, será la dimensión esencial de mis reflexiones, sencillamente porque es la que abordan las decisiones que articulan mi discurso¹⁷. No debe perderse de vista, por otro lado, que incluso dentro de la perspectiva del reconocimiento un rechazo del mismo puede activar la vía de la reconstrucción o recomposición de la situación conforme a la ley aplicable¹⁸.

2.2. Sucinta descripción de la práctica judicial: Francia, Bélgica, Italia, España

8. Uno de los más relevantes momentos en el devenir del binomio que analizamos se produjo en Francia con tres sentencias de la *Cour de cassation de fecha 6 de abril de 2011* (núms. 369, 370 y 371), que pusieron fin al recorrido judicial interno de distintos supuestos en los que se pretendía la inscripción de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución en relación con los padres de intención. El ropaje jurídico no siempre fue el mismo: en un caso, solicitud de transcripción de actas extranjeras de estado civil¹⁹; en otro, reconocimiento de una subsiguiente adopción del nacido también llevada a cabo en el extranjero²⁰; en el tercero, el reconocimiento no estaba en primer plano (aunque sí en un segundo) al tratarse de la inscripción de un acta de notoriedad expedida por un juez francés sobre la posesión de estado de filiación²¹. Pero la respuesta sí fue la misma en los tres casos: se afirmó que existía una contrariedad con el orden público francés. La *indisponibilidad del estado civil de las personas* es un principio de orden público internacional francés indiscutible²². Dos de los casos llegaron al TEDH²³.

¹⁵ BOLLÉE (2014, p. 217); para BOUZA VIDAL (2010, pp. 286 y 302 y ss.) se trata más de un método idóneo a partir del binomio estatuto personal derechos humanos, que de un método exclusivo. Este tema metodológico lo aborda con claridad QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, *passim*).

¹⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013, pp. 82-83). Para los supuestos en los que no medie resolución judicial (por ejemplo situaciones procedentes de Ucrania), HENRICH (2015, pp. 231 y ss.), con un razonamiento en términos de ley aplicable.

¹⁷ Otra dimensión de la ley aplicable es la que acompaña al «fraude a la ley», que también soslayo, o al control de la ley aplicada como condición de reconocimiento.

¹⁸ Muy gráficos, FULCHIRON Y BIDAUD-GARON, (2015, p. 7, entre otras), donde se coloca al método de la ley aplicable como alternativa al reconocimiento; igualmente L. D'AVOUT en BOLLÉE (2014, pp. 240-241).

¹⁹ El texto de esta decisión y de las otras dos del mismo día se puede consultar en la web oficial de la *Cour*: www.courdecassation.fr/. Alguno de sus precedentes ya había despertado la atención de los comentaristas a pesar de no haber entrado en el fondo del asunto: *Sent. Cour. cas. civ., 17.12.2008 (Rev.crit., 2009, pp. 320-331*, con nota de P. LAGARDE; *Journal du droit international*, 2009, pp. 577-586, con nota de S. BOLLEE). La *Sent. Cour d'Appel de París de 18.03.2010* estimó la acción del Ministerio Público y anuló la inscripción del nacimiento por considerar que la Sentencia de la Corte Suprema de California en la que se basaban los certificados de estado civil americanos era contraria al orden público internacional francés.

²⁰ *Sent. Cour cas. civ., núm. 369, 06.04.2011*, que ratifica la *Sent. Cour d' Appel de París, 26.02.2009*.

²¹ *Sent. Cour cas. civ., núm. 371, 06.04.2011*, que confirma la *Sent. Cour d'Appel de Douai, 14.09.2009* que había considerado que dicha posesión de estado estaba viciada como consecuencia del contrato ilícito de gestación por sustitución.

²² ANCEL (2012, pp. 1-2 y jurisprudencia citada). En las sentencias inferiores también se manejó el principio de «indisponibilidad sobre el cuerpo humano».

²³ *Infra* núms. 16 y ss.

9. Cumple señalar también que la agitación que estos casos suscitaron rescató del olvido una vieja sentencia, la *Sent. Cour cas. civ., 31.05.1991*²⁴, que había ya resuelto un supuesto como el segundo descrito, casando la *Sent Cour d'Appel de París 15.06.1990*. Esta última había considerado legítima la adopción tras la práctica de una gestación por sustitución tomándose la molestia de sentar expresa y muy argumentadamente que la maternidad subrogada no vulneraba el orden público francés²⁵. La *Cour de cassation*, por el contrario, consideró que se trataba de un *fraude a la institución de la adopción*, un proceso global atentatorio contra los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil, que son de orden público.

La idea de *fraude a la ley* francesa es la que sirvió de sostén a posteriores decisiones, como la *Sent. Cour de cassation (Civ. 1^{re}) 13.09.2013*²⁶ o la *Sent. Cour cassation (Civ. 1^{re}) 19.03.2014*²⁷.

10. El orden público también llamó a la puerta de los tribunales belgas para rechazar la transcripción en sus registros civiles del nacimiento de dos gemelas a favor de un matrimonio de varones casados en Bélgica. El nacimiento había tenido lugar en California. La *Sent. del Tribunal de Primera Instancia de Huy, 22.03.2010*, consideró que la inscripción sería contraria al orden público belga. No obstante, esta sentencia fue, parcialmente revocada por la de la *Corte de Apelación de Lieja, 1^a Ch., 06.09.2010*. Aunque se ratificó que los *contratos sobre seres humanos y sobre el cuerpo humano* eran contrarios al orden público internacional belga, aceptó el recurso respecto del padre genético teniendo en cuenta el supremo interés del niño²⁸. Es interesante destacar, a los efectos que nos ocupan, que el punto de partida fue la *aplicación de la ley belga*, según la cual el padre biológico sí podría mediante reconocimiento establecer la paternidad si la madre gestante no estaba casada. La misma solución, también con valoración del orden público belga, se recogió en la *Sent. Trib. de Apelación de Bruselas 31.07.2013*²⁹ y ocasionalmente en otras decisiones³⁰. Dos datos, el de la realidad biológica y el de las posibilidades que abre el Derecho sustantivo del foro que, como veremos, parecen haberse convertido en cruciales en el momento actual.

11. En Italia, el caso más recurrente venía siendo la *Sent. Trib. App. de Bari 19.02.2009*³¹. Los nacidos en el Reino Unido en 1997 y 2000, respectivamente, constaban en el registro

²⁴ *Rev.crit.*, 1991, pp. 716-717, y nota de C. RIOU-LABRUSSE, pp. 717-731

²⁵ *Rev.crit.*, 1991, pp. 713-716.

²⁶ Dos sentencias, las núms. 12-18315 y 12-30138, que cita el punto 34 de la sentencia *Menesson* y que han sido consideradas claves en la condena a Francia por parte del TEDH (S. BOLLÉE, *Rev.crit.*, 2015, pp. 155-156).

²⁷ Núm. 13-50.005. (*Rev.crit.*, 2014, p. 619, con nota de S. BOLLÉE). Es destacable que la *Cour d'appel* había aceptado la inscripción, en los mismos términos que lo hará la nueva jurisprudencia francesa (infra núms. 24 y ss.).

²⁸ P. WAUTELET en *www.conflictoflaws.net*, de 27.04.2010 y de 02.11.2010.

²⁹ Uno de los precedentes de la *Sent. TEDH (Sección segunda) 08.07.2014*, D y otros contra Bélgica, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146420#{"itemid":\["001-146420"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146420#{).

³⁰ *Vid.* las citadas en los puntos 22 y 23 de la sentencia citada en la nota anterior.

³¹ *Vid.* CAMPIGLIO (2009, pp. 589-604).

italiano como hijos de la madre subrogada y el padre biológico. En 2007 se suscitó la rectificación de las actas del registro italiano para que constase como madre la madre de intención y el tribunal accedió considerando que la maternidad subrogada no era contraria al orden público internacional, que el orden público no actúa en abstracto, sino en el caso concreto, valorando los efectos derivados del rechazo de la demanda de rectificación en contraste con los derivados de su aceptación; y finalmente, aunque no menos importante, que en el supuesto concreto tres de los cuatro interesados eran extranjeros³². La operatividad *in concreto* del orden público y la mayor o menor proximidad del caso con el foro fueron dos elementos relevantes en este caso y lo son también en la actualidad.

Este precedente aún hoy emerge continuamente como un icono en la práctica italiana cuando se pretende hacer ver que la gestación por sustitución no afecta *per se* al orden público³³, más lo cierto es que el recurso al orden público como obstáculo al reconocimiento venía siendo habitual en las fechas anteriores a las sentencias del TEDH³⁴.

12. La referencia en España hemos de buscarla en la muy conocida *Sent. TS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, 06.02.2014*³⁵, penúltimo episodio³⁶ (hasta ahora) de la serie iniciada por la *Res. DGRN 18.02.2009*, que admitió la inscripción del nacimiento y filiación de dos menores nacidos en California mediante gestación por sustitución respecto de los comitentes varones casados entre sí³⁷. En verdad, más que la sentencia en sí fue la propia Resolución la fuente del debate, tanto en el plano social, como en el doctrinal y también en el judicial. Mas lo cierto es que el Tribunal Supremo confirmó la postura del Juzgado y la Audiencia, afirmando sin ambages la contrariedad con el orden público español de las inscripciones autorizadas por la DGRN.

Los aspectos de mera legalidad ordinaria (típicamente registrales, que por otro lado era lo que estaba en juego: la inscripción autorizada por la DGRN), dichos aspectos, digo, quedan totalmente oscurecidos por la discusión sobre la compatibilidad o incompatibilidad con el orden público español de la gestación por sustitución. Una discusión en los términos

³² Lectura entre líneas que hace de la sentencia CAMPIGLIO, (2009, p. 594).

³³ Incluso en los no infrecuentes procesos penales. Por ejemplo, *Sent. Trib. penal de Milán, 08.04.2014, Riv.*, 2015, pp. 384-394, p. 392. Se suele citar también entre los pronunciamientos aperturistas la *Sent. Trib. de Nápoles 01.07.2011* (el texto manejado puede verse en http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/TribNapoli_010711.pdf). No obstante, creo que el ejemplo no es claro, pues el tribunal acaba reconduciendo un supuesto de gestación por sustitución a uno de mera fecundación heteróloga que indubitablemente no contraría el orden público italiano.

³⁴ CAMPIGLIO (2014, pp. 507-508); BERGAMINI (2015, p. 332, nota 56).

³⁵ RJ 2014\833, con mi nota en *REDI*, 2014-2, pp. 273-277; un análisis más completo (en parte coincidente con el mío y en parte no), lo proporcionan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015, pp. 67 y ss.).

³⁶ El último lo constituye el *Auto TS, 1ª, 02.01.2015* (infra núms. 41 y ss.).

³⁷ Notas de A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *REDI*, 2009, pp. 215-219 y P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1249-1252; más ampliamente, QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, pp. 4-15, entre otras) y HEREDIA CERVANTES, (2013, pp. 695-701). Esta Resolución fue revocada por la *SJPI núm. 15 de Valencia, 17.09.2010* (AC 2010\1707) y ésta, a su vez, ratificada por la *SAP Valencia, Sección 10.ª, 23.11.2011* (JUR 2011\42024; con mi nota en *REDI*, 2012-1, pp. 213-216).

absolutos a los que me refería en la introducción. Una discusión que no se ajusta al significado y operatividad de la excepción de orden público.

13. El Tribunal Supremo, por mayoría de cinco contra cuatro magistrados, consideró que sí había contrariedad con el orden público español. Y comenzó, de forma correcta, identificando los valores superiores y los derechos fundamentales que confluyen en un supuesto de gestación por sustitución. Es decir, el *contenido* del orden público directamente implicado:

«derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39); [...] la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución) [...] el derecho a la integridad física y moral de las personas [que] tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad [que] constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución)»

Pero ahí se quedó toda la corrección. El TS derivó como «consecuencia lógica» que «*las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español*». Se trata esta de una afirmación carente de soporte en términos metodológicos y, a mi juicio, errónea en su conclusión³⁸. Señalado el contenido del orden público, su operatividad tiene que referirse al caso concreto. Solo en relación con ese caso concreto puede valorarse si las exigencias de los citados arts. 10.1, 18.1, 32, o 39 CE se ven o no comprometidas por la inscripción autorizada por la DGRN. Si la dignidad de la mujer gestante y de los niños –a los que de forma singular concede una vital importancia el TS- se veían comprometidos por la inscripción; si la importancia que concede al consentimiento de la madre se veía comprometida con la inscripción practicada, etc.³⁹.

14. La simplificación que el TS realiza en torno a la relevancia del art. 10 Ley 14/2006, de Técnicas de reproducción humana asistida, le hace caer en una fiscalización abstracta de la situación conformada por la ley extranjera: si esta sentencia marcara doctrina, tal doctrina consistiría en que todo lo que no sea afirmar el vínculo de filiación materna respecto de la madre gestante sería contrario al orden público español. Lo apodíctico del fallo recuerda en cierto modo a las sentencias de la *Cour de cassation*. Y, aun sin prejuzgar el resultado, el orden público opera de otra forma.

³⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, p. 362, nota 67).

³⁹ Muy detallado, DUDEN (2015, pp. 132 y ss.; p. 145 para la ley aplicable y 216-217 –con idéntico tratamiento- para el reconocimiento).

15. El voto particular tuvo la virtud de recordarlo: incide en que ha de tratarse de una valoración caso por caso; denuncia que el fallo no realiza un verdadero análisis de la vulneración de los derechos fundamentales y los valores superiores aducidos por la mayoría de la Sala y evidencia que se está utilizando el orden público de una forma preventiva; además, le da al consentimiento de la madre una relevancia que la sentencia pasa por alto. Todo ello es correcto. Y por eso llama más la atención que los magistrados discrepantes sucumbieran también a la tentación de tomar partido apriorístico y adaptar los argumentos a ese partido. Consideraron no relevantes o despreciables aspectos del procedimiento seguido en California que, a mi juicio, son cruciales: las vicisitudes de la gestación, el tipo de gestación, los consentimientos de la madre gestante, la mercantilización del proceso, y otros muchos aspectos, *que sí son relevantes* para decidir si el reconocimiento y la inscripción concreta es o no contraria al orden público. Se amparó el voto particular, cómo no, en el *interés del menor*, sin matices. Como si se tratase del Bálsamo de Fierabrás en el que aceite, vino, sal y romero se sustituyen por el interés superior del niño para salvar cualquier vicio que pudiera impedir el reconocimiento. Abrazaron artificialmente el *derecho a procrear*, la similitud entre la gestación por sustitución y la adopción o la *libre circulación de personas* dentro de la UE en un heterogéneo amontonamiento argumental, típico de quien no está dispuesto a argumentar. En definitiva, la sentencia del TS nos ofrece dos posturas enfrentadas en términos voluntaristas. En los temidos términos de brocha gorda a que me referí al comienzo⁴⁰.

3. Los casos *Mennesson y Labassée*: alcance

16. Y en esto llegó el TEDH. No de improviso. Se le esperaba haciendo cábalas sobre cuál sería su postura. Los recursos anunciados en los casos *Mennesson y Labassée* habían generado unas expectativas que discurrían entre hasta dónde llegaría el interés de los niños, por un lado, y hasta dónde el legítimo margen de apreciación de Francia sobre la regulación de la gestación por sustitución, por otro. Además la ausencia de buena fe en la actitud de los padres de intención parecía jugar en su contra. Ausencia de buena fe o de legítimas expectativas de reconocimiento por mor del conocimiento real de que las operaciones llevadas a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica se explicaban, precisamente, porque eran jurídicamente rechazadas en Francia. Se ha dicho, con acierto, que en los casos de gestación por sustitución el recurso a los derechos humanos puede conducir tanto al reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero cuanto a su rechazo, dependiendo del balance que se haga de los derechos implicados⁴¹.

17. En estos términos la alegación de una vulneración del «derecho al respeto a la vida privada y familiar» consagrado por el art. 8 del CEDH no tenía plenas garantías de éxito. Existía un precedente, la *Sent. TEDH 28.06.2007 (76240/01) Wagner and J.M.W.L v.*

⁴⁰ Una visión más amplia de la práctica en España, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2014, pp. 66-73).

⁴¹ VETTOREL, (2015, p. 526).

*Luxembourg*⁴², en el que se había condenado a Luxemburgo por haber vulnerado dicho artículo al no haber reconocido una adopción plena constituida en Perú por una madre soltera. Pero se trataba de un precedente valorado e interpretado de forma dispar por la doctrina, sin acuerdo sobre la importancia que en su fallo había tenido la *buena fe y las legítimas expectativas* de una de las requirentes⁴³ y, al menos, alejado de los casos de turismo reproductivo más frecuentes en materia de gestación por sustitución⁴⁴. La Sra. Wagner había adoptado a su hija confiando en una cierta práctica de las autoridades luxemburguesas que toleraba este tipo de adopciones aún siendo contrarias al Derecho interno. Esta legítima expectativa de reconocimiento era totalmente ajena a los casos de gestación por sustitución.

18. El TEDH condenó a Francia en los dos casos. El precedente *Wagner* formó parte de su argumentación, pero no fue decisivo.

Para medir si Francia había respetado el derecho al respeto de la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, el TEDH hizo un análisis exhaustivo de todos los aspectos de la vida diaria que se veían afectados por la ausencia de inscripción de los nacidos en el registro civil francés, así como de las consecuencias potenciales en materia de nacionalidad o de posibles derechos hereditarios de los nacidos. En este escrutinio distinguió –y este fue un movimiento clave– los aspectos ligados al derecho del respeto a la *vida familiar* (de todos los recurrentes) y los ligados al derecho a la *vida privada* (solo en relación con los hijos). Y mientras que en el primer caso estimó que ciertamente había injerencia, pero se trataba de una *injerencia justificada*, en el segundo consideró que había igualmente injerencia pero esta vez *no justificada por no ser necesaria*, con la consiguiente vulneración del CEDH. Dicho con otras palabras, por lo que atañe a nuestra reflexión, *el recurso al orden público francés no se justifica o, en todo caso, conduciría a una situación de conculcación de un derecho humano*.

19. El TEDH aceptó la legitimidad la previsión legal de la ley francesa contraria al reconocimiento de la filiación (*rectius*, la denegación de su inscripción en el Registro civil) en casos como los analizados, así como los objetivos legítimos de tal previsión legal; pero *niega su carácter necesario* en una sociedad democrática, en lo que atañe a la *existencia o identidad de la persona*, aspectos en los que se integra de forma esencial su filiación. Reconoce, como en tantos otros aspectos controvertidos, que cuando no hay consenso entre los Estados del Consejo de Europa, como en el caso de la gestación por sustitución, el margen de apreciación de cada Estado es amplio, pero ese margen se reduce cuando se refiere a aspectos esenciales de la *identidad de las personas*, como integrante del «derecho al respeto de su vida privada».

⁴² También *Sent. TEDH, 03.05.2011, Negrepontis Giannisis v. Grecia*.

⁴³ Opiniones diversas que se expresaron en el seno del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-17t-fr.html). KINSCH, (2010, pp. 272-273); KINSCH, (2011, pp. 42 y ss.).

⁴⁴ DIONISI-PEYRUSSE, (2012, p. 165).

20. Las sentencias no eludieron el test de la previsión o expectativa legítima ligada a la idea de fraude, presente en la jurisprudencia *Wagner*, pero lo limitaron a la dimensión del derecho de toda persona al respeto de su vida *familiar*⁴⁵, que no considera vulnerado. A los padres no se les ha vulnerado ningún derecho: la familia es un concepto de hecho y Francia no había impedido en ningún momento la convivencia pacífica. A los hijos sí. El rechazo de la inscripción de las actas de estado civil por parte de la *Cour de cassation* no supone injerencia en la vida familiar de los requirentes, pues refleja un equilibrio justo entre sus intereses y los del Estado francés; pero sí existe vulneración del respeto a la *vida privada* de los menores, que tienen derecho a establecer los detalles de su identidad como persona. Obviamente, en el caso de los hijos ningún test de previsibilidad, fraude o expectativa legítima podría aplicarse. No se pone en tela de juicio el orden público internacional francés en sí mismo considerado, sino si de su operatividad en el caso concreto resulta un equilibrio justo entre los intereses de la sociedad en que todos se ajusten a las normas democráticamente adoptadas (el orden público entre ellas) y el de los requirentes a su vida personal y familiar, donde el interés superior de los niños es prevalente.

21. La toma de posición del TEDH es contundente y trascendente. Desde la perspectiva de la vida privada de los nacidos y de cómo el Tribunal construye la vinculación entre *vida privada-identidad-filiación*, apenas queda margen para los Estados en los supuestos más típicos, aquellos en los que existe un vínculo biológico entre uno de los padres de intención y el nacido o nacidos. En ningún momento se llega a hablar de un derecho a una *identidad única*, pero casi⁴⁶. En ningún momento se habla de la erradicación del orden público como obstáculo al reconocimiento, pero casi⁴⁷. La interpretación del TEDH vendría a superponerse casi totalmente sobre los sistemas de DIPr de cada Estado.

22. Casi. En realidad la práctica posterior a estas sentencias demuestra que el debate no ha concluido. Y no lo ha hecho porque la doctrina del TEDH es tributaria (o al menos así se ha leído de forma generalizada y probablemente correcta) de dos factores que concurrían en los casos analizados, pero que no tienen por qué concurrir en otros: por un lado, el hecho de que en ambos casos existía un vínculo genético real entre alguno de los padres de intención y los nacidos⁴⁸; por otro, que el sistema francés se regía en estos casos por la máxima *fraus omnia corrumpit*, según la cual, no solo no podría reconocerse efecto alguno al acto fraudulento, sino que tales o similares efectos no podrían aceptarse mediante el

⁴⁵ Núms. 58 y ss. de la sentencia *Mennesson*. *Vid.*, al respecto, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, p. 363); y ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013, p. 89).

⁴⁶ Así lo interpreta P. JIMÉNEZ BLANCO, en su nota a estas dos sentencias, *REDI*, 2015-3-Pr, pp. 238-241, p. 239; también en PRESNO LINERA y JIMÉNEZ BLANCO, (2014, p. 40).

⁴⁷ P. JIMÉNEZ BLANCO habla de posible neutralización de la doctrina de la citada *STS*, 1ª, 06.02.2014 (*REDI*, 2015-3-Pr, p. 240).

⁴⁸ La interpretación generalizada de la doctrina del TEDH considera este dato fundamental (núm. 100 de la sentencia *Mennesson* y 79 de *Labassée*; por todos HENRICH, (2015, p. 230); para CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015, p. 95 o 99) el alcance de dicha doctrina favorable al reconocimiento alcanzaría también los padres de intención no vinculados genéticamente con los nacidos; en la misma línea, aunque conscientes de que se trataría de una interpretación extensiva de lo dicho por el TEDH, PRESNO LINERA y JIMÉNEZ BLANCO (2014, pp. 41-41).

recurso a otras vías u otros instrumentos proporcionados por el sistema⁴⁹. En otras palabras, que no solo se denegaría el reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, sino que tampoco podrían recurrir los interesados a otras vías (reconocimiento voluntario de paternidad, adopción, posesión de estado...) para hacer valer esa filiación.

23. En el momento de comenzar a redactar estas líneas pendían ante el TEDH tres nuevos casos contra Francia, llamados a tener relevancia sobre el tema: *Laborie and Others v. France* (núm. 44024/13): gestación por sustitución en Ucrania por pareja heterosexual; *Foulon v. France* (núm. 9063/14): gestación por sustitución en India por padre de intención varón; *Bouvet v. France* (núm. 10410/14): gestación por sustitución en India de padre de intención varón que forma pareja (PACS) con otro varón⁵⁰. El orden público (aquí también envuelto en la idea de fraude) había estado presente en los tres procesos y, en ocasiones, con una contundencia no infrecuente en los tribunales franceses que, por ejemplo, hace afirmar a la *Cour de cassation* que:

«... en presencia de este fraude, no pueden ser invocados ni el interés superior del niño que garantiza el artículo 3, § 1, de la Convención internacional sobre los derechos del niño, ni el respeto de la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales»⁵¹.

En su *Sent. TEDH*, 21.07.2016, *Foulon et Bouvet c. France*, el TEDH no dudó en extender su jurisprudencia *Menesson* y *Labassée* a los casos *Foulon* y *Bouvet*, que había decidido acumular y resolver conjuntamente. La respuesta fue especialmente sucinta y sin aportar ninguna novedad reseñable.

4. Las reacciones tras la postura adoptada por el TEDH

4.1. La nueva jurisprudencia de la *Cour de cassation*

24. Resulta interesante ver cómo la *Cour de cassation* se enfrenta a supuestos de gestación por sustitución tras la condena de Francia en los asuntos *Menesson* y *Labassée*. Lo hace, con moderación y casi, diría, con resignación. Ciertamente la *Cour* no se había prodigado en grandes construcciones cuando consideró que las inscripciones eran contrarias al orden público francés, y tampoco lo hace ahora, cuando casa o ratifica las decisiones de tribunales inferiores que habían rechazado o aceptado dichas inscripciones.

⁴⁹ En este sentido, las sentencias citadas supra notas 26 y 27 y nota crítica en cuanto a los efectos del fraude de S. BOLLÉE, *Rev.crit.*, 2014, p. 619 y ss. párrafos A-6 y a-9.

⁵⁰ Fuente: <http://www.echr.coe.int> (consultada el 29 de septiembre de 2016). Sobre la *Sent. TEDH*, 27.01.2015, *Paradiso y Campanelli contra Italia*, vid. lo dicho supra nota 7.

⁵¹ *Sent. Cour de Cassation* 13.09.2013, reproducida en *Foulon v. France*, y ya en el punto 34 de la sentencia *Menesson*.

El laconismo de la *Sent. Cour de cassation* núm.619 03.07.2015 (14-21.323)⁵² es muy significativo: casa la sentencia inferior que había rechazado la inscripción de nacimiento en Rusia de un niño que constaba como hijo por reconocimiento de un francés y de una mujer rusa, aparentemente, madre subrogada. La Cour, sin mencionar para nada el orden público, resuelve:

«Teniendo en cuenta que para rechazar la inscripción la sentencia sostiene que hay un cuerpo de pruebas tal que demuestran la existencia de un proceso fraudulento, con un contrato de gestación por sustitución celebrado entre...

Que al fallar de este modo, sin haber constatado que el acta [de nacimiento] era irregular, falsificada y que los hechos en ella declarados no se correspondían con la realidad, el tribunal ha vulnerado los textos citados» [art. 47 CC francés, art. 7 del Decreto 62-921 de 3 de agosto 1962 y... art. 8 CEDH]⁵³

La ley positiva francesa no ha cambiado desde la jurisprudencia de 2013. Pero el art. 8 del CEDH es decisivo. Nada se dice del orden público y nada sobre la gestación por sustitución. La estimación del recurso traduce una cierta idea de resignación.

25. Por su parte, la *Sent. Cour de cassation* núm.620 03.07.2015 (15-50.002)⁵⁴, igual de lacónica, da un pequeño paso más al establecer que:

«Sin embargo, habiéndose comprobado que el acta de nacimiento no fue ni irregular, ni falsificada, y que los hechos en ella reflejados se corresponde con la realidad, el Tribunal de Apelación llegó a la correcta conclusión de que el contrato de gestación por sustitución celebrado entre el Sr. Y y la Sra. A... no era ningún obstáculo para la inscripción del acta de nacimiento...»

La situación era similar a la anterior: acta de nacimiento en Rusia de padre francés y madre rusa, con la peculiaridad de que la solicitud de inscripción ya había sido aceptada por la *Sent. Cour d'appel de Rennes*, 16.12.2014 y el recurso lo interponía el ministerio fiscal. La novedad es que lo que en el anterior resultaba implícito, aquí parece explícitamente: la existencia de un contrato de gestación por sustitución no es obstáculo a la inscripción.

26. Ciertamente, en la interpretación generalizada de estos dos casos se aprecia más un rechazo a la idea de fraude a la ley francesa que a la de orden público. El fraude, por recurrir a la gestación por sustitución prohibida por el ordenamiento francés, (ya) no es

⁵² https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/619_3_32230.html.

⁵³ «Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. » (art. 47 CCF); «Les actes de l'état civil dressés en pays étranger qui concernent des français sont transcrits soit d'office, soit sur la demande des intéressés, sur les registres de l'état civil de l'année courante tenus par les agents diplomatiques ou les consuls territorialement compétents ; cette transcription est mentionnée sommairement dans les fichiers tenus au ministère des affaires étrangères et dans les postes diplomatiques et consulaires» (art. 7 del Décret núm. 62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil, en lo que a nosotros interesa).

⁵⁴ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/620_3_32232.html

suficiente para denegar la inscripción de quien efectivamente son padre y madre biológicos para la ley francesa. Aunque ello no responda más que a una parte de los intereses en juego, y deje tantas incógnitas por resolver como las que resuelve⁵⁵. Sobre todo, la suerte de la relación entre la madre biológica y el o los hijos y entre estos y la madre de intención.

4.2. La reacción de la *Corte di cassazione italiana*

27. Aunque la citada *Sent. Trib. App. de Bari 19.02.2009* había rechazado el orden público como obstáculo al reconocimiento, otros precedentes y los más cercanos, los del caso *Paradiso*, ponían el énfasis en tal obstáculo⁵⁶. En este contexto, la doctrina de los casos *Menesson* y *Labassée* resultaba especialmente relevante para valorar la evolución de la operatividad del orden público italiano en la primera ocasión importante en que la *Corte di cassazione* se enfrentó con un problema de reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución. La *Sent. Corte di cassazione, 26.09.2014*⁵⁷, sin embargo, volvió a echar mano del orden público para rechazar el reconocimiento del pretendido vínculo de filiación derivado de un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en Ucrania.

28. La *Corte* tuvo en cuenta expresamente la doctrina del TEDH pero para considerarla no trasladable al caso considerado. Como he señalado, en *Menesson* y *Labassée* el TEDH se movió entre el respeto por las soluciones francesas, en un ámbito en el que el margen de apreciación de los Estados había de ser necesariamente amplio, y la condena en relación con la identidad y la vida privada. Había un vínculo biológico entre los padres y los hijos que el ordenamiento jurídico francés ni reconocía ni permitía que se estableciera por otros medios. ¿*Quid* cuando estos dos datos –o alguno de ellos– están ausentes? Se trata de una cuestión que desde el primer momento fue identificada como *potencialmente* ajena a los efectos de *Menesson* y *Labassée*; como una cuestión abierta⁵⁸. Y la *Corte di cassazione* la zanja en sentido negativo al reconocimiento: no existía vínculo genético entre los padres de intención y el nacido, y reconocer la filiación en este caso vulnera el orden público italiano.

29. El contenido positivo del orden público que se manejó fue la contrariedad del reconocimiento con la dignidad de la madre y la vulneración de la institución italiana de la adopción. El segundo de los aspectos ya había estado presente en la práctica judicial

⁵⁵ *Vid.* la densa y muy ilustrativa nota de la redacción en *Rev.crit.*, 2015, p. 885 (que he consultado en formato electrónico).

⁵⁶ *Supra* nota 34. Además en concreto la *Sent. Tribunal de Apelación de Campobasso 03.04.2013*, citada en la sentencia *Paradiso*.

⁵⁷ *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2015, pp. 428-434; en francés puede leerse un extracto comentado en PRETELLI, (2015, pp. 559-578).

⁵⁸ Así lo puso de manifiesto la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado «The Parentage / Surrogacy Project: an updating note», (Prel. Doc. No 3 A of February 2015), pp. 5-6 (The questions which remain following the ECtHR decisions). Accesible en <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>

francesa⁵⁹ y es un elemento interesante pues no forma parte del núcleo duro de los derechos fundamentales a los que cada vez más frecuentemente se trata de restringir el contenido del orden público. Sin duda, las peculiaridades del caso no fueron ajenas: los padres de intención tenían un historial con diversas denegaciones de su idoneidad para la adopción. En lo que atañe a la vulneración de la dignidad de la madre, se desprende del fallo que el carácter comercial de la gestación por sustitución fue determinante. A contrario, parece colegirse que una maternidad de sustitución altruista no atentaría contra tal dignidad. También lo fue, como he adelantado, el hecho de que no existía vinculación biológica entre los padres de intención y el/los nacidos. La *Corte di cassazione* opera también con otros tópicos para apuntalar su negativa al reconocimiento: la existencia de sanción penal en Italia⁶⁰, o el hecho de que el propio contrato de gestación por sustitución ni siquiera se acomodaba a las exigencias del Derecho de Ucrania⁶¹. El extravagante «razonamiento europeo» también estuvo presente (en el recurso se hacía mención a la violación del art. 16 de la Ley de 31 de mayo de 1995, n. 218, del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del niño y del art. 23 del Reglamento 2201/2003), aunque sin relevancia alguna.

30. En cuanto al juego del *interés superior del niño*, la sentencia acoge una visión dogmática y apriorística que lo hace coincidir con su concreción en el *Derecho italiano*, por lo que no desempeñó el papel protagonista que suele tener en estos casos y que meses después fue puesto en primer plano por el TEDH en *Paradiso*, cuando estableció que «el recurso al orden público no puede suponer una carta blanca para justificar cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño incumbe al Estado con independencia de la naturaleza del vínculo de filiación, genético u otro»⁶². Obviamente, el pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo es posterior al de la *Corte di cassazione* y malamente pudo ésta tenerlo en cuenta, pero sí estuvo presente en la sentencia que analizamos a continuación. En todo caso, la *Corte* opera, frente a los argumentos de los padres de intención, con un concepto de *orden público clásico* en el que no solo los derechos fundamentales común e internacionalmente aceptados integran su contenido, sino que éste también está conformado por los *valores superiores del ordenamiento italiano*. Si no se puede confundir con las normas imperativas italianas, sí pueden extraerse dichos valores de algunas de esas normas imperativas⁶³.

31. La *Sent. Corte di cassazione, 26.09.2014*, que como acabamos de ver reacciona contra una interpretación maximalista de la doctrina del TEDH, contrasta firmemente con la más reciente *Sent. Corte di cassazione, 30.09.2016*⁶⁴. A la espera de los comentarios de la que creo

⁵⁹ Supra núm. 9.

⁶⁰ Con numerosos casos vinculados a la gestación por sustitución: CAMPIGLIO, (2014, p. 506, notas 70 a 73).

⁶¹ Que hace hablar a PRETELLI, (2015, núm. 22), de «doble violación» (de la ley ucraniana y de la italiana).

⁶² Punto 80 de la sentencia. La traducción es propia.

⁶³ Aprueba el razonamiento THOMALE, (2016-b, p. 496).

⁶⁴ Accesible en http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/19599_10_2016.pdf. El documento original aparece fechado el 21 de

que está llamada a ser una sentencia fundamental para el DIPr italiano, esta decisión está claramente orientada a *reducir al máximo el orden público italiano* y a facilitar el reconocimiento de los vínculos de filiación legalmente existentes en el extranjero. El supuesto de hecho puede parecer que no atañe al objeto de nuestro análisis, la gestación por sustitución, pero ello es solo aparente: una mujer italiana contrae matrimonio en España con una española, aporta su óvulo que es fecundado por los gametos masculinos de un tercero anónimo y es su mujer la que lleva a cabo el embarazo. El matrimonio se divorcia posteriormente quedando el hijo bajo la custodia compartida de ambas. Es la solicitud de inscripción del nacimiento y la filiación en Italia la que provoca el inicial rechazo y el posterior periplo judicial en el que las solicitantes obtienen respuesta judicial positiva que es recurrida por el procurador de la República y por el Ministerio del interior italiano. La *Corte de cassazione* rechaza los recursos con una sentencia propia de cualquier meritorio trabajo doctrinal sobre la materia, por la variedad de argumentos y la toma nítida de postura, no solo para resolver el caso concreto, sino con pretensiones de generalidad. El objeto fundamental de los razonamientos es el orden público internacional italiano.

32. Es cierto que la diferencia con los supuestos de gestación por sustitución no solo es apreciable en la somera descripción efectuada, sino que resulta expresamente resaltada por la propia *Corte de cassazione*⁶⁵, quizá para tratar de quitarse de encima un lastre, el de su citada *Sent.*, 26.09.2014, del que finalmente se libera apelando a dos diferencias: la inexistencia de vínculo genético en el caso de la gestación por sustitución llevada a cabo en Ucrania y el hecho (presunto) de que tampoco para Ucrania había vínculo de filiación en aquel caso concreto. Sin embargo, pienso que este esfuerzo de diferenciación casa mal con el enorme arsenal argumental que la *Corte* utiliza, mucho más generalizable.

33. En primer lugar y como fundamento del resto de su argumentación, la *Corte reduce el contenido del orden público a los principios fundamentales derivados de la Constitución, de los tratados y de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Una reducción de la que deriva que todo aquello que pudiera entrar en la Constitución (con independencia de cómo el legislador ordinario la haya desarrollado y entendido) no sería contrario al orden público. De hecho, llega a señalar que la verificación de la eventual contrariedad con el orden público «se trata de un juicio (o de un test) similar al de constitucionalidad, pero preventivo y virtual» en el que tan solo puede estimarse la existencia de contradicción cuando el juez valore que el legislador italiano nunca podría dictar una norma similar a la extranjera (en este momento la *Corte* argumenta en términos de ley aplicable)⁶⁶.

junio de 2016, si bien en la página oficial de la *Corte de cassazione* aparece el 30 de septiembre de 2016 que es la fecha de depósito en la cancellería.

⁶⁵ Puntos 10.2 y 13 de la sentencia.

⁶⁶ Puntos 7 y 10.1 de la sentencia, que concluye con la articulación formal de la idea descrita en el texto.

34. En segundo término, la *Corte* pasa a analizar el «interés del menor», también sobre la base de la normativa internacional de derechos humanos y la Constitución⁶⁷. Dicho interés se identifica con «el derecho a conservar el estatus de hijo reconocido por un acto válidamente formado en otro país de la Unión Europea». En apoyo de esta manifestación se traen a colación el art. 8 de la Convención de Nueva York sobre derechos del niño, así como una amplia presencia de la jurisprudencia del TEDH (donde sobresale el recurso a la sentencia *Menesson*) y del TJUE (con apelación a la STJ, 14.10.2008, C-353/06, *Grunkin*, y a la STJ, 02.10.2003, C-148/02, *García Avello*) y una apelación especial a la *Sent. BGH*, 10.12.2014, que veremos a continuación⁶⁸. Esta aproximación llega a su máxima expresión cuando la *Corte* proclama la existencia de un «derecho fundamental a la conservación del estatus legítimamente adquirido en el extranjero»⁶⁹, con la coda de «en el caso concreto en otro país de la UE»⁷⁰. A esta afirmación esencial se le suman otras como la que sostiene que «la regla según la cual es madre aquella que ha parido» no es un principio constitucional, por lo que no es posible derivar de ella un principio de orden público⁷¹; o la que reclama – ya desde el punto de vista de las madres- «la fundamental y general libertad de la persona de autodeterminarse y de formar una familia»⁷².

35. Se trata, como se puede apreciar, de un fallo que optimiza todos los argumentos favorables al reconocimiento, incidiendo en una reducción al mínimo de las razones de orden público que pudieran ser contrarias al mismo. Se le puede achacar que no distingue con claridad los distintos planos, y su fuerza relativa, procediendo a un cierto amontonamiento indiscriminado por ejemplo, del europeo (libertad de circulación de personas), el comparado (mezcla de decisiones suizas, francesas o alemanas) o el de la CEDH. Pero la contundencia es evidente... también para los supuestos de gestación por sustitución. El intento de separarse de éstos me parece forzado e innecesario. Bastaría con separarse de aquellos en los que no existe un vínculo genético entre nacido y padres de intención, y aún así, el «derecho fundamental a la conservación de un estatus legítimamente adquirido en el extranjero» sería suficiente para eludir la ausencia de dicho vínculo.

4.3. La Sentencia BGH de 10 de diciembre de 2014

36. Uno de los apoyos argumentales de la *Sent. Corte di cassazione*, 30.09.2016 fue, como he señalado, la *Sent. BGH*, 10.12.2014 (XII ZB 463/13)⁷³, que resuelve la solicitud de

⁶⁷ Punto 8.

⁶⁸ Punto 8.2.

⁶⁹ Puntos 8.3 y 10.3.

⁷⁰ Punto 8.4 *in fine*.

⁷¹ Punto 11.1 *in fine*.

⁷² Punto 12 *in fine*.

⁷³ <http://www.bundesgerichtshof.de> (en alemán). Un exhaustivo comentario con muchos más matices (e información) de la que ahí se da es el de GÖSSL (2015, pp. 457-461, para el orden público). La sentencia es un potente argumento para CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015, pp. 77-79, entre otras) para la crítica de la *STS*, 1ª, 06.02.2014.

reconocimiento de la sentencia californiana por la que se declara la filiación de un niño nacido mediante gestación por sustitución respecto de una pareja registrada de dos varones alemanes residentes en Alemania. Y lo hizo en forma positiva, con análisis expreso y pormenorizado de las razones de orden público que podrían estar en contra y con una presencia real de los derechos humanos en general y del CEDH en especial. El resumen que encabeza la versión oficial de la sentencia señala que:

«a) Una decisión judicial extranjera, que contiene la declaración de la filiación, puede tener acceso al reconocimiento, al contrario que el mero registro de la relación parental. [...] b) Al considerar si la decisión es contraria al orden público, deben tenerse en cuenta los derechos humanos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos [...] c) El mero hecho de que una sentencia extranjera atribuya la filiación del hijo a los padres de intención en el caso de maternidad subrogada no supone ninguna violación del orden público, cuando uno de los padres de intención –al contrario que la madre gestante- está vinculado genéticamente con el niño. [...] d) Nada distinto puede derivarse del hecho de que la paternidad también se asigne a la pareja registrada junto al padre genético».

37. A pesar de este prometedor avance, la doctrina de los casos *Menesson* y *Labassée* no ocupó un lugar especialmente destacado en el razonamiento del fallo, sino que adornó otras consideraciones más vinculadas a la ley alemana y a las posibilidades que la ley alemana ofrecía para abordar globalmente situaciones como la planteada. En el punto 40 de la sentencia aparece la importancia del CEDH y la jurisprudencia del TEDH para la determinación del contenido y alcance de los derechos humanos que forman parte del orden público. Y poco después (punto 42) una mención sintética a los casos *Menesson* y *Labassée*. Resulta difícil discernir cuál habría sido la respuesta del BGH en ausencia de estos casos, pero una contemplación objetiva de la sentencia me permite aventurar que no habría cambiado.

38. El BGH, en mayor medida que sus homólogos europeos, contaba con una práctica de los tribunales inferiores muy variada y rica en matices. Con diferentes supuestos de hecho (dentro de la global gestación por sustitución) que encontraban también diferentes soluciones. Y aunque la prohibición de la maternidad subrogada en el Derecho sustantivo alemán tendía a considerar que existía violación del orden público cuando se pretendía reconocer una llevada a cabo en el extranjero⁷⁴, lo cierto es que las opiniones doctrinales eran mucho más variadas y matizadas⁷⁵.

El BGH corrige esta tendencia de la práctica jurídica mediante una argumentación llena de matices pero que en definitiva rechaza que el reconocimiento solicitado pudiera vulnerar el orden público alemán.

39. Esta última consideración es, quizá, el punto más interesante de la sentencia y quizá también el más discutible, no por lo que dice, sino por lo que podría derivarse de lo que no

⁷⁴ *Vid.* jurisprudencia citada por DUDEN, (2015, p. 133, nota 2).

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 133-134, nota 3.

dice. El BGH realiza un escrutinio in concreto del orden público apoyándose en las circunstancias específicas de la situación y diferenciando diversos aspectos. Una analítica en la que comienza por diferenciar la situación del padre biológico y la de su conviviente así como la de la madre subrogada. Respecto del primero, ninguna contrariedad con el orden público ve en el reconocimiento de la situación dado que en Derecho alemán sería posible el reconocimiento voluntario de paternidad respecto del padre biológico; respecto de la madre gestante, que no tenía vínculo genético con el nacido, su consentimiento ex ante y ex post aproximaba la situación a la de la adopción del Derecho alemán, no pudiendo afirmar ninguna vulneración de su dignidad como ser humano; en relación con la filiación respecto del conviviente, de nuevo el BGH echó mano del Derecho alemán: el propio Tribunal Constitucional alemán había consagrado la adopción del hijo del conviviente registrado; respecto de ambos, el derecho a crear y mantener una familia tal cual se evidencia en el Derecho alemán a través de su regulación de la adopción, la transexualidad o la donación de esperma, también abonaría la tesis de la ausencia de contrariedad con el orden público; por último, cómo no, el interés superior del niño, a la luz de las circunstancias, conducía a la misma solución. Y en las circunstancias de marras se manejaron argumentos de muy distinta naturaleza y con también diverso peso argumental: de un lado, fue fundamental que existiese una vinculación genética con uno de los padres de intención y ninguna con la madre subrogada; de otro, el derecho del niño a conocer sus orígenes tuvo una presencia residual; por último, un típico argumento de DIPr emergió como integrante de ese interés superior: la necesidad de evitar situaciones claudicantes.

40. Me he permitido resaltar la importancia del Derecho alemán (la regulación positiva simple y llana) por lo nítido del razonamiento: no podemos considerar contrario al orden público alemán algo que conduce a un estado de cosas jurídico que podría alcanzarse a través de mecanismos reconocidos por la propia ley alemana. Vimos con anterioridad esta idea reflejada ya en la práctica judicial belga⁷⁶. Pero el argumento contrario no es inverosímil. De hecho, es el que está detrás de la resolución del Tribunal Supremo español que analizaré a continuación. El BGH admite el reconocimiento y rechaza el orden público, sin hacer pagar el peaje de la reconstrucción de la situación jurídica mediante las vías del Derecho alemán. Reconstrucción que, además, y este sí es un típico argumento de DIPr, implicaría la formación de títulos distintos en Alemania y en California, donde el título de filiación sería diferente⁷⁷. Ahora bien, la cierta comodidad del razonamiento lo hace necesariamente parcial: ¿quid de los supuestos que no se ajustan al perfil del caso resuelto? ¿quid de los supuestos en los que el Derecho sustantivo alemán no se muestra tan comprensivo?⁷⁸

4.4. El Auto del TS de 2 de febrero de 2015

⁷⁶ Supra núm. 10.

⁷⁷ Este tópico es perfectamente reconducible al derecho a la propia identidad como ya vimos en propuesta de PRESNO LINERA y P. JIMÉNEZ BLANCO (*supra* nota 46).

⁷⁸ Sobre estos y otros temas que la sentencia deja abiertos, HENRICH (2015, pp. 230 y ss.); GÖSSL, (2015, pp. 462-465).

41. Como en el anterior epígrafe adelanté, también el Tribunal Supremo español tuvo ocasión de volver sobre el tema tras los casos *Menesson* y *Labassée*. Además se enfrentó *directamente* a la relevancia de la doctrina del TEDH, pues fue precisamente ésta la que determinó el incidente de nulidad promovido contra su citada *STS, 1ª, 06.02.2014*. Y no es baladí este hecho: el Auto del TS no aborda un caso distinto a los ya resueltos, con matices en el supuesto de hecho que pudieran justificar también matices en la respuesta. Se trata de que revise su fallo en relación con *el mismo* caso en el que consagró tan categórica visión del orden público español⁷⁹. Los recurrentes consideraban que la aparición subsecuente de las dos sentencias del TEDH justificaba la revisión... y la revocación del fallo⁸⁰. Al contrario que en la *Sent. BGH, 10.12.2014* y la *Sent. Corte di cassazione, 26.09.2014*, el interés añadido de este caso radica en que se trata de una confrontación directa entre lo dicho por el TS y lo dicho por el TEDH.

42. Los recurrentes no estaban ayunos ni de razones, ni de un nutrido grupo de corifeos, entre los que la propia DGRN parecía tomar partido. En efecto, apenas dos semanas después de las sentencias *Menesson* y *Labasée*, el órgano directivo emitió una Consulta⁸¹ cuyo contenido, en esencia, era revivir la Instrucción DGRN, 05.10.2010, por la que se establecía un procedimiento y unas condiciones posibilistas de la inscripción en el Registro civil de la filiación derivada de gestación por sustitución⁸². Aunque la DGRN habla del «mantenimiento de la vigencia y aplicabilidad plena de la Circular», el efecto pretendido sin duda era y es la reviviscencia, pues la contundencia con que la jurisdicción había consagrado la contrariedad de la gestación por sustitución por el orden público español dejaba poco o ningún margen a los encargados del Registro civil. La Consulta utiliza un doble orden de razones. En primer lugar, acude a una a mi juicio artificiosa utilización del texto de la propia STS; medias verdades y medias mentiras que transmiten la impresión de voluntarismo y amontonamiento de ideas no siempre comprensibles. El resultado buscado es tratar de acreditar que la *STS, 1ª, 06.02.2014* no afecta a la Circular-Instrucción. Si reparamos en este planteamiento de la DGRN, cabalmente concebido, está asumiendo que los recurrentes no tenían opción, porque para ellos, sin duda, sí valía la sentencia. El discurso es que no afecta a la Instrucción DGRN, 05.10.2010, pero obviamente sí al caso enjuiciado. No obstante, en un segundo término, y esto es lo que más nos interesa, la DGRN apela a la doctrina del TEDH. Una apelación inteligente, que comienza reconociendo las diferencias entre la situación del ordenamiento francés y la del ordenamiento español. Diferencia, que también inteligentemente no se explicita, pero que esencialmente radica en la mencionada imposibilidad de establecimiento de la filiación por

⁷⁹ Supra núms. 12 y ss.

⁸⁰ También P. JIMÉNEZ BLANCO, *REDI*, 2015-3-Pr, p. 240.

⁸¹ Dirección General de los Registros y del Notariado: Consulta de 11 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Inscripciones gestación por sustitución, texto completo consultado en *LA LEY Derecho de familia*, 3 de Junio de 2015.

⁸² Vid. críticamente ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, pp. 356-361); más favorable, HEREDIA CERVANTES (2013, pp. 701 y ss.).

cualquier medio que el sistema galo consagra⁸³, frente a las posibilidades que sí proporciona el español. La DGRN liquida el matiz señalando que

«modificar ahora la interpretación de este Centro Directivo entendiendo que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ha quedado afectada en su vigencia por la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, además de no compadecerse con una cabal interpretación de su doctrina, supondría alejar la práctica registral española, en una materia tan sensible desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de la línea hermenéutica que emana de los citados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Es una conclusión posible. Pero no necesaria. Y el esfuerzo por seguir trayendo a colación de una forma, cuando menos ambigua⁸⁴, la doctrina del TEDH, no caló en el Tribunal Supremo. Ciertamente no era tal la intención de la Consulta, que partía, precisamente, de la propia doctrina del TS como aplicable al caso concreto resuelto por el TS. Pero, al igual que la citada *Sent. Corte di cassazione, 30.09.2016* (que reniega de los casos de gestación por sustitución) la panoplia argumental de la DGRN es, ciertamente, generalizable. Dicho con otras palabras, formalmente pretende no afectar a la STS, pero sustancialmente, en términos de argumentación, lo hace.

43. Sin embargo, el Auto que rubrica el presente epígrafe no considera que la línea hermenéutica que emana de los citados pronunciamientos del TEDH afecte a su concepción del orden público tal cual se estableció en la *STS, 1ª, 06.02.2014*.

La línea argumental del TS era previsible y se acoge a una de las dudas relevantes o puntos abiertos que dejaba el TEDH. Según el TS la esencia de la vulneración del art. 8 CEDH en los casos *Menesson* y *Labassée* no se encontraba en el rechazo al reconocimiento de los efectos de la filiación, sino en la absoluta imposibilidad de que la filiación natural de los niños pudiese establecerse en Francia a través de otros medios en virtud del citado principio *fraus omnia corrumpit*.

Por el contrario, en España no se excluye la posibilidad de determinación de la paternidad biológica. El TS apela a la literalidad del art. 10.3º de la Ley 14/2016⁸⁵, niega la analogía con los casos resueltos por el TEDH y afirma que la sentencia que pretende anularse respeta el derecho a la vida privada de los menores y a la determinación de su identidad: los menores pueden determinar el vínculo de filiación respecto de su padre biológico y el cónyuge de éste podría, en su caso, adoptarlos. Además, añade el TS, la situación de incertidumbre que se genera en España no es equiparable al caso francés, que mereció la condena del TEDH.

⁸³ Supra núm. 24.

⁸⁴ Resulta hasta enternecedor ver cómo la DGRN alude a los «recurrentes» o a las «parejas», cuando, como vimos, la situación del padre o madre de intención sin vínculo genético es uno de los temas que deja abiertos el TEDH (supra núm. 18 y ss.).

⁸⁵ «Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

44. Se trata de consideraciones en absoluto arbitrarias. Ciertamente, se fundamentan en un determinado concepto de interés superior del niño: *no es necesario reconocer porque el Derecho español posibilita recomponer*. Notemos, no obstante, que en este Auto –no como ocurrió en la sentencia impugnada– el TS resuelve el caso concreto; y tiene la «suerte» de que sí existe un vínculo de filiación entre los nacidos y uno o ambos⁸⁶ padres de intención.

45. Por supuesto, el Auto, cómo no, tiene su voto particular. A pesar de los esfuerzos de la mayoría por reconducir el fallo a un análisis técnico, los magistrados disidentes son los mismos que en la sentencia contra la que se interpuso el recurso de nulidad. Y curiosamente, contrariamente a lo ocurrido con el voto particular a la sentencia, el voto particular al Auto optó por simplificar, generalizar y maximizar la doctrina del TEDH exigiendo el reconocimiento. Según el voto particular, de lo que se trata es de resolver los problemas de los niños nacidos mediante gestación por sustitución y en función de su supremo interés y el derecho a su identidad debería haberse estimado el recurso. Sin más.

4.5. La Sent. Tribunal federal suizo de 21 de mayo de 2015⁸⁷

46. El panorama de adhesiones contrapuestas que en la introducción describía tiene un fiel reflejo en la *Sent. Tribunal federal suizo, 21.05.2015* tan aplaudida, como lo fue la que revocó, la *Sent. VG St. Gallen, 18.08.2014*⁸⁸. Esta última había aceptado la inscripción en el registro civil de la filiación derivada de un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en California por una pareja registrada de dos varones suizos, uno de los cuales era padre biológico. La inscripción no solo se limitó al nacimiento y filiación respecto de los dos varones, sino que, por orden del tribunal, incluyó la identidad de la madre biológica así como que la madre genética habría sido una donante anónima. Informaciones que no se ajustan a las formalidades de la legislación registral suiza y que, *tras rechazar su contrariedad con el orden público*, consideró que estaban amparadas por el derecho a conocer los propios orígenes como manifestación del derecho a la vida y a la libertad personal (art. 10 de la Constitución suiza) y el derecho al respeto de la vida familiar y privada (art. 13 de la misma). Se trata de una adaptación material del Derecho registral suizo a las circunstancias del caso, en el que tanto la normativa californiana como la suiza prevén, con diverso alcance, la conservación de documentación en torno a las circunstancias del nacimiento⁸⁹.

47. El Tribunal federal, sin embargo, falló en otro sentido. En su *Sent., 21.05.2015* atendió el recurso de la Oficina federal de justicia que planteaba que solo debía reconocerse la filiación respecto del padre biológico y no respecto del padre de intención. Aunque el Tribunal parte de la tradicional interpretación restrictiva del orden público suizo, hay datos

⁸⁶ Se trataba de gemelos y cada uno podría ser hijo de padre diferente.

⁸⁷ El texto manejado, en alemán, puede encontrarse en <http://www.bger.ch/>.

⁸⁸ Vid. THOMALE, (2016-a, pp. 177-181) y GÖSSL, (2015, pp. 273-277), respectivamente.

⁸⁹ Hechos y valoración los he obtenido en este caso del comentario de GÖSSL (2014, pp. 274-275), que considera trasladables *mutatis mutandis* al sistema alemán bajo la cobertura de un «Annäherungsgrundsatz».

que no puede desconocer. Entre otros, la propia prohibición constitucional de la gestación por sustitución (art. 119.2.d de la Constitución suiza⁹⁰).

La argumentación fue contundente. En lo que a nosotros más nos interesa, cómo pudieran afectar las sentencias del TEDH a la prohibición constitucional y legal de la gestación por sustitución, el Tribunal federal fue claro: de la jurisprudencia del TEDH deriva que es inadmisibles rechazar por razones de orden público el reconocimiento de la filiación entre el nacido y su padre genético. Sin embargo, utilizar el orden público para denegar el reconocimiento de la filiación afirmada por la decisión californiana respecto del padre de intención no vinculado genéticamente con el niño es perfectamente ajustado al CEDH⁹¹. Sentadas estas premisas, la sentencia sigue razonando sobre las consecuencias de rechazar el reconocimiento (*rectius*, del rechazo parcial) desde el punto de vista del menor: ningún problema con su nacionalidad suiza, ni con su filiación, ni con su derecho a ser inscrito en el Registro civil suizo, ni con su derecho a la vida personal y familiar (seguirá manteniendo relaciones familiares con su padre genético y el compañero de su padre, a pesar de que el Derecho suizo no permita que éste último pueda adoptarlo⁹²), etc. No hay, en palabras del TF, ninguna situación de inseguridad jurídica como las que podían derivar de los casos *Menesson* y *Labassée*. El Tribunal federal recalca también que el mero hecho de que se deniegue parcialmente el reconocimiento de la decisión extranjera respecto de uno de los solicitantes no implica que la madre biológica pase a ser madre para el Derecho suizo. No lo será. Y nada de ello afecta a las obligaciones internacionales de Suiza en virtud del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño⁹³. Por último, una advertencia: no se prejuzgan otros supuestos, como, por ejemplo, aquellos en que la madre subrogada es también madre genética o en los que ninguno de los padres de intención tiene un vínculo genético con el o los nacidos.

48. La sentencia, obviamente, cuenta con la adhesión de quienes critican la solución otorgada por el BGH en el caso paralelo comentado⁹⁴.

⁹⁰ «La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: [...]d. se prohíbe la donación de embriones, así como las todas las formas de maternidad de sustitución»

⁹¹ Puntos 6.2 y 6.3 de la sentencia.

⁹² En el momento de redactar estas reflexiones existe una Ley de modificación del Código civil suizo en materia de adopción, de 17 de junio de 2016, que contempla la posibilidad de adopción por parte del conviviente. La ley estaba sujeta a referéndum facultativo, cuyo plazo concluía el 6 de octubre, y su entrada en vigor se deja a la determinación del Bundesrat (texto y datos accesibles en <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2016/4925.pdf>).

⁹³ Puntos 6.4.3 y 6.4.4 de la sentencia

⁹⁴ THOMALE, (2016-b), p. 180).

5. Conclusiones

49. Tras los desarrollos que anteceden difícilmente se puede concluir con un estado de la cuestión en torno al binomio que se analiza. Es incluso difícil aventurar un estado de la cuestión reducido a un ordenamiento jurídico en concreto. No se puede cerrar el tema ni para Francia, ni para Alemania, ni para Italia, ni para España... Uno de los atractivos de la verificación comparada que hemos hecho es, precisamente, que aunque existen suficientes elementos para poder justificar la potencial existencia de patrones comunes, la diversidad de soluciones tiene que significar algo. Porque el *problema básico* es *común*: enfrentarse a una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero que pretende desplegar sus efectos en un Estado en el que o no se admite, o está prohibida, o no tiene efectos de filiación en absoluto, o los tiene muy mermados. Porque los *supuestos* que se presentan ante las autoridades de estos ordenamientos contrarios a la gestación por sustitución son también *comunes*: gestación por sustitución procedente de California u otro Estado de los Estados Unidos de América, o de Rusia, o de Ucrania, o de India... Porque los *criterios de medida*, y esto es realmente relevante, son igualmente *comunes*: ordenamientos jurídicos del foro hostiles al reconocimiento de efectos, presididos por una concepción similar de los derechos fundamentales de la persona, y sometidos a la fiscalización superior del TEDH (amén del marco europeo, que como dije, he soslayado en este trabajo). Y porque las *alternativas* también se demuestra que son *comunes*: como opción primaria, reconocer la filiación tal cual se determinó en el Estado de origen, o no reconocerla, o reconocerla en parte; y, en función de la opción primaria, reconstruir la situación familiar (cuando el reconocimiento no se produce o es parcial) o no reconstruirla. Y, curiosamente, frente a todos estos patrones comunes se opta por *soluciones distintas*.

50. Estas diferencias encuentran cierta explicación en las distintas concepciones que se manejan, tanto del contenido del orden público, cuando de su operatividad. En efecto, por un lado, nos encontramos con visiones absolutamente restrictivas sobre el contenido del orden público que vendrían a reducirlo a los derechos humanos involucrados sin apenas consideración de cuál es la concepción que de los mismos ha elegido el legislador. La *Sent. Corte di cassazione, 30.09.2016* es paradigmática. Como he comentado, el hecho de que no se refiera estrictamente a un supuesto de gestación por sustitución no la hace menos relevante. El peligro de esta concepción es, en cierto modo, colocar al intérprete en la posición de legislador; orillar la relevancia de opciones y decisiones legislativas que pudieran también formar parte integrante de ese contenido del orden público. Por otro lado, existe un orden público con un contenido más amplio, en el que decisiones fundamentales de cada ordenamiento tienen cabida, más allá de los derechos humanos. Recordemos que en una de las últimas sentencias del TJUE sobre el significado de tan camaleónico concepto se afirmó con claridad esta doble dimensión al hablar de una «violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una *norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro* o de un *derecho reconocido*

como *fundamental* en ese ordenamiento jurídico»⁹⁵. Si el orden público es algo más que derechos fundamentales no puede soslayarse ese algo más.

51. En el mismo entrecomillado que he reproducido aparece otro elemento clave en el análisis de los supuestos y en las diferencias detectadas: el superior interés del niño o del menor. Como con el concepto mismo de orden público, el de superior interés del niño como catalizador del primero es obviamente objeto de manejo dispar por la práctica analizada y también por los comentaristas de dicha práctica. Al igual que ocurre con el orden público, también es difícil poner de acuerdo a quienes pretenden encoger o estirar un principio, el de superior interés del niño, que ciertamente admite múltiples manifestaciones. También aquí el «esa es tu opinión» puede frustrar cualquier discusión académica. No puede afirmarse a priori que los ordenamientos que prohíben o son contrarios a la gestación por sustitución promueven en menor medida el interés del niño que los que la reconocen o fomentan. No puede afirmarse sin más que los ordenamientos jurídicos español, francés, alemán, suizo o italiano (por solo referirme a la práctica analizada) tengan una concepción menos favorable al interés del niño que los de Ucrania, Rusia, India, Reino Unido o Estados Unidos de Norteamérica: no. Aunque tampoco es ese el único nivel en el que se plantea el problema, se me dirá. El problema se plantea *ex post facto* y tiene una dimensión añadida: el niño (ya) existe. No se trata de una contemplación teórica del interés superior del niño como directriz necesaria de las normas, sino de una práctica intervención del interés superior *de este niño* a la hora de tomar decisiones sobre el reconocimiento o no de una situación jurídica o, si se quiere, un estatus adquirido en el extranjero al amparo de unas reglas que no se ajustan a «nuestra» concepción de dicho interés.

52. Y aquí vuelve a ser tremendamente difícil hallar un punto de encuentro aunque, en todo caso, sí creo que puede partirse de un mínimo: de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, la ausencia de admisión de la filiación derivada de los supuestos de gestación por sustitución cuando exista un *vínculo biológico* contraría necesariamente ese interés en su dimensión del derecho al respeto de la vida personal y familiar que, a su vez, integra el derecho a la propia identidad... Nótese que he usado la palabra neutra *admisión*. El cómo, a través del reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero o a través de una vía de Derecho interno es algo que no deriva directamente de dicha jurisprudencia: coto feraz, como decía al principio, para la confrontación entre interpretaciones «estrictas» y «extensivas». Margen para unas y otras existe. No, a mi juicio, para *transformar* la posición del TEDH y hacerle decir lo que no dice.

53. La del TEDH es una posición firme y flexible al mismo tiempo. Con unos límites más o menos claros y unos mecanismos de articulación abierta de dichos límites, que se deja a los Estados. Y digo más o menos claros porque estamos en un ámbito en el que los viejos ruidos ya no sirven para hablar. Podemos incluso discutir qué significa vínculo biológico o filiación biológica o realidad biológica. Se trata de los términos que emplea el TEDH tanto

⁹⁵ STJ, 19.11.2015, C-455/15 PPU.

en la versión francesa como en la inglesa; pero también hace alusión a «progenitor» (en la versión francesa). En definitiva, que aunque en los casos de filiación paterna haya poco que discutir, en los casos en los que la madre de intención haya aportado su material genético la especulación se reabre: ¿quién es la madre «biológica» cuya determinación de la filiación se constituye en un indefectible para el respeto a la vida personal y familiar del nacido? Ya hemos visto cómo aspectos que no están en el núcleo duro del problema han tenido su trascendencia en la práctica analizada: si la madre de sustitución está casada o no (caso alemán y uno de los casos belgas que citamos), o si la madre de sustitución había o no aportado material genético (caso suizo)...

54. En este panorama complejo no me atrevo a ir más allá de esa jurisprudencia del TEDH, tal cual la entiendo, y de reivindicar, volver a reivindicar⁹⁶, el rechazo de cualquier posición apriorística y global sobre gestación por sustitución y orden público. No solo por la cuestión técnica de verificación en concreto de cada caso. Admito teóricamente que pueda haber situaciones típicas de rechazo absoluto, pero no en los casos de gestación por sustitución. Como ante cualquier tema, el orden público podrá operar en unos casos y no en otros. Por ello, el rechazo de cualquier posición apriorística vale tanto para negar que en abstracto la filiación derivada de gestación por sustitución vulnera el orden público español como para negar que el interés superior del niño cauteriza en todos los casos la operatividad de dicho orden público. La reviviscencia de la Instrucción DGRN, 05.10.2010 con su peculiar olvido de la ausencia de contrariedad con el orden público como condición de reconocimiento no va, por exceso, en esta dirección.

55. Más allá de aquellos límites, no veo de mayor calidad la solución abierta del BGH alemán, de reconocer tal cual la filiación bilateral respecto de los dos convivientes, que la intermedia del Tribunal federal suizo, de reconocer tan solo la filiación de quien posee un vínculo biológico. Me parece menos razonada o, mejor, mal razonada, la del TS español. Pero ninguna creo que «vulnera» frontalmente las exigencias del TEDH; al menos las de las sentencias *Menesson* y *Labassée*. La española, sin duda, no las optimiza. Además, hace una interpretación re restrictiva del art. 10 de la Ley 14/2016, muy al uso de la doctrina interna española y totalmente ajena a la realidad: como ya manifesté en otro momento, no veo razón alguna para restringir la determinación de la filiación paterna al ejercicio de *acciones* de paternidad, rechazando, por ejemplo, el reconocimiento voluntario de paternidad⁹⁷. Por supuesto, reconozco que la literalidad del art. 10.3 de la Ley 14/2006 da cobertura a ese sinsentido. Porque creo que es un sinsentido: en los supuestos de gestación por sustitución con aportación de material genético del padre, la realidad de la vinculación biológica está, sin duda, mucho más acreditada que en la mayoría del resto de reconocimientos de paternidad «ordinarios». Aceptar esto, y con ello, la posibilidad de la determinación de la filiación paterna a través de un simple reconocimiento vendría a acercarnos a las soluciones francesas posteriores a la condena de Francia en *Menesson* y *Labassée*: se admite el reconocimiento efectuado por el padre biológico (eso sí, junto a la maternidad de la madre

⁹⁶ Desde un primer momento, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, pp. 361-362).

⁹⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2014, p. 65, nota 12).

gestante); o a la sentencia del Tribunal federal suizo. De nuevo, la reviviscencia de la Instrucción DGRN, 05.10.2010 con su peculiar exigencia de «*resolución judicial* dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido» tampoco va, esta vez por defecto, en esta dirección.

56. Situados en este escenario, en el que el orden público puede, aunque no necesariamente debe, erigirse en obstáculo al reconocimiento, quedaría por determinar la suerte de los interesados en aquellos casos en los que se rechaza totalmente dicho reconocimiento o en los que se produce un reconocimiento parcial. Se trata de la «reconstrucción», si es que ello es posible. Y en este terreno las posibilidades dependen, por un lado, de la concreta situación y, por otro, de las reales posibilidades de reconstrucción que ofrezca la ley del foro. De la concreta situación porque, de nuevo, lo concreto prima. Las concretas circunstancias de cada caso abrirán o cerrarán puertas: si se trata de una solicitud individual (un solo padre o una sola madre de intención) o está involucrada una pareja, del mismo sexo o de distinto sexo, casada o no casada y, en todos los supuestos, si existe o no existe un vínculo biológico con el nacido o nacidos⁹⁸. Cada caso, enfrentado ahora con un problema de ley aplicable, podrá tener una respuesta distinta y, en teoría, el orden público, como hemos visto más atrás haciéndonos eco de otras opiniones, podría llegar a ser incluso más virulento que en el momento del reconocimiento. Y digo en teoría, porque lo más probable es que en la práctica casi todo se reconduzca a las posibilidades que ofrezca el propio *Derecho sustantivo* del foro. Derecho sustantivo frente al que el orden público, simplemente, deja de existir. Los supuestos típicos parecen ir en esa dirección: los niños están en el foro (donde llegan a tener su residencia habitual) y los padres de intención normalmente tienen su residencia habitual y son nacionales del foro. Las situaciones pueden llegar a ser complicadas y los resultados de la reconstrucción (en su caso) diversos: piénsese en un supuesto en el que uno de los padres de intención tiene una vinculación biológica con el nacido, estando ambos casados. La respuesta que se me antoja mínima en el momento actual de nuestro sistema podría ser *reconocer* la filiación paterna y proceder a una eventual adopción por parte del cónyuge. Si no existe vínculo biológico con ninguno de los padres de intención defender el reconocimiento como vía necesaria es más dudoso, sean ambos dos varones, dos mujeres o una mujer sola o un varón solo. Y la posible «reconstrucción» es también más compleja, aunque podemos pensar en que los mecanismos propios a la protección de menores podrían facilitar vías de recomposición, *también según las circunstancias*. En *Paradiso* el TEDH condenó a Italia no por no reconocer los vínculos de la gestación por sustitución extranjera respecto de los padres de intención italianos (que no tenían vínculo biológico alguno con él), sino por retirar al niño de su compañía y cuidados. En el supuesto, los padres de intención habían obtenido el reconocimiento de la idoneidad para la adopción en 2006. Es posible que la situación fuese legítimamente distinta, por ejemplo, en el caso que dio origen a la *Sent. Corte di cassazione*, 26.09.2014, precedida de unos antecedentes en los que los padres de intención habían sido hasta tres veces rechazados idóneos para la adopción. Sin más datos que los proporcionados por las sentencias, es muy posible que el superior interés del niño no estuviera en formar

⁹⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013, p. 78).

una familia con quienes tenían «grandes dificultades en la elaboración de una sana relación adoptiva» derivadas «no tanto y no solo de la mediocredad de fundamentos culturales, sino, sobre todo, de su cerrazón emotiva e intelectual»⁹⁹. Se usó la idea de fraude a la adopción, más ¿no podría usarse la de contrariedad con el orden público italiano leído a la luz del interés superior del niño? La respuesta está en el caso concreto.

57. Y porque la respuesta está en el caso concreto, todo lo dicho no empuja la posibilidad de un reconocimiento o una recomposición en ausencia de vínculo biológico entre padres de intención y nacidos. La existencia de ese vínculo descarta recurrir al orden público para negar la filiación que se corresponde con la realidad biológica (no la de intención, recordemos). Pero ello no significa que el orden público se haya de constituir en obstáculo al reconocimiento (o a la recomposición) en el resto de los casos. De nuevo me permitiré traer a colación un viejo (y creo que ilustrativo ejemplo): padre y madre californianos recurrieron a la gestación por sustitución cuando residían en su país de origen; se trasladaron posteriormente a España por motivos de trabajo y adquirieron la nacionalidad española durante la menor edad del hijo o hijos nacidos por dicha técnica; una vez españoles, incoan ante el Registro Civil un expediente sobre inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española del hijo o hijos por estar sujetos a la patria potestad de un español¹⁰⁰. Añadamos ahora que ni padre ni madre tienen un vínculo biológico con el hijo o hijos. Se me puede objetar que se trata aquí de recibir una situación nacida puramente nacional, que la vinculación con España no es la misma, que si orden público de proximidad, que si tal, que si cual... y sin duda es una objeción seria¹⁰¹ que ha sido destacada en alguno de los supuestos analizados¹⁰². Pero también podría argumentarse que los intereses implicados son poco proclives a ese discurso: la dignidad de la madre gestante, la dignidad de los hijos, el supremo interés de los niños¹⁰³. Obviamente, entre este supuesto y otro en el que el orden público pudiera suponer un obstáculo evidente, habrá toda una constelación de supuestos intermedios. La respuesta estará en el caso concreto.

58. Por último, me gustaría hacer una especie de enmienda que no es a la totalidad pero que considero pertinente, junto con dos alternativas. Es realmente difícil remar a contracorriente cuando el tema que nos ocupa está absolutamente presidido por el interés superior del niño. El «orden público» y el «interés superior del niño» (o del menor, según las versiones) constituyen una pareja habitual tanto en la normativa de origen interno como convencional y europea. Mas lo cierto es que si enfocamos el tema desde la estricta perspectiva del vínculo de filiación (tanto a través del reconocimiento cuando de la reconstrucción) creo que se trata de un elemento distorsionador. Pensemos en el caso de la

⁹⁹ PRETELLI (2015, núm. 3).

¹⁰⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, p. 358).

¹⁰¹ QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, p. 16 o 23, entre otras muchas) que ve en esta mayor o menor proximidad una de las claves del reconocimiento.

¹⁰² Como hemos dicho, se consideró relevante en la resolución de la *Sent. Trib. App. de Bari, 19.02.2009* (supra nota 32).

¹⁰³ FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (2016, p. 168).

citada *Sent. Trib. App. de Bari, 19.02.2009*, dictada cuando los niños tenía la 12 y 9 años, respectivamente. ¿Puede realmente defenderse que la solución habría de ser distinta en cada caso si tuviesen 20 y 17? Si se tratase solamente de la filiación de un nacido mediante gestación por sustitución de 25 años, ¿seguiría siendo tan importante el interés superior del niño?

60. Si se quiere introducir un elemento sustantivo, ahí está el *favor filii*, que no tiene en cuenta la edad, porque hijos los hay de todas las edades, y que tiene manifestaciones claramente orientadas hacia el establecimiento de la filiación en detrimento de su no establecimiento. El nuevo art. 9.4 del Código civil es un ejemplo. Ciertamente, el *favor filii* dista de tener la fuerza y la contundencia del supremo interés del niño. Es más contingente y, si se me permite, más discutible en los términos de *favor filiationis* que ahora manejamos.

61. También puede valorarse la idea de continuidad; de la identidad única, que algunos de los autores aquí citados esgrimen como *derecho* y que la *Corte de cassazione* italiana elevó a la categoría de «*derecho fundamental* a la conservación del estatus legítimamente adquirido en el extranjero». Como en el caso del *favor filii*, hay efectivamente que reconocer su importancia. En la *Sent. BGH, 10.12.2014* aparece nítidamente bajo la idea de evitar situaciones claudicantes. Es un objetivo consustancial al DIPr en el que los derechos humanos son sin duda un catalizador importante¹⁰⁴, pero también con una fortaleza relativa pues, al fin, no podemos hacer hipótesis de la cuestión cuando hablamos de orden público y gestación por sustitución. Es eso precisamente lo que nos preguntamos: si aceptamos la filiación establecida o reconocida por la ley extranjera favorable.

62. Como postrera conclusión, postrera y pobre, quizá pueda afirmarse que el orden público no es o ya no será la principal preocupación para supuestos como los analizados. Sigue poseyendo un atractivo icónico la discusión sobre la contrariedad o no con el orden público de las filiaciones (en plural) derivadas de la gestación por sustitución. Pero la idea de reconstrucción total o parcial de los vínculos familiares cuando el reconocimiento ha fallado total o parcialmente es igual de potente y gana espacio en los discursos sobre qué hacer con estos padres y estos hijos.

Hay una reflexión que me ratifica en la anterior afirmación. A pesar de los patrones comunes a los que me referí al comienzo de estas conclusiones, lo cierto es que el orden público sigue funcionando en términos locales, nacionales. Y no tengo ningún tipo de duda sobre la radical imposibilidad de conjugar satisfactoriamente todos los intereses que confluyen en los casos de gestación por sustitución desde el exclusivo punto de vista de un solo ordenamiento jurídico; desde el/un exclusivo punto de vista local, nacional.

¹⁰⁴ BOUZA VIDAL (2010, pp. 285 o 301 y 302 y ss., entre otras).

6. Tabla de jurisprudencia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Decisión/Fecha</i>	<i>Partes</i>
Sent. 28.06.2007 (76240/01)	Wagner and J.M.W.L c. Luxemburgo
Sent. 03.05.2011	Negreponitis Giannisis c. Grecia.
Sent. 26.06.2014, asunto 65192/11	Menesson c. Francia.
Sent. 26.06.2014, asunto 65941/11	Labassée c. Francia
Sent. 08.07.2014	D y otros c. Bélgica
Sent. 27.01.2015	Paradiso y Campanelli c. Italia
Sent. 21.07.2016, asuntos acumulados 9063/14 y 10410/14	Foulon y Bouvet c. Francia
Demanda núm. 44024/13 (pendiente)	Laborie y otros c. Francia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Decisión/Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
Sent. 02.10.2003	C-148/02	Carlos Garcia Avello contra Estado belga
Sent. 14.10.2008	C-353/06	Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul
Sent. 19.11.2015	C-455/15 PPU	P contra Q

Tribunales españoles

<i>Decisión/Fecha</i>	<i>Fuente</i>	<i>Ponente</i>
SJPI núm. 15 17.09.2010	Valencia, AC 2010\1707	Illmo. Sr. D Esteban Tabernero Moreno
SAP 10.ª), 23.11.2011	Valencia (Sección AC 2011\1561	Illmo. Sr. D Carlos Esparza Olcina
SJ Social núm. 2 09.04.2012	Oviedo, AS 2012\924	Illma. Sra. Cristina García Fernández
STSJ Madrid (Sala de lo Social, 18.10.2012	Sección 4.ª), AS 2012\2503	Illmo. Sr. D Miguel Angel Luelmo Millán
STS, 1ª, 06.02.2014	RJ 2014\833	Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena
Auto TS, 1ª, 02.02.2015	RJ 2015\141	Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena
STS, 4ª, 25.10.2016	JUR 2016\273617	Excmo. Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro
STS, 4ª, 16.11.2016	JUR 2016\270902	Excma. Sra. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

Tribunales extranjeros

<i>País</i>	<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>
Alemania	Sent. BGH	10.12.2014
Bélgica	Sent. Trib. de Primera Instancia de Huy	22.03.2010.
Bélgica	Sent. Trib. de Apelación de Lieja, 1 ^a Ch.	06.09.2010
Bélgica	Sent. Trib. de Apelación de Bruselas	31.07.2013
Francia	Sent. Cour d'Appel de París	15.06.1990
Francia	Sent. Cas. Civ.	31.05.1991
Francia	Sent. Cas. Civ.	17.12.2008
Francia	Sent. Cour d'Appel de París	26.02.2009
Francia	Sent. Cour d'Appel de Douai	14.09.2009
Francia	Sent. Cour d'Appel de París	18.03.2010
Francia	Sent. Cas. Civ	06.04.2011
Francia	Sent. Cas. Civ.	06.04.2011
Francia	Sent. Cas. Civ.	06.04.2011
Francia	Sent. Cas. Civ.	13.09.2013
Francia	Sent. Cas. Civ.	19.03.2014
Francia	Sent. Cour d'appel de Rennes	16.12.2014
Francia	Sent. Cas. Civ	03.07.2015
Francia	Sent. Cas. Civ	03.07.2015
Italia	Sent. Trib. App. de Bari	19.02.2009
Italia	Sent. Trib. de Nápoles	01.07.2011
Italia	Sent. Tribunal de Apelación de Campobasso	03.04.2013
Italia	Sent. Trib. penal de Milán	08.04.2014
Italia	<i>Sent. Corte di cassazione</i>	26.09.2014
Italia	<i>Sent. Corte di cassazione</i>	30.09.2016
Suiza	<i>Sent. VG St. Gallen</i>	18.08.2014
Suiza	<i>Sent. Tribunal federal</i>	21.05.2015

7. Bibliografía citada

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010), «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013), «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 77-90.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2014), «Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Cristina Pellisé, ed., Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 61-74.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2016), «Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)», *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, Vol. XCII, 2016, Tomo I, pp. 227-262.

Bertrand ANCEL (2012), «L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée», *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, París, 2012, pp. 1-9.

Elisabetta BERGAMINI (2015), «Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte», *Rivista de diritto internazionale privato e processuale*, 2015, pp. 315-348.

Sylvain BOLLEE (2014), «La gestation pour autrui en droit international privé», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2012-2014, pp. 215-232 (comunicación) y pp. 233-248 (debates).

Nuria BOUZA VIDAL (2010), «La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado», *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, J. Martín y Pérez de Nanclares (Coordinador), AEPDIRI, Iustel, Univ. de La Rioja, Madrid, 2010, pp. 283-306.

Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015), «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *CDT*, 2015, vol. 7, núm. 2, pp. 45-113.

Cristina CAMPIGLIO (2009), «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *Rivista de diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 589-604.

Cristina CAMPIGLIO (2014), «Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza», *Rivista de diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 481-516.

Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado «The Parentage / Surrogacy Project: an updating note», (Prel. Doc. No 3 A of February 2015).

Amélie DIONISI-PEYRUSSE (2012), «La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées a l'étranger au nom de l'ordre public international», *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, París, 2012, pp. 157-177.

Konrad DUDEN (2015), *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2015.

Ornella FERACI (2015), «Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Capanelli c. Italia», *CDT*, Vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 420-439.

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO (2016), *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

Hugues FULCHIRON y Christine BIDAUD-GARON (2015), «Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso, de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev.crit.*, 2015, pp. 1-42.

Susanne Lilian GÖSSL (2014), «Materiellprivatrechtliche Angleichung der personenstandsrechtlichen Eintragung bei hinkenden Statusverhältnissen», *IPRax*, 2015, pp. 273-277.

Susanne Lilian GÖSSL (2015), «The Recognition of a "Judgment of Paternity" in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13», *CDT*, Vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 448-465.

Dieter HENRICH (2015), «Leihmütterkinder: Wessen Kinder?», *IPRax*, 2015, pp. 229-233.

Iván HEREDIA CERVANTES (2013), «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. II, pp. 687-715.

Patrick KINSCH (2010), «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad- Private International Law Rules and European Human Rights Law», *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, pp. 259-275.

Patrick KINSCH (2011), «Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights. Selected Judgments and Decisions (2010-2011)», *YPIL*, 2011, pp. 37-49.

Miguel Ángel PRESNO LINERA y Pilar JIMÉNEZ BLANCO (2014), «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pp. 9-44.

Ilaria PRETELLI (2015), «Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution», *Rev.crit.*, 2015, pp. 559-578.

Gregor PUPPINCK y Claire DE LA HOUGUE (2015), «Paradiso and Campanelli v Italy: The ECHR Validates the Sale of a Child Through Surrogacy», *Revue Lamy Droit Civil*, núm. 126, p. 41-45 (traducción del original en francés que he consultado en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2605819).

Anna QUIÑONES ESCÁMEZ (2009), «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 2009/3, pp. 1-42.

Antoon Victor Maria. STRUYCKEN (2010), «Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue», *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357-372.

TEDH (2015), «Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment (27 January 2015)», en (http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf).

Chris THOMALE (2015), *Mietmutterschaft. Eine international-privatrechtliche Kritik*, Tübinguen, Mohr Siebeck, 2015.

Chris THOMALE (2016-a), «Anerkennung kalifornischer Leihmutterschaftsdekrete in der Schweiz», *IPRax*, 2016, pp. 177-181.

Chris THOMALE (2016-b), «Anerkennung ukrainischer leihmutterschaftsbasierter Geburtsurkunden in Italien», *IPRax*, 2016, pp. 493-498.

Arianna VETTOREL (2015), «International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems», *Rivista de diritto internazionale privato e processuale*, 2015, pp. 523-540.

El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley

(Método de reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)

Ana Quiñones Escámez

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

El trabajo se centra en las cuestiones de derecho internacional privado que plantean los contratos de gestación por sustitución realizada en el extranjero. Examina los métodos de solución que ofrece la disciplina: Leyes de policía, conflicto de leyes y reconocimiento de decisiones y de situaciones jurídicas. Focaliza en el método del reconocimiento para los casos en los que la autoridad pública extranjera ya ha dictado una decisión relativa a la filiación de un menor. Sin embargo, cuando sólo estamos ante hechos (práctica reproductiva de la subrogación) y ante actos jurídicos privados (contrato de gestación por sustitución) es necesario aún que la autoridad pública (con competencia internacional) determine la filiación del menor mediante el método conflictual priorizando su interés superior. El principio de indisponibilidad de la filiación hace necesaria la intervención de la autoridad pública, pues la filiación de un menor no es un vínculo jurídico que sea de la libre disposición de los adultos. Con algún ejemplo, se mostrarán las similitudes entre las decisiones relativas a la filiación adoptadas en el marco de la UE y en USA, relativas a la gestación por sustitución foránea, pues el contrato de gestación por sustitución no es “como cualquier otro contrato” (ni determina por sí sólo la filiación) en ningún país, lo que hace posible acudir al método del reconocimiento (condicionado) de decisiones en interés del menor. Se harán propuestas en el ámbito interno y en un instrumento de cooperación internacional que, en el respeto a la diversidad legislativa, prevean límites en el acceso a la práctica de los extranjeros no residentes para evitar: la creación de situaciones claudicantes; los riesgos intrínsecos a la internacionalización de la actividad comercial, y el que los niños sean entregados a extranjeros desconocidos. Junto a ello, se abogará por el control de las estrategias de publicidad y de prestación de servicios de la industria legal y reproductiva, que deslocaliza parte de su actividad captando a los clientes en su propio mercado.

The present article focuses on Private International Law issues raised by international surrogacy arrangements. I will examine the resolution methods offered by Private International Law: mandatory rules, conflict of laws and recognition of decisions and legal situations. Attention will be focused on the possibilities offered by the recognition method regarding a parenthood link between a child and the commissioning parents already established by a foreign public authority. Based on the principle that a child's parenthood cannot be subject to private autonomy, in cases where we are only faced with facts (reproductive practice) and private acts (surrogacy arrangements) the child's parenthood will not be established yet (conflict of Laws method), in order to serve her best interest. Giving some examples, I will show that solutions offered to international surrogacy arrangements in the USA or the EU are not so different, and that the surrogacy arrangement is not treated as a current arrangement in any other country. Finally, I will make some proposals at both domestic and international levels which, by means of respecting legislative diversity, foresee international limits when citizens from other countries access to this practice abroad. This solution aims at avoiding “limping situations” and guaranteeing that children conceived through surrogacy will not be delivered to unknown foreign citizens. Last but not least, I advocate for controlling relocation strategies of legal and procreative industry at international level, whose clients are recruited at their respective markets.

Title: Surrogacy arrangements do not establish parenthood but a public authority intervention in accordance to law (Recognition method for foreign public acts and Conflict of laws for evidence and private acts)

Palabras clave: Gestación por sustitución efectuada en el extranjero. Métodos de solución en el derecho internacional privado, leyes de policía, conflicto de leyes, Reconocimiento de actos y decisiones públicas Orden público, fraude, El interés superior del Niño.

Keywords: International surrogacy arrangements, Available Methods at Private International Law, Mandatory rules, Conflict of laws, Recognition of public acts and decisions, Public policy, Fraud, The child's best interest principle.

Sumario

1. Planteamiento del trabajo: Pluralidad de supuestos y de métodos en el derecho internacional privado.
 - 1.1. Disociación entre contrato y filiación: ley de policía contractual y reconocimiento de la filiación.
 - 1.2. Método (o métodos) del reconocimiento y método conflictual.
 - 1.3. Un método sujeto a condiciones.
2. Incidencia de la doctrina del TEDH: el orden público internacional en su vertiente europea.
 - 2.1. Doctrina del TEDH en el ámbito de los derechos fundamentales: la identidad biológica del menor.
 - 2.2. Repercusión de la doctrina del TEDH en las decisiones de otros países europeos.
 - a) Francia: Eficacia probatoria de los documentos extranjeros.
 - b) Alemania: Reconocimiento substancial de la decisión extranjera.
 - c) Suiza: Reconocimiento parcial de la decisión extranjera existiendo vínculos estrechos con Suiza.
 - 2.3. Situación en España
 - a) Soluciones compatibles con la doctrina del TEDH en las decisiones nacionales.
 - b) Condiciones de reconocimiento ¿comunes o específicas?
3. Diversidad legislativa y reconocimiento de decisiones: ¿Podría el juez requerido verse reflejado en la decisión del juez extranjero?
 - 3.1. Diversidad legislativa en Europa.
 - 3.2. Diversidad legislativa en Estados Unidos:
 - a) Nueva York: Menores nacidos en la India y residentes en Nueva York.
 - b) Tennessee: Litigio entre la pareja contratante italiana y la gestante residente en Tennessee.
4. Reconocimiento de decisiones y situaciones jurídicas creadas en el extranjero.
5. Reflexión final: Respeto a la diversidad legislativa, control de la industrial legal y reproductiva, y límites en el acceso de los extranjeros no residentes a la gestación por sustitución.
6. Tabla de sentencias.
7. Bibliografía.

1. Planteamiento del trabajo: Pluralidad de supuestos y de métodos en el derecho internacional privado.

Hace casi ocho años, publicamos, esta misma revista, un trabajo sobre gestación por sustitución, al hilo de la reciente Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2009 por la que ordena la transcripción al Registro Civil de las actas de nacimiento de dos menores valencianos nacidos mediante gestación por sustitución en California (EE.UU.)¹. Señalamos que la variada práctica que ofrece la gestación por sustitución requiere atender a una pluralidad de métodos en el derecho internacional privado. En el caso concreto de los menores valencianos, parecía posible sujetar el supuesto al método del reconocimiento de decisiones, por el motivo de que el vínculo jurídico de filiación de los menores ya se había establecido, en su mejor interés, mediante una decisión judicial, dictada en California con anterioridad al nacimiento de los niños². Con independencia de los documentos aportados, no era el contrato de gestación por sustitución, que carece de eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, el que había determinado la filiación de los menores con respecto a los padres intencionales sino una decisión de la autoridad pública extranjera conforme a ley³.

No obstante, es preciso distinguir entre los casos en los que existe una decisión de la autoridad pública relativa a la filiación y aquéllos supuestos en los que la filiación está aún por determinar por parte de la autoridad pública. Esta variable hace necesaria la pluralidad de métodos en el derecho internacional privado. El método del reconocimiento y el método conflictual no están, necesariamente, enfrentados entre sí.

Asimismo, cabe distinguir entre la cuestión relativa a la validez del contrato de gestación por sustitución y la cuestión relativa al reconocimiento; o, en su caso, establecimiento de la filiación.

¹ QUIÑONES (2009, pp. 1-42 y 2012, pp. 41-79).

² Con independencia de los documentos efectivamente aportados en el caso concreto, se señaló en el trabajo que, de acuerdo al derecho de California, son las decisiones judiciales las que homologan el contrato y las que ordenan la expedición de los certificados administrativos correspondientes tras el nacimiento de los menores.

³ Arts. 7630,f) y 7650, a) del Código de Familia de California, que exige una decisión judicial en la que se declaren extintos los derechos de la madre gestante y los de su eventual pareja, y en la que se atribuya el vínculo de filiación al o a los padres intencionales.

1.1. Disociación entre contrato y filiación: ley de policía contractual y reconocimiento de la filiación.

El contrato de gestación por sustitución no determina –al menos por si sólo– la filiación de un menor. La filiación no es materia que sea de la libre disposición de las partes, aunque el principio no tenga el mismo alcance en todos los ordenamientos jurídicos. La determinación de la filiación en materia de gestación por sustitución exige una decisión de una autoridad pública, dictada conforme a ley. No basta con que haya normas que, en abstracto, autoricen la práctica o el contrato en el país del nacimiento. Es necesario contar con una decisión pública que establezca la filiación del menor, atendiendo a su interés superior, con respecto a unos padres intencionales.

El principio de indisponibilidad de la filiación exige que, cuando de lo que se trate es de reconocer una filiación que ya ha sido determinada en el extranjero, el objeto del reconocimiento sea la decisión de la autoridad pública extranjera, pronunciada en el interés del menor en el caso concreto. Sólo en tal caso, el juez requerido podría reconocer (reconocerse o verse reflejado) en la decisión que adoptada por la autoridad extranjera. Existiendo tal decisión, el reconocimiento, total o parcial de la decisión extranjera relativa a la filiación del menor sería posible. Incluso, aunque la legislación del Estado requerido no admita el contrato de gestación por sustitución, pues no es el mero contrato el que ha determinado la filiación del menor sino una decisión de la autoridad pública en su mejor interés. No siendo la filiación de la libre disposición de las partes, el juez requerido no puede reconocer la que pudiera derivarse de un mero hecho (práctica reproductiva llevada a cabo en el extranjero) ni de un acto jurídico privado, dando curso a una demanda de ejecución del contrato de gestación por sustitución. Ya señalamos en el trabajo anterior que los tribunales españoles podrían apreciar, incluso, la existencia de una ley imperativa (art. 10.1 LTRHA) aplicable al ámbito internacional en contra de la eficacia de dicho contrato (método de las leyes de policía) en los supuestos que estuvieran conectados al territorio, lo que no sería inusual si tenemos en cuenta que las empresas suelen captar al futuro cliente en el mismo país donde reside. Ahora bien, la ley de policía contractual afecta al contrato de gestación por sustitución, pero no cierra la puerta a un posible reconocimiento (condicionado) de la decisión relativa a la filiación dictada por la autoridad pública extranjera, conforme a ley y a su interés superior. De lo que se trata es de verificar si cabe reconocer una decisión de la autoridad pública extranjera (del país del nacimiento del niño) que haya establecido el vínculo jurídico de filiación conforme a ley y en interés de menor.

En definitiva, la nulidad del contrato de gestación por sustitución no ha de acarrear necesariamente el rechazo de la filiación de los menores si el vínculo jurídico estuviera determinado mediante una decisión de la autoridad pública extranjera en beneficio del menor y con audiencia de las partes. La intervención de la autoridad pública extranjera permite presumir que la filiación se ha determinado legalmente, y que la autoridad pública extranjera ha tenido en cuenta el interés del menor al establecer el vínculo jurídico de filiación a favor de los padres intencionales que lo solicitaron.

No obstante, en la práctica, la gestación por sustitución realizada en el extranjero no siempre da lugar a una decisión en la que la autoridad extranjera se pronuncia, conforme a ley, sobre la filiación de un concreto menor con respecto a unos determinados padres intencionales. No siempre es así, y menos cuando se trata de extranjeros no residentes en el territorio. Por ello, es preciso, en esta materia, atender a la pluralidad de métodos que ofrece el derecho internacional privado, ya sea para reconocer la filiación; o, en su caso, para establecer la filiación del menor. La variada práctica de la gestación por sustitución realizada en el extranjero así lo exige, pues no habrá una decisión de la autoridad pública extranjera relativa a la filiación (con respecto a uno o a los dos padres intencionales), que sea susceptible de reconocimiento.

El principio de la indisponibilidad de la filiación es un principio de orden público internacional español. El contrato de gestación por sustitución no puede determinar el vínculo jurídico de filiación, puesto que la filiación y el estado civil de las personas no son de la libre disposición de las partes ni puede ser objeto de transacción entre adultos. Ha de mediar la intervención de la autoridad pública, conforme a ley y en interés del menor, para que el vínculo de filiación se establezca. Y no sólo en el supuesto de gestación por sustitución, pues tampoco sería ejecutable un contrato que determinara la filiación adoptiva del menor o un contrato que estableciera la autoridad parental sobre el menor. No sería admisible que el vínculo jurídico de filiación de un menor lo determinara el contrato de gestación por sustitución y el que la práctica médica estuviere autorizada (o tolerada) en el país donde se realiza. Ahora bien, el atender al principio de indisponibilidad de la filiación no significa que deba rechazarse, ab initio, el posible reconocimiento de la decisión relativa a la filiación pronunciada por la autoridad pública extranjera del país del nacimiento del niño mediante gestación por sustitución.

No adoptamos, tampoco, la vía drástica, propuesta por el autor alemán Chris THOMALE⁴, que vendría a considerar que estamos ante una ley de policía *tout court* para los casos de gestación por sustitución y ante una cuestión de orden público internacional (alemán), que cerrara toda posibilidad de reconocimiento para las decisiones extranjeras relativas a la filiación del menor nacido mediante gestación por sustitución, de manera que sólo se abriera la vía de la posterior adopción internacional ante la jurisdicción alemana. Los jueces españoles pueden considerar que el art. 10 LTRHA contiene una ley de policía *contractual*, y separar, precisamente por ello, la cuestión de la eficacia del contrato de gestación por sustitución de la cuestión jurídica de la filiación del menor. El establecimiento de la filiación del menor requiere una decisión pública que atienda a su interés superior, pero esta labor puede realizarla un juez extranjero. Y, en su defecto (o si la decisión no cumple las condiciones de reconocimiento), será el juez competente del país de la residencia habitual del menor el que determinará, en todo o en parte, la filiación.

⁴ THOMALE (2016). También, pueden consultarse sus conclusiones, traducidas al francés, en la recensión de Louis d'AVOUT, en *Revue critique de droit international privé*. 2016-2, p. 411.

La mayor parte de las leyes de policía son calificadas, como tales leyes de policía, por la jurisprudencia, no siendo siempre necesario que el legislador indique expresamente que se trata de una ley de policía contractual. El art. 10.1 LTRHA podría interpretarse como tal, pero la sanción sería la de la inejecutabilidad del contrato. La prohibición afectaría al contrato, y no a la decisión relativa a la filiación pronunciada por la autoridad extranjera mediante un procedimiento que está pensado para proteger su interés superior.

Nos damos cuenta de que no queda al abrigo de toda crítica el distinguir entre el contrato (acto jurídico privado) y la decisión pública extranjera relativa a la filiación. Sobre todo, cuando la decisión proviene de un país que homologa el contrato de gestación por sustitución. Pero esto significa, también, que es posible que la autoridad extranjera no llegue a homologar el contrato de gestación por sustitución, y que la gestación por sustitución ni siquiera se lleve a cabo por considerar la autoridad pública, que no es conforme a ley o al interés concreto del menor con respecto a los padres intencionales que la solicitan. Tampoco sería inaudito el que la decisión relativa a la filiación del menor, dictada por la autoridad extranjera, dirima un conflicto entre los padres intencionales y la gestante, ofreciendo un resultado distinto al pactado en el contrato. Lo veremos más adelante con algún ejemplo.

Más aún, la gestación por sustitución es en algunos países una práctica tolerada más que específicamente regulada. Con posterioridad al nacimiento, no es inaudito el que se abra un procedimiento ante los tribunales para que se establezca la filiación, ya sea para que se declare el reconocimiento de la filiación biológica o para que se establezca la filiación adoptiva respecto a la madre/padre sólo intencional (no biológico). Es decir, que en no pocos casos la filiación se establece mediante los cauces que el derecho admite con carácter general. En tal caso, se da la coincidencia de que el juez del país donde nace el menor y el juez del país de la residencia habitual del menor utilizarían, posiblemente, los mismos cauces de su derecho civil respectivo y que con carácter general prevé su ordenamiento para supuestos que no guardan una relación directa con la gestación por sustitución (reconocimiento de la filiación biológica y adopción del hijo del cónyuge).

El disociar la cuestión contractual de la cuestión relativa a la filiación se aviene con el principio de la indisponibilidad de la filiación. E incluso con las previsiones legislativas de la ley española (art. 10 LTRHA) para los casos de gestación por sustitución a los que resulte aplicable la ley española.

En definitiva, el contrato no puede ser el objeto del reconocimiento. Ni ha de ser, por lo mismo, el obstáculo al mismo.

1.2. Método (o métodos) del reconocimiento y método conflictual.

No es necesario entonar -como se dice, a veces, en tono de alarma- un réquiem por el método conflictual a favor del método del reconocimiento. En materia de gestación por

sustitución, será posible acudir al método del reconocimiento si la autoridad pública extranjera ha decidido sobre la cuestión de la filiación en beneficio del concreto menor. Pero hará que acudir al método conflictual en los supuestos en los que sea necesario aún el establecer la filiación del menor, porque ninguna autoridad pública extranjera la ha establecido al caso concreto, parcial o totalmente; o, también, en los casos en los que la decisión extranjera no haya sido reconocida. Si ninguna autoridad pública extranjera ha intervenido para determinar la filiación del menor, habrá una práctica autorizada y un contrato, pero no contaremos con una decisión relativa a la filiación de un menor susceptible de reconocimiento (total o parcial) en el Estado requerido (que, generalmente, será el de la residencia de los menores). No podrá considerarse, en tal caso, que existe una “filiación válidamente establecida en el extranjero”, y susceptible de reconocimiento en otro país. Será el país de la residencia habitual del menor el que tendrá que determinar su filiación. Para ello, se pondrá en juego el sistema de normas del derecho internacional privado de competencia judicial internacional y de derecho aplicable. La ley aplicable, por lo general, será la propia, al tener el menor la residencia en el territorio.

La intervención de la autoridad pública extranjera determinando la filiación del menor permite presumir la legalidad *iuris tantum* de la filiación, de que se ha atendido al mejor interés del menor y a los intereses de la mujer gestante en el país del nacimiento. Pero si no hay una decisión extranjera a reconocer; o si, aunque exista, no es reconocida por no cumplir las condiciones de reconocimiento, será necesario, entonces, que las autoridades del país de la residencia del menor determinen la filiación del mismo si son competentes y según el derecho que resulte aplicable. Es decir, teniendo en cuenta el método conflictual. Ambos métodos, el de reconocimiento y el conflictual -junto al ya señalado método de las leyes de policía en el ámbito contractual- son útiles para atender a la diversidad de supuestos y la diversidad de cuestiones que suscita la gestación por sustitución.

Un problema añadido que habrá que resolver, es que el llamado “método del reconocimiento” no es, hoy, unívoco, sino que es plural. Y no sólo por la cuestión relativa a sus efectos (eficacia probatoria o substancial de las decisiones extranjeras), sino porque se considera la posibilidad de extender el método de reconocimiento no sólo a las decisiones (sentencias) y a los actos públicos extranjeros (que no sean meramente receptivos) sino a los actos públicos no constitutivos o a las situaciones jurídicas creadas en el extranjero. Habrá que verificar la adecuación de esta extensión del método del reconocimiento a las situaciones cristalizadas en el extranjero con respecto a la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En mi opinión, y por todo lo que se ha venido apuntando, no cabe extender el método del reconocimiento a las situaciones jurídicas creadas en el extranjero si con ello se procede al simple reconocimiento de un hecho (práctica médico-legal) y de actos jurídicos privados (contrato de gestación por sustitución). No es suficiente que el contrato se sostenga en normas jurídicas o en actos públicos meramente receptivos que autoricen la práctica. Es necesario contar con la decisión relativa a la filiación del menor con respecto a los padres intencionales. A falta de tal decisión, cabría dudar, incluso, de que estuviéramos ante una

situación jurídica creada válidamente en el extranjero, dado el carácter indisponible de la filiación.

1.3. Un método sujeto a condiciones.

Por último, ha de tenerse en cuenta que el método del reconocimiento es siempre condicionado, y que cabe precisar las condiciones de reconocimiento requeridas. Este punto relativo a las condiciones de reconocimiento ya fue tratado en el trabajo anterior al que, en parte, nos remitimos. En el referido trabajo, señalamos las condiciones siguientes: competencia internacional de la autoridad extranjera (o existencia de vínculos con el país de origen), ausencia de inconciliabilidad de decisiones y límite del orden público internacional, precisando que en el ámbito del reconocimiento de decisiones el orden público internacional (y el fraude) serían la pieza clave para la aceptación o rechazo de la filiación ya determinada en el extranjero. Sin embargo, habrá que plantearse, hoy, el cómo incide la doctrina del TEDH en la actuación de la condición o el límite del orden público internacional.

También habrá que plantearse si los casos de gestación por sustitución requieren de unas condiciones de reconocimiento específicas, como parece indicar la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. O si, por el contrario, el reconocimiento puede estar sujeto sólo a las condiciones generales que ofrezca el régimen jurídico que le sea aplicable a una decisión de filiación procedente del país en cuestión (ya sea a través de un convenio bilateral de reconocimiento, que contemple la materia de filiación, o del régimen autónomo).

En cualquier caso, el método del reconocimiento de decisiones ofrece al Estado requerido la posibilidad de reconocer la filiación ya determinada con respecto a un concreto menor en lugar de volver a plantear la cuestión relativa a la determinación de su filiación. Este reconocimiento condicionado puede conciliarse con el respeto a la diversidad legislativa. No sólo porque tanto el Estado requirente como el requerido seguirán aplicando leyes distintas en su territorio sino porque el reconocimiento es condicionado y permite atender a las situaciones con elemento extranjero que en el momento en que se crearon estaban alejadas del país requerido, permitiendo el respeto a la diversidad legislativa como el control el eventual del fraude.

Se trata, en definitiva, de verificar hasta qué punto un juez español podría verse reflejado en la decisión relativa a la filiación que ha adoptado el juez de un país que admite la gestación por sustitución. Si el juez requerido puede verse reflejado, *in casu*, en la sentencia del juez extranjero se lograría mediante el reconocimiento cierta armonía internacional de soluciones (la misma solución dada a la filiación en los dos países); y con ello se garantizaría la continuidad de la filiación del niño, de su identidad y de su vida personal y familiar.

2. *Incidencia de la doctrina del TEDH: el orden público internacional en su vertiente europea.*

El trabajo de 2009 no pudo tener en cuenta las no pocas decisiones y las reflexiones doctrinales que se han sucedido en los últimos años⁵. En España, la reflexión ha ido pivotando en torno al supuesto de los menores valencianos. Gran parte de la doctrina ha tomado partido por el reconocimiento de los documentos aportados por los padres intencionales, sumándose así, no a la STS de 6 de febrero de 2014⁶ sino, al voto particular emitido por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana⁷, frente a la posición mayoritaria del tribunal contraria al reconocimiento. La mayoría de autores se han manifestado a favor de la inscripción de la filiación establecida en California; apreciando que no concurren motivos que lleven al rechazo, y atendiendo al interés superior del menor –o, en otra traducción⁸, atendiendo al mejor interés del menor, *The best interest of the Child*–, previsto en el Art. 3 del CNUDN de 1989. Estas reflexiones se han visto reforzadas, en alguna medida, al menos en cuanto al juego del límite del orden público internacional español en su vertiente europea, con las decisiones del Tribunal de Estrasburgo en los asuntos *Mennesson y Labassée*, que trataremos a continuación.

No obstante, la variedad de prácticas que ofrece la gestación por sustitución realizada en el extranjero apela a una pluralidad de métodos en el derecho internacional privado, pues no siempre cabe contar con una decisión extranjera que haya determinado la filiación de los menores. El método del reconocimiento conviene, no a las normas ni a los hechos y actos jurídicos, sino a las decisiones extranjeras. Entendiendo por tales decisiones a las sentencias y a los actos públicos constitutivos y no meramente receptivos. Cabe extender el método del reconocimiento a los actos públicos extranjeros, siempre que establezcan la filiación de un menor con respecto a unos padres intencionales. A mi entender, sólo en tal caso, cabe presumir que estamos ante el reconocimiento de una situación legalmente establecida en el

⁵ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, pp. 339-377 y 2013, pp. 77-90) ÁLVAREZ DE TOLEDO (2014, pp. 5-49) DURÁN AYAGO (2012, pp. 265-308), , CALVO CAVARCA (2013, p. 93), CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015, pp. 45-113, p. 93), ESPINAR VICENTE, (2012, pp. 589-604), FARNÓS AMORÓS (2015-1, pp. 5-61), HEREDIA CERVANTES, (2015, p. 339), ROCA TRIAS, (2015, p. 301).

⁶ STS, Sala 1ª, 6 de febrero de 2014, nº 835/2013, rec. 245/2012.

⁷ Frente a la opinión mayoritaria declarada en la sentencia, el Magistrado D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA, emitió un voto particular, al que se adhirieron los Magistrados D. JOSÉ RAMÓN FERRANDIZ GABRIEL, D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS y D. SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL. En el voto particular se avala el reconocimiento del documento expedido por la autoridad administrativa californiana que se determina la filiación a favor de los promotores de la inscripción registral.

⁸ Señalando los problemas de traducción, ÁLVAREZ DE TOLEDO (2014, p. 5).

extranjero para una materia, como la filiación, que no es de la libre disposición de las partes, y que requiere de la intervención de una autoridad pública en interés del menor.

En todo caso, sea cual fuere el método, el límite o la excepción de orden público internacional pueden suponer un obstáculo tanto al reconocimiento de la decisión relativa a la filiación como a la aplicación de la ley extranjera. Este orden público internacional español tiene, también, su vertiente europea. Para ello, es preciso tener en cuenta los derechos fundamentales previstos en el CEDH y las decisiones del TEDH, a fin de corregir las prácticas administrativas excesivas que pueden contravenir el interés superior del menor, y para atender al control de proporcionalidad (8.2 del CEDH), que debe presidir en toda actuación de la administración pública. En un ámbito europeo e internacional sólo contamos con la doctrina del TEDH en esta materia. Diversos foros y organizaciones internacionales de ámbito europeo han ido mostrando interés por este tema, pero en ninguno se haya llegado aún a un acuerdo que ofrezca resultados en un mismo sentido. Ni el Parlamento europeo⁹ ni el Consejo de Europa¹⁰ ni la Conferencia de La Haya¹¹ o la CIEC¹² han llegado a ofrecer un instrumento o un texto convencional al respecto, aunque haya declaraciones al respecto y se trabaje en este sentido. Por todo ello, para trazar la situación actual, es preciso detenerse en las sentencias dictadas estos últimos años por el

⁹ *European Parliament*, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", 2013, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI_ET%282013%29474403_EN.pdf. Cabe tener en cuenta que en su Resolución de 17 de diciembre de 2015, relativa al informe anual de 2014 sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y sobre la política europea en la materia (2015-2229[INI]), el Parlamento europeo consideró que debe ser prohibida y examinada bajo el marco de los derechos humanos la práctica comercial de la gestación por sustitución que va en contra de la dignidad humana de la mujer, notablemente de las mujeres vulnerables de los países en desarrollo, cuyo cuerpo y funciones reproductivas son utilizadas como mercancías y explotadas para obtener beneficios (§ 115 de la Resolución).

¹⁰ V. Committee of Experts of the Council of Europe on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), "Rapport sur la procreation artificielle humaine", 1989, en [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Texts_and_documents/INF_2014_5_vol_II_textes_%20CoE_%20bio%C3%A9thique_F%20\(2\).pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Texts_and_documents/INF_2014_5_vol_II_textes_%20CoE_%20bio%C3%A9thique_F%20(2).pdf) (especialmente, p.15 y p. 121) y el Discurso del Secretario General, de 6 de Julio de 2015, en http://www.coe.int/en/web/secretary-general/speeches/-/asset_publisher/gFMv10SKOUrv/content/46th-annual-study-session-of-the-iidh-children-and-international-human-rights-law-.

¹¹ V. "Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements" (Prel. Doc. N° 3 C, marzo 2014, en http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178 y "The parentage/Surrogacy project: an updating note" (Prel. Doc. N° 3 A, febrero de 2015, en http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03a_en.pdf

¹² V. "Surrogacy and the civil status of the child in ICCS member States", 2013, en <http://www.ciec1.org>.

Tribunal de Estrasburgo¹³ en materia de gestación por sustitución, que afectan a los derechos fundamentales del menor.

En España, ni la sociedad civil ni los grupos parlamentarios nacionales son unánimes. Y, aunque se han ido y se van elaborando propuestas e iniciativas legislativas¹⁴ no puede decirse, al día de hoy, que tal actividad haya cuajado en una nueva regulación interna específica en esta materia distinta a la ya existente. Más aún, la situación en España sigue siendo incierta. Viene marcada por la decisión de la DGRN (2009), una Instrucción de la DGRN (2010), revitalizada en una nota por la DGRN, y por la STS de 6 de febrero de 2014 (con voto particular), y por dos ATS, de 2 febrero 2015 (incidente de nulidad de actuaciones motivado por las decisiones dictadas en 2014 por el TEDH) y de 11 marzo 2015 (dictado la última para subsanar errores materiales del ATS anterior), que tampoco suman dos sentencias (incidente de nulidad de actuaciones) para considerar que se ha sentado jurisprudencia. Pronto se sumará a las decisiones del TS una sentencia del Tribunal Constitucional, y muy posiblemente llegará el caso al Tribunal de Estrasburgo el mismo asunto de los menores valencianos, que tratamos con anterioridad al hilo de la Resolución de la DGRN del año 2009.

En todo caso, los AATS son coetáneos a del TEDH en los asuntos *Menesson c. France* y *Labassee c. France*¹⁵ por lo que vamos a dedicarle un sub-apartado.

2.1. Doctrina del TEDH en el ámbito de los derechos fundamentales: la identidad biológica del menor.

El Tribunal de Estrasburgo, en poco más de dos años, se ha pronunciado en varias ocasiones en asuntos relativos a menores nacidos mediante una gestación por sustitución. Los asuntos *Menesson c. France* y *Labassee c. France*, *D. y otros c. Bélgica*¹⁶, *Paradiso y Campanelli c. Italia*¹⁷, *Laborie y otros c. France*¹⁸, *Foulon y Bouvet c. France*¹⁹, afectando éstos

¹³ CALVO CAVARCA (2015, p. 93).

¹⁴ Boletín General de las Cortes Generales de 20 de febrero de 2015 publicó la Proposición no de Ley sobre la creación de un marco regulatorio para la gestación subrogada presentada a iniciativa del Grupo Parlamentario de Unión, Progreso y Democracia, para dotar a los mismos de una plena protección jurídica, reclamándose a través de la misma la derogación del Art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, para articular, entre otras cuestiones, la irreversibilidad del acuerdo a efectos de filiación, como la imposibilidad de impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de la gestación.

¹⁵ STEDH de 26 de junio de 2014, nº 65192/11. FULCHIRON Y BIDAUD-GARON (2015, p. 1) y K. TRIMMINGS, "Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?", en <http://conflictoflaws.net/2015/beamont-and-trimmings-on-human-rights-and-cross-border-surrogacy>

¹⁶ STEDH de 8 de julio de 2014 nº 29176/13.

¹⁷ STEDH de 27 de enero de 2015, nº 25358/12. Ver, también, la nota nº 20.

últimos al igual que los dos primeros al vecino país francés. Destacaremos los asuntos acumulados *Menesson y Labasée*, que dieron lugar a la STEDH de 26 de junio de 2014.

El caso *Paradiso* es peculiar: Una pareja que había obtenido la idoneidad para adoptar y estaba a la espera de la asignación de un niño, al no haber suficientes niños disponibles, decidió recurrir a una gestación por sustitución en Rusia. A su vuelta a Italia, y tras un test ADN donde se comprobó que el niño (error en la clínica) no era hijo biológico, las autoridades italianas declararon al menor en desamparo y retiraron la guarda a la pareja (lo que no sucede en el caso *Menesson* ni en ningún otro) para que el menor fuera adoptado por otra familia (quizás la que estaba en primer lugar en la lista de espera) cuando el niño había llevado ya unos siete u ocho meses (incipiente vida familiar) con los dos comitentes o con uno de ellos, respectivamente. El TEDH, al analizar la proporcionalidad de la medida italiana, se pronunció desfavorablemente respecto al gobierno italiano. Nótese que, más allá de la valoración de la proporcionalidad al caso concreto y en interés del menor, de hacerse extensible la maniobra, los principios que presiden la adopción internacional (no sólo el derecho italiano), podrían tener los días contados. El gobierno italiano recurrió la decisión²⁰.

Es paradigmático el caso *Menesson*, que afecta a dos niñas gemelas (hoy ya adolescentes) nacidas en California mediante una donante de óvulos anónima, una mujer gestante norteamericana y el sr. *Menesson*, un nacional francés residente en Francia al igual que su esposa. Como ya indicamos en nuestro anterior trabajo (2009), la filiación de las gemelas, a favor de ambos padres intencionales, fue establecida, antes de que nacieran, por decisión del TS de California de 14 de julio de 2000 y conforme a las disposiciones del *California Family Code* (Sections 7630 y 7650). No obstante, los tribunales franceses argumentaron que había fraude de ley y no transcribieron la filiación establecida por la decisión norteamericana. En base al adagio “el fraude todo lo corrompe”, los *Menesson* debían convivir con sus hijas en Francia utilizando los documentos extranjeros, emitidos por las autoridades norteamericanas a fin de llevar a cabo los actos necesarios para la vida cotidiana de las menores.

El TEDH, en su sentencia de 26 de junio de 2014, condenó parcialmente a Francia. El tribunal rechazó el recurso planteado por los esposos *Menesson*, en nombre propio, al considerar que el Estado francés sí había respetado su derecho a llevar en Francia una vida familiar normal. Pero con respecto al recurso planteado, en nombre de las niñas, el Tribunal *condenó* a Francia por no haber dado a las menores un estatuto, que les permitiera el reconocimiento de su identidad; y dentro de ella, a su *filiación (biológica)* en Francia. Por consiguiente, Francia tuvo que cambiar la jurisprudencia que, cabe no olvidarlo, venía

¹⁸ STEDH de 19 de enero de 2017. Dictada con posterioridad a la entrega del trabajo. La decisión va en el mismo sentido que los asuntos acumulados *Menesson* y *Labasée* y los asuntos *Foulon* y *Bouvet*

¹⁹ STEDH de 21 de julio de 2016, *Bouvet*, (nº 10410/14), *Foulon* (nº 9063/14).

²⁰La decisión, dictada con posterioridad a la entrega de este trabajo, está disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC). Se trata de la STEDH, de 24 de enero de 2017, donde la Gran Cámara da razón al gobierno italiano, apreciando la proporcionalidad de la medida en el caso concreto.

considerando que el fraude todo lo corrompe (*fraus omnia corrumpit*) y que no permitía mediante cauce alguno (adopción, posesión de estado u otro) establecer la filiación de las menores ni total ni parcialmente (respecto al padre biológico) con respecto a los padres intencionales²¹.

El TEDH descarta que el Estado francés haya vulnerado el derecho a la vida familiar normal de los padres intencionales, pero condena a Francia, por unanimidad, por no respetar el derecho a la vida privada (en la que se incluye la filiación) de los menores. El prohibir el establecimiento de un vínculo legal entre un padre y sus hijas biológicas contravenía lo dispuesto en el CEDH (art. 8). La negativa de las autoridades francesas a transcribir la paternidad biológica socavaba el derecho de las menores a su identidad, de la que la filiación biológica forma parte. No obstante, nada precisó el TEDH respecto a la filiación materna sólo intencional (no biológica) de la sra. Mennesson.

El TEDH, en los acumulados *Foulon y Bouvet*, de 21 de Julio de 2016, mantuvo *mutatis mutandis* la misma argumentación, aunque de forma más lacónica. En los casos *Foulon y Bouvet*, se fija, además, una indemnización de 5.000 euros por cada menor en concepto de daños morales. Cabe notar, a nuestros fines, que en estos casos en los certificados de nacimiento expedidos en el extranjero figuran el progenitor biológico y la mujer que gestó a los menores. Difícilmente podría decirse que la (doble) filiación intencional ya está válidamente determinada en el país extranjero de origen. Un país cuyas leyes no reconocerían la doble filiación homosexual. Nos interesa traer a colación estos casos porque ilustran la idea, ya anunciada en el trabajo, de que no siempre estaremos propiamente ante un dilema metodológico entre reconocimiento de una decisión válidamente establecida en el extranjero y la determinación de la filiación mediante el sistema conflictual.

En todo caso, la decisión del TEDH en el asunto *Mennesson c. Francia* ha de interpretarse dentro del marco de la protección de los derechos fundamentales de las menores. El TEDH no se pronuncia sobre la validez o la nulidad de los contratos de gestación por sustitución. Tampoco trata de las cuestiones que conciernen al derecho internacional privado. Es decir, del reconocimiento de la sentencia californiana o del reconocimiento de los certificados de nacimiento indios, ucranianos o rusos en los otros casos. No trata de las cuestiones que afectan al derecho internacional privado ni de las cuestiones de derecho civil ni de los contratos de gestación pos sustitución. Por lo mismo, no incide en la necesidad de un cambio de legislación ni en la soberanía del legislador nacional al admitir o al prohibir la práctica, y al desproveer de eficacia a tales contratos. Quedan estas cuestiones dentro del margen de apreciación de cada Estado, que puede admitir, tolerar o rechazar la práctica

²¹ Cabe añadir que el derecho penal se aplica a la práctica condenándola con penas que pueden alcanzar los dos años de prisión y una multa de 30.000 euros, y no sólo se ven afectados los que realizan una gestación por sustitución en el territorio sino los residentes que se trasladen en el extranjero a tal fin y para eludir la prohibición nacional.

médico-legal según considere conveniente. En definitiva, el TEDH ofrece una solución justa, al caso concreto, para los menores que les facilitará la vida cotidiana. Y otras dificultades, que han encontrado o podrían encontrar los menores relativas a la nacionalidad, la inmigración y el derecho de sucesiones, han llevado a Francia, tras presentarse la demanda en Estrasburgo, a corregir los efectos negativos que tuvieran para los menores ya nacidos, e incluida la declaración de que no se excluirá a los menores del derecho de sucesiones²². Los derechos fundamentales vendrían, así, a corregir las prácticas administrativas restrictivas.

Las decisiones del TEDH configuran la actuación de la excepción o del límite de orden público internacional de cada Estado, en su vertiente europea, en el respeto al criterio de proporcionalidad. Es decir, como a una justicia material al caso concreto que prioriza el interés de los menores “de carne y hueso” afectados en estos asuntos²³, y sea cual fuere el modo en el que llegaron al mundo. El principio de no discriminación por nacimiento o de la igualdad de los hijos ante la ley, vendría a sostener esta justicia *in casu*, con respecto a unos menores ya nacidos, y a los que no se les puede reprochar fraude alguno²⁴.

Cada país es libre de adoptar la normativa que quiera respecto a los contratos de gestación por sustitución, pero los niños que ya han nacido han de poder ver reconocida o establecida su filiación biológica, que forma parte de su identidad como personas. El razonamiento no pivota en torno a la identidad única de los niños en cualquier país del mundo sino en torno al respeto a su identidad biológica.

El Art. 8 del CEDH lo que impone es que cualquier persona pueda establecer su identidad como ser humano, del que la filiación biológica es un aspecto esencial²⁵. El Tribunal Estrasburgo privilegia la realidad biológica (si la filiación es solicitada), como parte de la identidad de la persona, y no pone en el mismo plano el vínculo volitivo o intencional.

Tal se desprende cuando el TEDH señala:

“... uno de los padres de intención es igualmente progenitor del niño. Teniendo en cuenta la importancia de la filiación biológica en tanto que elemento de identidad de cada uno (...), no es posible pretender que sea conforme al interés de un niño el privarle de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de este vínculo está establecida y el niño y el padre reivindican su pleno reconocimiento.”²⁶.

²² Respecto a la nacionalidad es el caso de la circular Taubira relativa a los certificados de nacionalidad en caso de sospecha de una gestación por sustitución (*Circulaire CIV/02/13 - NOR JUSC 1301528*). Ha sido validado por el Consejo de Estado francés (CE, 12 de diciembre de 2014, n° 367324), que ha mantenido una actitud más abierta que la *Cour de Cassation* en sus decisiones sobre la entrada de los menores al territorio.

²³ La feliz expresión del magistrado es destacada por varios autores. Así, E. ROCA (2015, 301).

²⁴ Punto en el que parece coincidir la doctrina francesa (BOLLÉE, 2015, p. 237).

²⁵ *Mennesson*, § 46, 80 y 96.

²⁶ *Mennesson*, § 100.

Queda por saber qué ocurriría si la filiación materna fuera biológica y no sólo intencional (lo que no era el caso, pues los *Menesson* recurrieron a una donante de óvulos anónima), y si la que reclamara el vínculo biológico fuera la gestante, como parte de la identidad del menor. Respecto a la filiación materna intencional, entre la doctrina francesa, H. FULCHIRON habla de construir la filiación de intención o de reconstruirla, si hubiera sido establecida, para evitar el dilema del todo o nada²⁷.

Aunque es amplio el margen de apreciación de los Estados²⁸, han de darse soluciones de derecho internacional privado (reconocimiento de decisiones y establecimiento de la filiación) y de derecho civil (reconocimiento de la paternidad, posesión de estado, adopción), que permitan alcanzar un resultado acorde con la doctrina del TEDH que, a mínima, exige el respeto a la filiación biológica solicitada:

“... por la vía de un reconocimiento de la paternidad o de la adopción o por efecto de la posesión de estado (...) obstaculizando tanto el reconocimiento como el establecimiento en derecho interno de su filiación con respecto a su padre biológico, el Estado demandado ha actuado más allá de lo que le permite su margen de apreciación”²⁹.

En los supuestos con elemento extranjero, cabría no olvidar que ha de atenderse previamente a las soluciones que ofrece el derecho internacional privado. Es el caso del método del reconocimiento de la decisión relativa a la filiación del menor, establecida por la autoridad pública en una decisión extranjera. Y, si tal decisión no existe, o no puede ser reconocida más que parcialmente, cabe aún establecer la filiación del menor conforme al derecho que sea aplicable. En ambos supuestos la doctrina del TEDH serviría para modular, al caso concreto, la actuación del límite relativo al orden público internacional frente a la decisión extranjera o al derecho aplicable, permitiendo, a mínimos, bien el reconocimiento o bien el establecimiento de la filiación biológica en el respeto a la identidad de los menores.

2.2. Repercusión de la doctrina del TEDH en las decisiones de otros países europeos.

La doctrina del TEDH en el asunto *Menesson* ha tenido su influencia en los supuestos relativos a la filiación de menores nacidos mediante gestación por sustitución, que se han planteado ante los tribunales de distintos países europeos. De varias de estas decisiones se ha ocupado el profesor Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, por lo que aconsejamos la lectura de sus trabajos para enriquecer y contrastar lo que aquí se señale con las reflexiones ya dadas

²⁷ FULCHIRON (2015, p. 1).

²⁸ *Menesson*, § 77.

²⁹ *Menesson*, § 100.

por el autor desde el punto de vista del juego (o más bien, escaso juego) del límite del orden público internacional³⁰.

A nuestros fines, nos centraremos en los casos planteados en Francia³¹, Alemania³² y Suiza³³:

- a) Francia: Eficacia probatoria de los documentos extranjeros.

En Francia, tras los asuntos acumulados *Menesson c. France* y *Labassee c. France*, la *Cour de Cassation* (en adelante, TS francés), en su sentencia de 3 julio de 2015, optó por transcribir las actas de nacimiento extranjeras de unos menores nacidos en Rusia. Sin embargo, lo hizo mediante la solución de mínimos de reconocer la eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros (en este caso, se trataba de actas de nacimiento) sobre la base del art. 47 del Código Civil francés, centrando el control en la autenticidad y veracidad de los hechos relativos a la filiación biológica paterna³⁴. El TS sentaba con tal reconocimiento de la eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros una presunción *iuris tantum* de la filiación paterna biológica, que era la ahí consignada.

- b) Alemania: Reconocimiento substancial de la sentencia extranjera.

Tras la STEDH relativa a los esposos *Menesson*, llegó hasta el Tribunal Supremo Federal Alemán³⁵ (en adelante, BGH) el reconocimiento de la eficacia (esta vez, substancial) de una decisión judicial californiana relativa a la filiación de un menor nacido mediante gestación por sustitución. Existiendo una decisión judicial extranjera se sujetó su eficacia al método del reconocimiento de las sentencias extranjeras. El BGH reconoció la decisión extranjera en Alemania y con ella la doble filiación de los menores, procediendo a su inscripción en el Registro.

Nótese que, en tal caso, se trataba de una decisión de una autoridad pública extranjera en la que se ha establecido el doble vínculo jurídico de la filiación del menor con respecto a los padres intencionales, conforme a la ley californiana. No se trataba ni de reconocer el hecho

³⁰ (ALVAREZ GONZALEZ, 29015, p. 145 y 2010, p. 339)

³¹ *Cour Cassation*, 3 de julio de 2015, n° 14-21.323 y n° 15-50.002.

³² *Bundesgerichtshof*, 10 de diciembre de 2014, n° XII ZB 463/13.

³³ *Tribunal federal de 21 de mayo de 2015*. <http://www.bger.ch/FR/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>.

³⁴ *Cass. ass. plén.*, 3 julio de 2005, n° 14-21.323 y n° 15-50.002. JurisData n° 2015-015879 y n° 2015-015881.

³⁵ *Bundesgerichtshof*, 10 de diciembre de 2014, n° XII ZB 463/13. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>.

(práctica reproductiva) ni de reconocer lo establecido en el contrato ni del reconocimiento de un certificado de nacimiento en la que constara el padre biológico y la gestante, sino de reconocer una decisión dictada por los tribunales californianos relativa a la doble filiación del menor con respecto a los padres intencionales.

Respecto a las condiciones del reconocimiento, surge la cuestión relativa al límite de orden público internacional y al fraude a la ley alemana (gestación llevada a cabo por nacionales y residentes). Pero el BGH invoca, al respecto, el Art. 8 del CEDH y la ya citada STEDH, relativa a los asuntos *Menesson y Labassee*, declarando que el interés superior del menor exige que la filiación jurídica sea reconocida, ya que el niño no puede ser considerado responsable de los actos (fraude) de los adultos. El reconocimiento, en este caso, no es parcial sino integral. Es decir, tanto con respecto a la filiación del padre intencional biológico como con respecto al padre intencional.

La decisión ha suscitado comentarios favorables, pero ha tenido, también, sus detractores en Alemania³⁶. Cabe añadir que la jurisdicción inferior había considerado que la vía de la adopción era la más apropiada para establecer un vínculo jurídico entre el niño y el padre intencional con el que no está genéticamente emparentado. Esta solución de mínimos hubiera sido igualmente compatible con la doctrina sentada por la STEDH en los asuntos *Menesson y Labassee*. Sin embargo, el BGH –en desacuerdo con el tribunal inferior– razona priorizando la protección del menor y a las responsabilidades que tienen los adultos respecto a él. Tiene en cuenta el BGH que la vía de la adopción comportaría el riesgo de que los padres intencionales; o, uno de ellos – por ejemplo, el menos “motivado”–, se desentendiera del menor tras nacer el niño, lo que podría permitir a los que han “encargado” al niño el huir de sus responsabilidades con respecto al mismo. No entraremos –aunque lo apuntamos– en la parca suerte del niño en tal caso, pues de lo que se trata es de destacar que los padres intencionales han de tener las máximas responsabilidades con respecto a un niño, que ha venido al mundo con el concurso de la voluntad de varios adultos, aunque no sean finalmente las de convivir con el mismo. La medida se dirige claramente a proteger al niño, que ha nacido por la voluntad de otros, sin ser parte en el contrato ni eludir la ley alemana.

El BGH contradice la opinión del tribunal inferior según la cual el reconocimiento integral de la filiación, establecida por la decisión extranjera, sería contrario al derecho del niño a conocer sus orígenes o su identidad, al no precisarse información alguna sobre la madre, y al requerir tal nacimiento no sólo una mujer que gesta al niño sino una donante de óvulos anónima. El BGH declara, empero, que no concierne al Registro Civil la misión de proteger el derecho de un niño a conocer sus orígenes genéticos sino el constatar los vínculos jurídicos de filiación³⁷. Cita, así, varios ejemplos en los que la filiación registrada no se corresponde con la filiación biológica (por ejemplo, en el caso de donación de espermatozoides, donde el donante es anónimo y no es registrado).

³⁶ V. nota número 7.

³⁷ Respecto a este interesante tema nos remitimos a la ponencia de la profesora E. FARNÓS, que será publicada en este mismo número.

El BGH -sobre la base de la doctrina del TEDH en el asunto *Mennesson*- lo que pone en valor es que el padre intencional ha aportado los gametos y el que la mujer gestante no ha aportado los suyos. Nótese que podría desprenderse de todo ello que, si ninguno de los padres intencionales aportara los gametos y si la mujer gestante fuera, además, la madre biológica, podría no otorgarse el reconocimiento o tal reconocimiento podría ser parcial, y todo ello sin perjuicio de que debieran establecerse igualmente las responsabilidades de los adultos con respecto al niño.

En todo caso, lo que interesa destacar, a nuestros fines, es que el tribunal alemán utiliza los instrumentos que le ofrece el derecho internacional privado. En concreto, el método del reconocimiento de las decisiones extranjeras, para reconocer la doble filiación establecida en el extranjero mediante una sentencia judicial, lo que es posible en este caso de gestación por sustitución. No estamos ante el mismo supuesto que el conocido por el TS francés, donde sólo cabe contar con certificados de nacimiento expedidos en Rusia a favor de uno sólo de los padres de intención.

- c) Suiza: Reconocimiento parcial de la sentencia extranjera existiendo vínculos estrechos con Suiza.

En Suiza, el Tribunal Federal (en adelante TFS), en su decisión de 21 de mayo de 2015, se planteó el reconocimiento de una sentencia extranjera (también, californiana), pero dio una respuesta distinta a la del Tribunal Supremo alemán. Una respuesta basada en un reconocimiento parcial, que es igualmente compatible con la doctrina del TEDH.

Cabe recordar, como ya señalamos en el anterior trabajo, que el derecho suizo prohíbe “todas las formas de maternidad por sustitución”. Esto lo prevé en la Constitución Federal (Art. 119.2, d: “La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”), configurando la visión del orden público internacional suizo en la materia. El TFS, enfrentado al reconocimiento de la decisión californiana que establecía la doble filiación, consideró que sólo el padre biológico podría ser reconocido como padre del niño, rechazando el inscribir como tal al compañero unido en una unión civil de convivencia mutua (unión registrada entre personas del mismo sexo) inscrita en el cantón de *Saint-Gall*.

Es de destacar, a nuestros fines, que el TFS sujeta la decisión extranjera al método del reconocimiento. Pero el reconocimiento es parcial, teniendo en cuenta el orden público internacional suizo, previsto en el texto constitucional, de proximidad y atento a evitar el fraude (*Rechtsumgehung*).

El tribunal tiene en cuenta la falta de vínculos con California y el modo (*Art und Weise*) cómo la gestación por sustitución se ha llevado a cabo, tratándose de una situación jurídica internacionalizada o deslocalizada (“turismo” o “exilio” reproductivo, según las sensibilidades) por la voluntad de las partes con la finalidad de eludir los principios fundamentales suizos. El TFS tiene en cuenta que no existen vínculos con California

mientras que sí existen vínculos fuertes *in casu* con Suiza³⁸, al ser los padres intencionales nacionales suizos y residentes en Suiza, de modo que recurrieron al Estado (y legislación) de California para eludir lo que les prohibía el derecho suizo. Este orden público de proximidad, tiene en cuenta la distinción entre las situaciones que son próximas al foro y las que se encuentran alejadas del foro en el momento de su creación.

Cabe recordar que, tanto en Suiza como en Alemania, los tribunales subordinan la intervención de la excepción del orden público internacional a la existencia de vínculos con el Estado del foro en el caso concreto. Esta condición se denomina «*Binnenbeziehung*» en la práctica suiza³⁹ y «*Inlandsbeziehung*» en la práctica alemana⁴⁰. La existencia de vínculos permite justificar el juego de la excepción de orden público, en el caso concreto, en los casos en los que están en juego principios fundamentales, que no llegan a ser de *ius cogens*.

La previsión es ilustrativa de la nota de relatividad en el espacio que tiene el límite del orden público internacional. La cuestión afecta al orden público internacional suizo, pero no es de orden público absoluto (por ejemplo, la prohibición de un contrato de esclavitud), pues en tal caso no dependería su actuación de la existencia o no de vínculos con el foro (la esclavitud es siempre contraria al orden público). Se trata de cuestiones que son contrarias a los principios fundamentales del derecho suizo, pero que cabe valorar al caso concreto atendiendo a los vínculos existentes con el país extranjero que se ha pronunciado y con Suiza.

Ahora bien, cabe un reconocimiento parcial, lo que hace compatible la decisión suiza con la doctrina del TEDH ya citada. El rechazo al reconocimiento de la filiación se da con respecto a la filiación intencional, pero no con respecto a la filiación que -además de intencional- es biológica, porque el menor tiene derecho a conocer su identidad, de la que la filiación biológica forma parte.

Es preciso añadir que, en otra decisión, de 14 de septiembre de 2015, el TFS rechaza el reconocimiento de la sentencia relativa a la filiación, dictada en tenida en California, por tratarse de un supuesto en el que los gemelos no tienen vínculos biológicos con ninguno de los padres intencionales suizos⁴¹.

Cabe destacar que en el supuesto examinado, la posterior adopción del menor por el compañero unido en una convivencia registrada se vería obstaculizada, pero por un motivo ajeno a la gestación por sustitución, como es el que la legislación suiza no prevé la

³⁸ STFS, 21 de mayo de 2015 (5A_748/2014) Dossier n° 11.5.2/20_2015. <http://www.bger.ch/FR/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>.

³⁹ A. BUCHER, (1993, pp. 52-54).

⁴⁰ N. JOUBERT, (2008, *passim*).

⁴¹ TFS, 14 de septiembre, 5 A_443/2014 (ATF 141 III 328). V. P. LAGARDE (2015, p. 240).

adopción del hijo del compañero para la unión de pareja registrada, que tanto en Alemania como en Suiza es homosexual. Suiza no permite a la unión inscrita del mismo sexo ni la adopción externa ni la intra-familiar (lo que la diferencia de la ley alemana que sí permite la adopción de los hijos de la pareja no adoptivos). No obstante, en la decisión que comentamos el tribunal sugiere que el legislador suizo revise la normativa, por lo que no considera la homosexualidad de la pareja (sino la gestación por sustitución) el motivo de orden público internacional.

Por lo demás, con este reconocimiento parcial, el TFS dicta una decisión compatible con la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y con el Art. 8 del CEDH, pues el padre biológico es reconocido y la vida familiar *de facto* queda garantizada.

Cabe retener, a nuestros fines, que tanto el tribunal alemán como el tribunal suizo ofrecen la misma solución en cuanto al método (reconocimiento de la sentencia judicial extranjera), pero que dan soluciones distintas en cuanto a la aceptación o el rechazo al apreciar si concurren *in casu* motivos de orden público dentro de las condiciones del reconocimiento. Quizás, porque la legislación suiza prohíbe, en la Ley Fundamental, cualquier modalidad de gestación por sustitución. La alarma del orden público suena a los oídos del tribunal suizo con intensidad siempre que el supuesto no esté conectado con el país extranjero sino conectados estrechamente con Suiza. Ambos elementos son tenidos en cuenta: el que la gestación por sustitución active la alarma del orden público internacional suizo y el que el caso no esté vinculado estrechamente con el país de origen de la sentencia sino con Suiza.

De lo que acabamos de decir se deduce que sí podría verse reconocida en Suiza la doble filiación determinada en una *parental order* del Reino Unido si fuera solicitada, por ejemplo, por dos ingleses (o un inglés y un suizo nacionalizado y residente en el Londres), que tuvieran un niño nacido mediante gestación por sustitución en el Reino Unido y se instalaran con posteridad en Suiza. En tal caso, no podría apreciarse la existencia de fraude o que existiera interés por eludir la prohibición suiza.

La decisión suiza se aviene con la propuesta, ya existente en el trabajo anterior, de ser beligerante con los países que no ponen límite alguno al acceso a la gestación por sustitución de los extranjeros, aunque haya que buscar soluciones que no perjudiquen a los menores, que ningún negocio ni fraude realizan.

El establecimiento de límites en el acceso a la gestación por sustitución ha de ser alentado, porque es lo que evita que los nacionales y residentes terminen por considerar que la diferencia de trato se basa, no en la existencia de situaciones internas y situaciones con elemento extranjero sino, en el poder adquisitivo.

En todo caso, tanto la decisión suiza como la alemana, aunque distintas en cuanto al reconocimiento total o parcial de la sentencia extranjera relativa a la filiación, atienden al mismo método (reconocimiento de decisiones) y estarían dentro de los márgenes de interpretación, de mínimos o de máximos, del TEDH en la materia.

2.3. Situación en España.

En España la situación no es diáfana. Cabe tener en cuenta que la Junta de Magistrados de las Secciones de Familia de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 1 de junio de 2015, intentó unificar los criterios, entre otros, en materia de gestación por sustitución e inscripción registral: Parte de los asistentes consideró que, de acuerdo con la última resolución de la DGRN, la doctrina del TEDH y el interés del menor, este tipo de filiaciones realizadas en el extranjero pueden ser inscritas en el Registro Civil. Pero otra parte de los asistentes, estimó que la doctrina del Tribunal Supremo no admite la inscripción y que este tipo de gestaciones está prohibido expresamente por nuestro ordenamiento jurídico, por lo que razones de orden público impiden la posibilidad de su inscripción en el Registro Civil. A favor de la inscripción se pronunciaron cuatro Magistrados y en contra cinco. De modo que, finalmente, no se aprobó ninguna propuesta⁴².

Para clarificar la situación, cabe recapitular que la Resolución de la DGRN de 2009 ordenó la inscripción en el Registro Civil de los menores valencianos nacidos en California. Pero una vez transcritas las certificaciones registrales extranjeras y sentada la presunción *iuris tantum* de la filiación, el Ministerio Fiscal recurrió la transcripción ante los tribunales. A resultas de ello, el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Valencia dictó la sentencia 193/2010, de 15 de septiembre, estimando el recurso y dejando sin efecto la transcripción por motivos de orden público y fraude a la ley española. La sentencia fue recurrida en apelación, pero el recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia a través de la Sentencia 826/2011, de 23 de noviembre, que argumentó sobre la base de la actuación del orden público internacional español. Recurrida la decisión en casación, el Tribunal Supremo, confirmó el 6 de febrero de 2014, la decisión de la Audiencia Provincial.

Cabe notar, a nuestros fines, que el TS señaló que el título presentado por los promotores ante el Registro Civil Consular español no fue la sentencia extranjera, que podría permitir el control de las condiciones de reconocimiento, sino los certificados registrales, expedidos en California tras el nacimiento de los niños.

- a) Soluciones compatibles con la doctrina del TEDH.

Pocos meses más tarde de que se pronunciara el TS, el TEDH dictó la sentencia que resolvía los asuntos acumulados *Menesson y Labassée*. Teniendo en cuenta esta decisión del Tribunal de Estrasburgo, en España se planteó un incidente de nulidad de actuaciones contra la citada STS de 6 de febrero de 2014. Este incidente se resolvió mediante el Auto del TS de 2 de febrero de 2015, que desestimó la petición de declaración nulidad. Se sostiene en el Auto que el TS no vulneró un derecho fundamental cuando denegó la inscripción de la filiación.

⁴² SP/DOCT/19176.

Se invocaron para reforzarlo las diferencias existentes entre el derecho francés y el derecho español. En concreto, el que los tribunales franceses rechazan el que pueda establecerse la filiación biológica paterna; y, también, el que su cónyuge pueda adoptar al niño o pueda acreditar la existencia de "posesión de estado" (figura prevista en la ley francesa). Por el contrario, se argumenta que el derecho español establece la posibilidad de que se declare la paternidad a favor del eventual padre biológico (art. 10. 3 LTRHA), lo que sería conforme a la doctrina del TEDH.

La STS de 6 de febrero de 2014 no cierra tampoco la posibilidad de que pueda iniciarse un procedimiento de adopción del menor por el cónyuge del padre biológico (Art. 175 y ss. CC). Específicamente, indican los fundamentos de Derecho 10 y 11 del Auto TS de 2 de febrero de 2015 que:

"... Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (« *fraus omnia corrumpit* », el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo en sus sentencias de los casos *Labassee y Mennesson*), por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar "de facto" (lo que es muy posible pero no ha sido el objeto del recurso, pues los demandados han fundado su oposición a la demanda del Ministerio Fiscal en la procedencia de transcribir las actas de nacimiento de California tal como allí fueron extendidas), nuestra sentencia acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción (que, si uno de los solicitantes de la nulidad de actuaciones fuera padre biológico, no requeriría siquiera propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino solo el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor, art. 176 del Código Civil) o, de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento.

Nuestra sentencia permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar "de facto" entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no solo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores."

A continuación, interpreta el citado Auto (fundamento 12) que el TEDH protege el estatus cierto y la vida privada de los niños en el país en el que van a vivir:

"El Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias *Labassee y Mennesson*, no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir."

Entiende, cogiendo un atajo que da por hecho el que la ley aplicable es la española al tratarse de nacionales y residentes en España (art. 9.4 CC., anterior y art. 10 LTRHA), que ese estatus ha de ser fijado conforme al ordenamiento jurídico español:

“Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español.”

Y en concreto el derecho civil español:

“En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor.”

En definitiva, permite el derecho español la determinación de la filiación biológica (art. 10 LTRHA) haciendo compatible la solución con la doctrina del TEDH.

Ahora bien, para lograr ese objetivo no es necesario acudir al art. 10 LTRHA. Igualmente, cabría considerar que, ese estatus filii (como mínimo biológico) podía venir dado de la mano de un juez extranjero que haya determinado la filiación del menor. El reconocimiento de esta sentencia extranjera sería posible acudiendo al método del reconocimiento de decisiones (en este caso, la de la filiación del menor) que ofrece el sistema de derecho internacional privado español. Este reconocimiento de la filiación podrá ser total o parcial. A tenor de la doctrina del TEDH, como mínimo tendría que incluir la filiación biológica, pues forma parte de la identidad del menor.

De manera que, es en el caso de que la filiación no haya sido determinada por la autoridad pública extranjera (o respecto al reconocimiento parcial) que siempre ha de determinarse aún la filiación mediante la ley que le sea aplicable. Esta ley puede permitir no sólo el “establecimiento de la filiación biológica” sino, en su caso, “la adopción” o, la existencia de cierta “posesión de estado civil”, que son criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico puede considerar idóneos para proteger el interés del menor⁴³, y que puede considerar igualmente adecuados el derecho extranjero si es competente para resolver el supuesto.

Si la cuestión de la filiación se planteara ante los tribunales españoles éstos podrían aplicar una ley extranjera a la filiación del menor (Art. 9.4 CC). Aunque cabe dudar de la utilidad en esta materia de la nueva norma de conflicto orientada materialmente (Ley 26 /2015, de 28 de julio) si tenemos en cuenta el art. 10 LTRHA y la STS de 6 de febrero de 2014.

La Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha aportado, siguiendo la terminología del suizo P. M. Patocchi (*Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel, Ginebra 1985*), una norma de conflicto orientada materialmente o con carácter substancial en su reforma de la ley aplicable

⁴³ No es el caso del derecho catalán.

a la filiación (art. 9.4 del Cc). El interés de política legislativa en *favor filli* es el facilitar establecimiento de su filiación a través de un elenco de tres conexiones en cascada que integran la residencia habitual, la nacionalidad y la *lex fori*. Resulta aplicable, en primer lugar, la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. Pero si esta ley no puede determinarse o no permite el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en el momento de establecimiento de la filiación. Y, como conexión de cierre, «si esta ley nacional tampoco permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, es la ley sustantiva española la que será aplicada. Nótese, que incluso sería plausible el extender la orientación material de la conexión de la “nacionalidad” a aquéllos supuestos de doble o múltiple nacionalidad, pudiéndose optar por la ley que resulte más favorable -en una aplicación conjunta de la norma de conflicto (art.9.4º C.C.) y de la norma auxiliar del art. 9.9. C.c- al establecimiento a *favor filli* de la filiación por naturaleza. En tal caso, la conexión de cierre del art. 9.4 C.c. quedaría reservada para los supuestos en los que no puede determinarse ni la filiación ni la residencia habitual ni la nacionalidad (de entre las que pudiera ostentar) el hijo (en éste último caso, por tratarse de un supuesto de apatridia)⁴⁴.

La ley de policía contractual del Art. 10.1 LTRHA haría ineficaz el contrato de gestación por sustitución. El principio de indisponibilidad de la filiación impediría considerar que ésta pueda determinarse mediante un acto jurídico privado. Ahora bien, esta ley de policía *tout court*, contractual, no impediría el que pudiera reconocerse la filiación prevista en una sentencia extranjera o el que pudieran los tribunales españoles (competentes según los criterios previstos para la filiación en la LOPJ) determinar la filiación del menor en los supuestos de gestación por sustitución, que serían los criterios establecidos en el citado artículo 10 de la LTRHA cuando el derecho español resultara aplicable.

Es posible que el TS haya obviado, en el caso concreto, el método del reconocimiento de decisiones extranjeras; y, que haya acortado el camino de la búsqueda de la ley aplicable indicando las soluciones limitándose a las que ofrece el derecho español, al tratarse de una familia de valencianos residentes y por el motivo de que, al parecer, no se aportó al tribunal la sentencia californiana para su reconocimiento. Pero todo indica que sí podía aportarse, y que sería posible plantear el reconocimiento de la sentencia californiana en España. El TS tampoco descarta esta posibilidad.

Por último, es preciso señalar que la STS de 6 de febrero de 2014 no admite la disociación entre el contrato y la filiación⁴⁵. Esto parece obedecer a que, en el caso concreto, no se aportó la sentencia extranjera sino los certificados de nacimiento expedidos tras el nacimiento. Sin embargo, la disociación entre contrato y filiación es posible hacerla cuando contamos con una decisión extranjera en la que se haya determinado la filiación del menor. El propio derecho

⁴⁴ V. CALVO y CARRASCOSA (2016), pp. 25-65 y FERNANDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO (2016, p. 166).

⁴⁵ Señala el TS que el argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes. La cuestión es si sucede lo mismo cuando existe una decisión de justicia extranjera y no un mero acto receptivo.

español disocia, en los apartados del Art. 10 LTRHA, el contrato de gestación por sustitución y la posibilidad de determinar la filiación del menor por los tribunales.

Disociada la cuestión contractual de la cuestión relativa a la filiación es posible, también, el dar entrada a la cooperación de autoridades, no siendo inaudito el Estado requerido vea en la decisión extranjera un comportamiento judicial similar al que ofrece la autoridad extranjera en el interés del menor. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que los tribunales españoles tuvieran que reconocer una decisión belga. El tribunal belga declarará la filiación biológica paterna y admitirá la posterior adopción del menor, nacido mediante gestación por sustitución, por parte de la madre intencional. En principio, se trata de una filiación que tiene su origen en un hecho (práctica médica) y en un acuerdo entre partes (en el caso belga, relaciona a personas del mismo medio familiar y de amistad), pero la filiación es determinada por medio de una decisión de la justicia belga, cuyo derecho ofrece a la gestación por sustitución los cauces legales que con carácter general ofrece el derecho civil (al menos mientras el legislador no establezca otros específicos para la gestación por sustitución, lo que es objeto de debate parlamentario en Bélgica) y que no son muy distintos a los que ofrece el art. 10 LTRHA y los que apunta la citada STS de 6 de febrero de 2014. Y podríamos hacer un ejercicio similar con una *parental order* inglesa.

Cabe reforzar todo lo anterior recordando, una vez más, que tanto en la STEDH (asuntos acumulados *Mennesson y Labasée*) como en la tan invocada, STEDH de 28 de junio de 2007 (asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*⁴⁶, relativo al reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero) siempre estamos ante el reconocimiento de una filiación determinada por una decisión de la autoridad pública extranjera, y no sólo ante un acto jurídico privado o ante una situación jurídica creada en el extranjero.

La exigencia de una decisión de la autoridad pública deriva del principio de que el vínculo jurídico de la filiación no es materia de la libre disposición de las partes.

b) Condiciones de reconocimiento ¿comunes o específicas?

Se ha suscitado la duda de si el fallo del TS de 6 de febrero de 2014 afecta (o no) a Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Lo cierto es que una nota de la DGRN mantiene la vigencia y aplicabilidad plena de la Instrucción, que establece unas condiciones específicas de reconocimiento para el acceso al Registro Civil español de las decisiones relativas a la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, precisando o reforzando el control del orden público internacional, como se deduce de su preámbulo. Se trata de controlar que la gestación por sustitución pueda considerarse “ética”, asegurando la protección de la mujer gestante, que renuncia a su derecho a ser madre.

⁴⁶ TJCE 14 de octubre de 2008, GRUNKIN Y PAUL, asunto. C-353/06, nº 512.82 y TEDH 28 de junio de 2007, Wagner c/Luxembourg, nº 76240/01, 512.91.

En este sentido, la exigencia de que se aporte una sentencia extranjera traería causa no tanto en el método a seguir sino en la necesidad de controlar las condiciones exigidas. Sin embargo, como señalamos en el trabajo anterior, en la valoración de las condiciones específicas de reconocimiento, existe el riesgo de que el juez requerido proceda a una “revisión de fondo de la sentencia extranjera” relativa a la filiación. Si fuera así, la solución no se avendría con la teoría general del exequátur que, como ha indicado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional, tiene por objetivo el reconocer y no el dictar otra sentencia. Tal proceder, sería contrario al mismo objetivo del reconocimiento y muy posiblemente al interés superior del menor, que ya habrá sido sopesado por la autoridad extranjera.

Continuamos pensando que cabe abogar por unas condiciones de reconocimiento que sean similares a las del reconocimiento de las otras sentencias extranjeras en materia de filiación, entre las que se incluye el límite del orden público internacional, evitando la revisión de fondo de la sentencia extranjera. Si así fuera, para el reconocimiento de la decisión relativa a la filiación sería posible aplicar un convenio bilateral que cubra la materia de la filiación o acudir el régimen autónomo previsto en la Ley de Cooperación jurídica internacional de 2015. Si bien, todo parece indicar que existen en el sistema español condiciones específicas de reconocimiento, establecidas en la citada Instrucción de la DGRN de 2010, ya que la Instrucción se ha visto “revitalizada” por la nota de la DG. Por todo lo anterior, el panorama sigue siendo algo confuso en nuestro país.

3. Diversidad legislativa y reconocimiento de decisiones: ¿Podría el juez requerido verse reflejado en la decisión del juez extranjero?

Desarrollada después de los años 70 en el Estado norteamericano de California, la regulación de la gestación por sustitución es diversa tanto entre los países de la Unión Europea como dentro de los Estados Unidos de Norteamérica.

3.1. Diversidad legislativa en Europa.

Europa cuenta con países que prohíben los contratos de gestación por sustitución: Alemania, España, Francia, Italia, Noruega y Suecia. Vimos que Suiza prohíbe todas las formas de gestación por sustitución en la misma Constitución Federal (Art. 119.2, d).

Otros países toleran la práctica médica (Bélgica, Dinamarca y Holanda), pero la filiación la determinan las autoridades encajando el supuesto en la legislación civil. El derecho belga prevé el reconocimiento de la filiación biológica paterna y permite la adopción con respecto a la madre intencional⁴⁷, lo que permite salvar la posible contradicción con el art. 1128 del

⁴⁷Además, el Art. 330 del Código Civil, modificado en el año 2007 permite que se establezca la filiación a favor de la madre intencional mediante la “posesión de estado”. También es posible que la gestante tenga derechos de visita como persona vinculada al niño en atención a los lazos afectivos (375 bis).

CC belga que señala que hay cosas fuera del comercio y que no pueden ser objeto de contrato. El Parlamento belga lleva décadas buscando la legislación más idónea tanto para determinar la filiación en los casos de gestación por sustitución como para modificar las normas de derecho internacional privado que afectan a los supuestos con elemento extranjero, e incluidas las de reconocimiento de decisiones extranjeras. El reconocimiento de los supuestos realizados en el extranjero por belgas residentes encuentran dificultades⁴⁸.

Grecia y el Reino Unido han legislado expresamente esta materia, pero de modo distinto: En Grecia, la intervención de la autoridad pública (control judicial) para determinar la filiación del menor tiene lugar antes de que el embrión pueda ser implantado, a fin de que queden claramente determinadas, antes del nacimiento del niño, las responsabilidades de los adultos intencionales, como vimos que ocurre, también, en el Estado de California.

Sin embargo, en el Reino Unido la filiación es determinada, en primer lugar, con respecto a la mujer gestante. Es decir, que la mujer que da a luz es la madre legal del niño: y, es con su acuerdo (o renuncia) que las autoridades (mediante un control judicial) proceden a modificar la filiación, mediante una *parental order* que da lugar a las nuevas actas de nacimiento (sec. 33 *Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008).

Existen otras diferencias que atañen a la persona o parejas (del mismo o de distinto sexo) que tienen acceso a la práctica. Y, como ya destacamos en el anterior trabajo, a la exigencia de vínculos de los padres intencionales y de la gestante con el país, de manera que los extranjeros no residentes ven vetado el acceso a la gestación por sustitución realizada en territorio.

Grecia abre, hoy, la práctica a los extranjeros exigiendo sólo una residencia temporal, y no diferencia en cuanto al sexo⁴⁹. Sin embargo, la legislación anterior ponía restricciones en el acceso a los extranjeros, exigiendo el domicilio de la madre intencional y la gestante. También ponía restricciones en las parejas intencionales -al igual que hoy ocurre con Portugal⁵⁰- concibiendo la gestación por sustitución como una solución a la imposibilidad de gestar de la mujer.

⁴⁸ V. asunto M & M, *Cour d'appel de Liège*, 6 septiembre de 2010. RTDF, 2010, vol 4, p. 1125.

⁴⁹ La legislación griega es consecuencia de tres leyes adoptadas respectivamente en los años 2002, 2005 y 2014 (Ley 3089/2002, Ley 3305/2005 y Ley 4274/2014) cuyas disposiciones se han incluido en el Código civil griego. El art. 8 de la Ley 3089/2002 ha sido reformado por el art. 17 de la Ley 4274/2014 de 11 de julio, ampliando las posibilidades de acceso de los extranjeros. V. nuestro comentario en BOUZA-QUIÑONES (2016, p.166).

⁵⁰ Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto regula el contrato de gestación por sustitución. El contrato será supervisado por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida. Sólo pueden ser beneficiarios las parejas casadas o de hecho de distinto sexo o las mujeres con independencia del estado civil y la respectiva orientación sexual. Sólo será posible en los casos de ausencia de útero, de lesión o enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer beneficiaria o en situaciones clínicas que lo justifiquen. Al menos uno de los beneficiarios ha de aportar los gametos y en ningún caso cabe aportar los de la mujer gestante. El contrato no ha de ser oneroso. La mujer gestante

El art. 8 de la Ley griega 3089/2002 ha sido reformado por el Art. 17 de la Ley 4274/2014 de 11 de julio, ampliando las posibilidades de acceso de los extranjeros. Con anterioridad, la madre intencional y la gestante debían tener su domicilio en Grecia, hoy basta que tengan con un domicilio temporal. La traducción literal del nuevo art. 8 sería: «los Arts. 1458 y 1464 del Código civil se aplicarán únicamente cuando la solicitante o la gestante subrogada tenga su domicilio o estancia temporal en Grecia». Esto supone que las empresas que operan en este ámbito en España y las parejas españolas que quieren tener un niño mediante gestación por sustitución tienen en Grecia un nuevo destino. No tardarán plantearse problemas relativos a la libre circulación de las personas en Europa, y el TJUE tendrá que pronunciarse al respecto.

El Reino Unido abre el acceso a las parejas estables y a las parejas del mismo sexo registradas en una unión civil (*Civil Partnership Act*, 2004), y pone límites en cuanto a la residencia. El Art. 54 (4) b de la *Human Fertilisation and Embryology Act* (2008) exige que uno o ambos solicitantes residan en el país en el momento de solicitar a los tribunales la parental order, que permite modificar la filiación.

Los británicos residentes que acuden a otros países encuentran dificultades a su vuelta al Reino Unido. Cabe recordar la decisión de la *High Court of Justice* de Londres, de 9 de diciembre de 2008, en el asunto X & Y, citada en el anterior trabajo, que afecta a unos gemelos nacidos en Ucrania por medio de gestación por sustitución. Un test de ADN permitió probar la filiación biológica de los niños nacidos en Ucrania, de manera que fueron autorizados a entrar en el territorio para permitir a los padres intencionales solicitar ante los tribunales ingleses la *parental order*, que estableciera en su favor la filiación de los menores de acuerdo con el Art. 30 de la *HFEA* (1990), vigente en el momento en el que se planteó el asunto⁵¹. La decisión del tribunal inglés gira en torno al control de las condiciones exigidas por el artículo 30 de dicha Ley (presentes igualmente en la Ley de 2008, en vigor desde el 1 de abril de 2009). Notablemente, las condiciones del Art. 30 (5) 58 y el Art. 30 (7) relativas a los consentimientos relevantes (el de la madre gestante y el del marido de ésta, para descartar las presunciones de paternidad) y al control del carácter razonable de los gastos pagados. Es de destacar que la High Court indica, al respecto, que: “no hay razón alguna para que no se extiendan extra-territorialmente” tales exigencias materiales. En supuestos con elemento extranjero tal control podría nutrir, también, el límite del orden público internacional

sólo tendrá derecho al resarcimiento de los gastos derivados de la asistencia sanitaria recibida, incluyendo los gastos de transporte. El consentimiento de las partes deberá ser por libre e informado, con respecto a las consecuencias éticas, médicas, sociales y jurídicas. Se trata de un consentimiento irrevocable, por lo que el niño así nacido será considerado como hijo de los beneficiarios. El convenio gestacional contendrá, obligatoriamente, las disposiciones a observar en caso de concurrencia de malformaciones o enfermedades del feto y de eventual interrupción voluntaria del embarazo, derecho del que no puede ser privado la mujer gestante si concurren los requisitos legales (VELA SÁNCHEZ, 2016, on line).

⁵¹ High Court of Justice (Family Division), 9 de diciembre de 2008, X & Y, WC2A 2LL. [2008] EWHC 3030 (Fam). URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/3030.html>

3.2. Diversidad legislativa en Estados Unidos.

En los Estados Unidos de Norteamérica no hay una regulación uniforme y efectiva, sino que existe una notable diversidad legislativa en esta materia. Cabe tener en cuenta que cada Estado tiene competencia legislativa en materia de familia. La regulación es heterogénea no sólo en lo que concierne a la admisión de los contratos de gestación por sustitución sino en lo relativo a la determinación de la filiación del menor.

El impacto del derecho federal es relativo. La *Uniform Parentage Act* 2000 es favorable a los contratos de gestación por sustitución, declarando su validez y efectividad siempre que sean conformes a la citada ley y que sean aprobados por un juez (§ 801, 802 y 803), lo que refuerza la idea de que la filiación no puede ser de libre disposición de las partes. O, como mínimo, que en los contratos de gestación por sustitución no estamos ante un contrato que pueda ejecutarse como cualquier otro contrato.

La *Uniform Parentage Act* 2000 exige que el juez intervenga para homologar el contrato, que está sujeto a ciertas condiciones y para verificar, además, la residencia de las partes. El procedimiento que se sigue para determinar la filiación es similar al de las adopciones norteamericanas, y se prevé que los servicios sociales puedan intervenir si es necesario. En definitiva, un contrato de gestación por sustitución sin aprobación judicial estaría, según *Uniform Parentage Act* 2000, desprovisto de efectos jurídicos.

El problema es que no todos los *sister states*, que admiten la gestación por sustitución, han adoptado la normativa federal. Más aún, si un Estado quiere adoptar la citada ley uniforme puede hacerlo excluyendo las normas relativas a los contratos de gestación por sustitución. La omisión de tales normas no afecta a la coherencia de la ley uniforme en su conjunto. La cuestión, en la práctica, es que pocos Estados han adoptado estas normas.

Es de destacar que, al igual que en Europa, en varios Estados hermanos los contratos de gestación por sustitución están prohibidos. Es el caso del Estado de Nueva York (*N.Y. Domestic Relations Law*, en adelante NY Dom. Rel. L). El Art. 8 § 122 NY Dom. Rel. L prescribe lo siguiente: "*Public policy: Surrogate parenting contracts are hereby declared contrary to the public policy of this state, and are void and unenforceable.*"⁵². Si el contrato conlleva el pago a la gestante o una comisión al intermediario, entonces los implicados podrán ser multados (§ 123). El contrato no priva a la gestante de sus derechos con respecto al niño que ha gestado, teniendo la gestante obligaciones con respecto al mismo, que cesarán en el caso de una posterior adopción (§ 124).

Algunos Estados prohíben sólo la gestación subrogada tradicional ("*traditional surrogacy*" frente a la "*gestational surrogacy*", que sí es admitida), y algunos Estados no prohíben

⁵² *New York Domestic Relations Law*- Art. 8 - § 121 a 124 http://law.onecle.com/new-york/domestic-relations/DOM0122_122.html En concreto, en la § 122. *Public policy* indica: " *Surrogate parenting contracts are hereby declared contrary to the public policy of this state, and are void and unenforceable.*"

ninguna modalidad de gestación subrogada, definiendo su normativa las dos modalidades (lo veremos con un ejemplo del Estado de Tennessee).

También varían las retribuciones o las compensaciones de la gestante (la comercialización de la práctica). Y, también, varían las vías para el establecimiento de la filiación intencional, que en algunos casos es adoptiva (Texas), como ya señalamos en nuestro trabajo anterior.

Teniendo en cuenta este marco general, cabe preguntarse, hoy, hasta qué punto podría el juez de un Estado requerido verse reflejado o “reconocerse” en la decisión relativa a la filiación que ha sido dictada por el juez del Estado o del país de nacimiento del niño, cuando son divergentes sus legislaciones con respecto a los contratos de gestación por sustitución.

Lo veremos con dos sentencias norteamericanas:

- a) Nueva York: Menores nacidos en la India y residentes en Nueva York.

El 11 de noviembre de 2011 una pareja homosexual contrajo matrimonio en Nueva York conforme a la ya citada NY Dom. Rel. L.⁵³. En el año 2012 el matrimonio solicitó los servicios de una agencia para obtener una gestación por sustitución en la India. Dos gemelos nacieron, el 12 de mayo de 2013, en Mumbai con el material genético de una donante anónima y de uno de los varones unidos en matrimonio. Las autoridades norteamericanas autorizaron la entrada de los menores al territorio, acompañados por su padre biológico y el marido de éste. El 28 de mayo de 2013 los menores fueron declarados ciudadanos estadounidenses.

El 27 de enero de 2014 la pareja solicitó al Tribunal de la Familia (*Family Court*) del condado de Queens que, conforme a la NY Dom. Rel. L., se aprobara el procedimiento de adopción del menor por parte del marido del padre biológico (“*Proposed Adoptive Parents*”). Tras varios informes de los servicios sociales, que corroboraron que el menor se encontraba en un entorno familiar adecuado y acogedor, la adopción fue otorgada por la *Family Court, Queens County*, de New York, mediante una sentencia dictada el 3 de abril de 2014⁵⁴.

El tribunal no dejó de preguntarse si procedía tal adopción intra-familiar (del hijo del cónyuge) cuando el Estado de Nueva York considera contrarios al orden público los contratos de gestación por sustitución⁵⁵. Es decir, si las partes podían solicitar la asistencia

⁵³ El 24 de junio de 2011 se aprobó la “Marriage Equality Act” que legalizó el matrimonio homosexual en Nueva York conforme la “New York Domestic Relations Law 10-a”.

⁵⁴ IN RE: the ADOPTION OF Children Whose First Names Are J.J. H.C., <http://caselaw.findlaw.com/ny-family-court/1662613.html> No. A-19-20/14.

⁵⁵ El mediático asunto “Matter of Baby M., 109 N.J. 396” creó precedente para la prohibición de la gestación por sustitución en general y de la gestación tradicional en particular. La madre subrogada (aportó material genético) llegó a un acuerdo de gestación por sustitución con una pareja que no podía tener hijos. Sin embargo, tras el nacimiento del niño, cambió de opinión y exigió recuperar sus derechos y responsabilidades parentales. A resultas de todo ello, no se permitió la adopción por parte de la esposa del padre biológico y se estableció un régimen de visitas para la madre gestante (y biológica). El tribunal

de los tribunales para declarar la adopción, estableciendo el vínculo de filiación, con respecto al otro padre intencional no biológico. Es de destacar que, en su respuesta, el tribunal consideró que el contrato de gestación por sustitución era irrelevante para la determinación de la filiación adoptiva, cuya normativa exige atender al mejor interés del menor. Lo que tuvo en cuenta es si, en el caso concreto, existía algún procedimiento contencioso que afectara a la filiación del menor con respecto a la mujer que le había dado a luz, señalando que no existía tal conflicto. En consecuencia, el tribunal otorga la *adopción* solicitada, al concurrir los requisitos esenciales que exige la ley neoyorquina para la adopción del hijo del cónyuge, y sin perjuicio de que los contratos de gestación por sustitución sean nulos en el Estado de Nueva York.

En definitiva, las autoridades neoyorkinas no establecen la filiación del menor sobre la base del contrato de gestación por sustitución, cuya nulidad es de orden público para el Estado de Nueva York. Pero las autoridades permiten que se establezca la filiación biológica y la adoptiva, al concurrir los requisitos legales esenciales para la adopción.

En ningún momento se tiene en cuenta el hecho de que la gestación tuviera lugar en la India ni que tal país autorice la práctica. En los certificados hospitalarios obtenidos en la India no podía tampoco constar la doble filiación del matrimonio del mismo sexo. Constaba el padre intencional (y biológico) y la gestante, que había renunciado a su derecho para facilitar la futura adopción en el país de residencia habitual de la familia. De modo que, en este supuesto, no hay una decisión o un acto público extranjero que se haya pronunciado sobre la doble filiación de menores.

En este caso concreto, se produce, al final, cierta armonía internacional de soluciones, porque el país del nacimiento abre la práctica medico-legal a los extranjeros, pero deja la determinación de la doble filiación al país de la residencia habitual del niño. Ahora bien, la inseguridad que de ello pudiera derivarse pone, una vez más, en evidencia la utilidad de establecer límites en el acceso de los extranjeros a la gestación por sustitución. Límites basados en la residencia (existencia de vínculos con el país) o límites legales que atiendan a la armonía internacional de soluciones (la gestación por sustitución sería reconocida en ambos países). En los casos en los que la filiación no es establecida (total o parcialmente), la cuestión que se plantea, en definitiva, es la de si existen cauces legales para que las autoridades del país de la residencia de los menores puedan establecer su filiación en el caso concreto, lo que se resuelve, en el caso que nos ocupa, con la ley norteamericana (del Estado de Nueva York). Y no es extraño que así suceda, porque es la ley aplicable a la adopción en este caso, lo que apuntamos con independencia de la tendencia *lege-forista* de los tribunales norteamericanos en un supuesto con elemento extranjero⁵⁶.

invalidó el contrato de gestación subrogada por considerarlo contrario al orden público, y otorgó la custodia al padre biológico.

⁵⁶ BREYER, 2015 (cap. 7) y ESPLUGUES MOTA (2015, *passim*).

Entrando en el terreno de las especulaciones, es posible preguntarse qué hubiera sucedido si la gestación por sustitución no se hubiera llevado a cabo en la India, sino en California, donde se hubiera determinado a través de la intervención judicial la filiación del menor. Entonces, la decisión californiana relativa a la filiación (no el contrato de gestación por sustitución) podría ser reconocida en virtud de la *Full Faith and Credit Clause*. Eso sí, siempre que contáramos con una sentencia o un acto público decisional relativo a la filiación y no con un acto meramente receptivo relativo al nacimiento de los menores. La cláusula así lo requiere⁵⁷.

Más aún, cabría incluso preguntarse si la respuesta dada en un caso inter-federal sería muy distinta a la dada en un supuesto internacional o con elemento extranjero. Es decir, si los tribunales de Nueva York podrían sujetar al método del reconocimiento de decisiones extranjeras una, por ejemplo, *parental order* dictada por las autoridades del Reino Unido, como una decisión o un acto público extranjero que podría *in casu* cumplir con las condiciones de reconocimiento, y aunque el niño hubiera nacido mediante la práctica médico-legal de la gestación por sustitución.

Cabe retener, de todo ello, que los tribunales pueden disociar la cuestión relativa al contrato de la cuestión relativa a la filiación (biológica y adoptiva); y seguir manteniendo el principio de orden público relativo a la prohibición de tales contratos y práctica médico-legal en su territorio.

También se desprende de todo ello la posible concurrencia de métodos en el derecho internacional privado, según que el Estado de nacimiento de los niños haya dictado una sentencia (o no la haya dictado) respecto a la integral o parcial filiación de los menores.

Y, también, el que el contrato (y la renuncia acordada de la madre) no son los determinantes de la filiación del menor. Lo que no quiere decir que la filiación del menor no pueda determinarse con respecto a los padres intencionales, en su mejor interés, ya sea reconociendo una sentencia extranjera relativa a la filiación (si es el caso, pues no siempre contamos con ella); o, en su defecto, según el derecho aplicable y en interés del menor.

Por último, cabe preguntarse si la respuesta que da el tribunal del Estado de Nueva York en un país que permite la heterogeneidad legislativa en la materia (la cuestión no sería, en principio, de "orden público internacional" en Estado Unidos) sería distinta a la respuesta que podrían dar los tribunales españoles, teniendo en cuenta la doctrina del TEDH y el derecho español. Pienso que la respuesta es que no sería muy distinta.

No es lo mismo reconocer (si podemos contar con ella) una decisión extranjera relativa a la filiación de un menor (sea cual sea el modo cómo viene al mundo) que ejecutar un contrato de gestación por sustitución. Es necesario disociar la cuestión del contrato (inejecutable) de la cuestión de la filiación (materia que no es de la libre disposición de las partes). A partir de aquí, sería posible el reconocer la decisión extranjera relativa a la filiación (total o parcialmente); o, en su caso, el determinar la filiación no reconocida o no determinada,

⁵⁷ QUIÑONES ESCÁMEZ (2007, p. 98).

conforme al derecho que sea aplicable, y siendo los tribunales españoles competentes para conocer de la filiación del menor.

- c) Tennessee: Litigio entre la pareja contratante italiana y la gestante residente en Tennessee.

En el año 2010 una pareja heterosexual italiana y residente en Italia contrató con una agencia servicios de gestación por sustitución. Esta tendría lugar en Tennessee (Estados Unidos). Firmaron un contrato de maternidad subrogada tradicional; es decir, el embrión se formaría con los propios gametos de la madre gestante y los del padre intencional.

El contrato prevé que la madre gestante renunciará a la custodia y a sus derechos y responsabilidades parentales en el momento del nacimiento, cediéndolos a los padres intencionales; y, que la gestante se podrá realizar algunas acciones como nutrir al niño pocas semanas después del nacimiento, así como tomar algunas decisiones durante el embarazo en el mejor interés del menor.

El acuerdo al que llegaron con la gestante requería la estabilidad matrimonial de la pareja en el momento de nacimiento del niño, pues en el momento de la firma del contrato estaba aún pendiente la nulidad matrimonial del enlace contraído por uno de ellos.

Conforme a la legislación de Tennessee, dos meses antes del nacimiento del niño, las partes pidieron al Tribunal de menores (la "*juvenile court*") que declarase que la paternidad del niño correspondería a la pareja intencional, y que concluyeran los derechos y responsabilidades parentales de la madre gestante tras nacer el niño. El tribunal dio curso a la demanda y emitió la correspondiente "*consent order*".

Cuando la gestante dio a luz, los médicos recomendaron que amamantara al niño durante un corto periodo de tiempo para asegurarle una buena nutrición. Al cumplir el niño un mes de vida, la gestante planteó una serie de mociones destinadas a interrumpir temporalmente el contrato de gestación subrogada, y que iban dirigidos a obtener la custodia del niño.

Para modificar la "*consent order*" acudió a los tribunales. Es de destacar, a nuestros fines, que los tribunales aceptaron la demanda. La demandante invocó irregularidades en el procedimiento (según la *Tennessee Rule of Civil Procedure*) y que no se había determinado de forma correcta lo que era lo mejor para el niño. Asimismo, argumentó la gestante que la pareja no estaba aún casada cuando nació el niño, tal y como acordaron en el momento en el contrato. Si bien, la pareja italiana se unió en matrimonio en Williamson County tras suscitarse el conflicto entre las partes.

En apelación, la *Court of Appeals* rechazó las alegaciones de la mujer que había dado luz al niño. El caso llegó hasta el Tribunal Supremo (*Supreme Court of Tennessee*, Nashville) que, el 18 de septiembre de 2014, dictó sentencia⁵⁸. Lo primero que hace el TS es dar una visión

⁵⁸ IN RE: BABY et al. No. M2012-01040-SC-R11-JV
<http://tncourts.gov/sites/default/files/inrebabyopn.pdf>

general de la regulación de la gestación por sustitución en Tennessee y en otros Estados norteamericanos a efectos de comprobar si el orden público de Tennessee prohíbe la gestación subrogada en su modalidad tradicional. Se concluye, de una legislación incompleta y que no fue modificada, pese a existir propuestas al respecto, que en Tennessee son válidos los contratos de gestación por sustitución sin descartar la modalidad tradicional (“*traditional surrogacy*”) a diferencia de otros Estados norteamericanos que sólo admiten la “*gestational surrogacy*”. La legislación de Tennessee define y contempla ambos tipos de gestación.

Se deduce, también, de todo ello que es necesaria la aprobación de un tribunal. El contrato de gestación por sustitución está sujeto a la ley y al orden público. Nótese que lo mismo podría decirse con el Art. 1.255 del Código Civil Español a la vista. Los tribunales tienen la autoridad y la responsabilidad de invalidar un contrato privado que sea contrario a la ley o al orden público del Estado; y, aunque la autonomía de la voluntad exija el respeto a los derechos de los individuales y el preservar el contrato de toda injerencia estatal que sea desproporcionada o injustificada, cabe no reconocer como válidos los contratos que contravengan claramente las disposiciones y el orden público de Tennessee (Tenn. Code Ann. 36-1-102 (48) C). Estas disposiciones requieren que la gestación por sustitución sea autorizada por un tribunal competente conforme a la ley, incluyendo el control las disposiciones que prohíben el tráfico de niños, entre otras.

El derecho vigente en Tennessee no prohíbe los contratos de gestación por sustitución. Sin embargo, la validez de estos contratos está sometida a límites. Y, entre éstos, el que las cláusulas del contrato no pueden descartar el que la filiación del menor se determine o se resuelva judicialmente en su mejor interés. Pero lo interesante a retener del caso es que la mujer que gestó al niño alegó que no se estaba teniendo en consideración el interés del menor y que el juez admitió la demanda. Por lo tanto, aquellas cláusulas contractuales que determinen la conclusión de los derechos y obligaciones parentales de la madre gestante antes del nacimiento del niño no son válidas y quedan sin efecto si no cumplen los requisitos legales, y aunque no determinen la invalidez de todas las cláusulas del contrato de gestación por sustitución.

Más aún, señala el tribunal que si bien Tennessee no prohíbe los contratos tradicionales de gestación por sustitución, les impone límites, no permitiendo a las partes poner fin a los derechos de maternidad mediante una simple homologación del contrato con anterioridad al nacimiento del niño. Por todo ello, la cuestión relativa a los derechos parentales de la madre-gestante deberá aún determinarse en un procedimiento judicial, y las partes habrán de remitirse al tribunal de menores para tratar los asuntos de visitas y manutención del niño.

In re Baby et. al, Supreme Court of Tennessee at Nashville, No M2012-01040-SC-R11-JV
<http://tncourts.gov/sites/default/files/inrebabyopn.pdf>

“... we hold that the public policy of this state does not prohibit the enforcement of traditional surrogacy contracts, but does impose certain restrictions. As is relevant here, our public policy requires compliance with the statutory procedures for the termination of parental rights and does not allow parties to terminate the parental rights of a traditional surrogate through judicial ratification of a surrogacy contract prior to the birth of the child. Accordingly, the contractual provisions in this case circumventing the statutory procedures for the termination of parental rights are unenforceable. We further hold that the juvenile court properly exercised jurisdiction over the issues of paternity and custody. We vacate the portion of the juvenile court's order terminating the parental rights of the surrogate, but otherwise affirm the judgments of the juvenile court and the Court of Appeals. Because the surrogate retains parental rights unless and until such rights are terminated in a future proceeding, we remand the case to the juvenile court to address the issues of visitation and child support.”

El tribunal admite la demanda de la mujer que gestó al niño (*“This Court granted the surrogate's application for permission to appeal to consider issues of public policy, subject matter jurisdiction, paternity, custody, and the termination of parental rights.”*) y no se limita a invocar el *pacta sunt servanda* ni la homologación del contrato para resolver los conflictos entre la mujer que ha dado a luz al niño y los padres intencionales. Es decir que los contratos de gestación por sustitución, incluso allí donde están admitidos, no son un contrato como cualquier otro (*run-of-the-mill*).

En el caso, no se plantea el hecho de que los padres intencionales eran de nacionalidad italiana y residentes en Italia, ni se tiene en cuenta que ésta podría ser el país de la proyectada residencia habitual del menor, ni se tiene en cuenta que Italia prohíbe los contratos de gestación por sustitución y que la decisión norteamericana, de ser favorable a los padres intencionales, podría encontrar problemas de reconocimiento en Italia. Si bien, en este caso, la decisión norteamericana que resolviera el pleito relativo a los derechos parentales estaba aún por dictar. Quizás, las dificultades de reconocimiento de la filiación en Italia podrían ser invocadas en el pleito por la gestante, en su interés, y ser tenidas en cuenta por el tribunal en el procedimiento en el que se discutirán sus derechos parentales. Hasta el momento, sólo se discute la cuestión de la custodia, y se analiza como si se tratara de un asunto interno, dándose por sentado que la ley aplicable es la ley del Estado de Tennessee donde ha nacido y aún reside el menor (y quizás sea su definitiva residencia). Es posible que al juez italiano no tenga siquiera que pronunciarse sobre el reconocimiento de la gestación por sustitución contratada por esta pareja italiana en Estados Unidos.

La cuestión, a nuestros fines, es si un juez español (o italiano) podría verse reflejado en la decisión relativa a la filiación que adoptará el juez norteamericano que, disociando contrato y filiación, podrá ser favorable bien a las pretensiones de los padres intencionales o bien a las de la madre gestante.

4. Reconocimiento de decisiones y situaciones jurídicas creadas en el extranjero.

En la monografía *Uniones Conyugales o de Pareja : Formación, Reconocimiento y Eficacia Internacional: Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*⁵⁹ abogamos por distinguir entre las uniones registradas mediante un acto público (que situamos dentro de los métodos del reconocimiento o los conflictos de autoridades⁶⁰) y las uniones que constituían hechos o actos jurídicos privados (que sujetamos al método conflictual, adoptando como la conexión oportuna la de la residencia habitual y la autonomía de la voluntad si hay pactos). Este mismo razonamiento puede tenerse en cuenta *mutatis mutandis* para reconocer o para determinar la filiación de los menores, nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero.

Dentro de los métodos del reconocimiento conviene, hoy, precisar el que conviene a una materia como la filiación, que no es de la libre disposición de las partes. Entiendo que sólo cabe, aquí, el reconocimiento de la decisión extranjera relativa a la filiación o del acto público extranjero decisorio, que haya determinado la filiación del menor con audiencia de las partes y en su mejor interés. En otras palabras, el objeto del reconocimiento ha de ser una sentencia judicial o un acto público, que no sea meramente receptivo. El que haya intervenido la autoridad pública extranjera en la creación del vínculo jurídico de filiación, permite presumir que la filiación del menor ha sido legalmente establecida, en su mejor interés, con audiencia de partes, y con respecto a unos determinados padres intencionales. Sólo, entonces, podemos decir que existe una filiación válidamente establecida en el país extranjero y que es posible su reconocimiento en España.

El contrato de gestación por sustitución puede determinar la filiación, al no ser ésta una materia de la libre disposición de las partes, ni puede solicitarse su ejecución (art. 10.1 LTRHA, que podría actuar como una ley de policía contractual).

Tampoco cabe sujetar al método del reconocimiento el hecho de la gestación, aunque estemos ante una situación jurídica creada en el extranjero o de una práctica médico-legal autorizada en el país del nacimiento. Sólo una decisión extranjera relativa a la filiación puede sujetarse al método del reconocimiento de decisiones y a las condiciones de reconocimiento previstas para las sentencias judiciales relativas a la filiación.

Ahora bien, y tal como se ha podido apreciar a lo largo del trabajo, no siempre cabrá contar con una sentencia judicial extranjera relativa a la filiación del menor nacido mediante gestación por sustitución. En tal caso, si no hay una decisión de la autoridad pública extranjera, que no sea meramente receptiva; es decir, que determine, total o parcialmente,

⁵⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ (2007).

⁶⁰ Respecto a la cristalización de las situaciones jurídicas y a los métodos (en plural) de reconocimiento, el trabajo de MAYER (2005, pp. 557-562) y LAGARDE (2013, p. 19 y 27 y 2015, p. 441-454).

la filiación de unos concretos menores, en su mejor interés, el Estado de la residencia de los menores es el que deberá determinar la filiación del menor, acudiendo al método conflictual, y partiendo de la base de que el país de su residencia habitual tendrá competencia judicial internacional para conocer de la misma.

No incluimos en el método del reconocimiento ni el contrato (acto jurídico privado) ni el hecho de que la práctica, en general, sea legal o esté autorizada en el país extranjero donde tuvo lugar. Tampoco sujetamos al método del reconocimiento el hecho de que la filiación se vea consolidada por el hecho de la gestación, el contrato y por el transcurso del tiempo en un país que admite la filiación derivada de la gestación por sustitución. La filiación ha de estar determinada no en abstracto sino respecto a un menor y a unos determinados padres intencionales.

En mi opinión, sólo una decisión judicial o un acto público no meramente receptivo permite establecer una presunción, aunque sea *iuris tantum*, de que la filiación ha sido válidamente establecida con respecto a un menor y unos padres intencionales.

Por ello (y porque la materia relativa a la filiación es indisponible) no extendemos el método del reconocimiento a las meras "situaciones jurídicas". Si bien, podría no cerrarse totalmente la puerta a la admisión de una presunción *iuris tantum* de regularidad, que podría combatirse probando que según el derecho del Estado del nacimiento tal filiación no es regular. Pero la búsqueda de tal ley intervendría *a posteriori*. Es decir, estaríamos, en tal caso, en el ámbito de los actos de jurisdicción voluntaria (con control conflictual) o de los conflictos de sistemas o de los conflictos de leyes (o del control conflictual), y no propiamente en el ámbito del reconocimiento de decisiones, donde no existe ya el control conflictual sino el de la competencia del tribunal (autoridad).

Es preciso tener en cuenta que, cuando hablamos del reconocimiento de decisiones nos referimos a un método de solución en el derecho internacional privado, que somete la decisión extranjera a un control o condiciones el reconocimiento (competencia judicial internacional de la autoridad, orden público y fraude, e inconciliabilidad de decisiones)⁶¹, entre las que no figura el control de la ley aplicada. Ésta ya no es controlada, salvo en los actos de jurisdicción voluntaria.

Con respecto a las situaciones jurídicas consolidadas, en las que se produce una cristalización⁶² de la situación jurídica, habría que ser prudente en esta materia. Difícilmente se darán situaciones consolidadas en el extranjero si no existen vínculos con dicho país basados en una residencia habitual. El atender a una "posesión de estado adquirida en el extranjero" requiere un derecho competente que lo permita (método conflictual) y no parece ser el supuesto común, al menos en las gestaciones por sustitución

⁶¹ BOUZA VIDAL (2010, pp. 283-306).

⁶² Mayer (2005, pp. 557 y 562).

deslocalizadas, en las que la residencia habitual de los padres intencionales y la del menor no es la del país del nacimiento.

La intervención de la autoridad pública para la determinación de la filiación es, muchas veces, un requisito legal en los ordenamientos que autorizan la práctica. Si esta intervención se ha producido, el reconocimiento (o los “conflictos de autoridades”) absorberán el conflicto de leyes, pues se entiende que la autoridad extranjera ya ha aplicado una ley (ya sea la propia o la determinada por su sistema de normas de conflicto) dictando una decisión que ha afectado a la filiación (e identidad) de unos menores. En tal caso, reconocer la decisión extranjera relativa a la filiación de un menor nacido mediante gestación por sustitución no es aplicar en el Estado requerido las normas abstractas de un derecho extranjero relativas a la gestación por sustitución sino recibir (o rechazar) la eficacia de una decisión relativa a la filiación ya adoptada (una solución particular y no general) y que ha establecido el vínculo jurídico relativo a la filiación de un menor en concreto.

El limitar el método del reconocimiento a la decisión relativa a la filiación trataría de evitar toda idea de que el niño puede ser considerado como objeto de un contrato, lo que afectaría a su dignidad como ser humano. E, igualmente, el que se pudiera considerar que los adultos que intervienen en el contrato de gestación por sustitución pueden disponer de su filiación jurídica (Art. 10.1 LTRHA, Art. 10 y Art. 39.2 de la CE).

5. Reflexión final: Respeto a la diversidad legislativa, control de la industria legal y reproductiva, y límites en el acceso de los extranjeros no residentes a la gestación por sustitución.

El traer niños al mundo para otros no es algo nuevo. Cabría aportar, incluso, referencias de tipo religioso⁶³. En otros tiempos, la práctica tenía como base la existencia de relaciones de dependencia doméstica o de propiedad de las personas (hijos de las esclavas)⁶⁴. Hoy, la práctica tiene una base contractual.

⁶³ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS (2010, p. 619) así lo indica, entre otras interesantes consideraciones.

⁶⁴ El Código de Hammurabi regulaba la condición de las esclavas que la mujer ofrecía al marido para que tuvieran hijos (144 § a 147 §). En EE.UU., antes de la Guerra de Secesión, las esclavas negras (sobre las que se admitía el derecho de propiedad) aportaban con sus hijos fuerza de trabajo al propietario. Llevaban al mundo hijos que eran propiedad de sus amos (no necesariamente hijos). Un célebre asunto *The Black Surrogate Mother* se refiere a una esclava africana, secuestrada en el Estado de Illinois y revendida en el Estado del Mississippi, que intentó un proceso para recuperar la libertad y la guarda de su hija V. ALLEN (1990, p. 139) FABRE-MAGNAN (2013, p. 97, que habla de “Proletariado reproductivo”) y TERRE (1987, pp. 180-181).

Cierto es que, en todos los tiempos, ha habido relaciones de solidaridad intra-familiar o entre íntimos, que han participado en la simulación de filiaciones a fin de eludir las prohibiciones legales. No es inaudito, el que se inscriba como propio al hijo que ha sido confiado por otro, a fin de soslayar la prohibición de la adopción en países musulmanes o a fin de dar entrada en un matrimonio al hijo nacido fuera de una relación extra-matrimonial. Pero no es, hoy, a este fenómeno excepcional de la solidaridad intrafamiliar o entre íntimos al que asistimos cuando tratamos de los contratos de gestación por sustitución llevados a cabo en el extranjero.

Sin duda hay prácticas solidarias de una madre, hermana o amiga; o, en el marco de ayuda a la co-parentalidad entre parejas del mismo sexo⁶⁵. Pero, por lo general, es con el uso del eufemismo que se considera un acto solidario el que unos intermediarios pongan a una mujer residente en el extranjero en contacto con extranjeros desconocidos, para que geste un niño para ellos, y lo mismo sucede cuando llamamos donación a la extracción de óvulos a una joven anónima.

La industria legal y reproductiva ha ido introduciendo en el sistema de economía de mercado la capacidad reproductiva y de gestación de las mujeres. El hecho de que la donante de óvulos y la mujer que hace el “trabajo” de gestar perciban por ello una “compensación” no proporcional a los beneficios que percibe la industria legal y reproductiva o a la suma pagada por el cliente, no es un argumento relevante para descartar el carácter comercial de la actividad médico-legal, pues la gestante puede ser percibida como una persona temporalmente asalariada. Al igual que algunas multinacionales deslocalizan parte de la producción textil a países donde la mano de obra es más barata, la industria reproductiva deslocaliza parte de su actividad a países en vías de desarrollo.

Sería engañarse más de lo necesario el considerar no comercializada una práctica que dirige su actividad principal a la captación de clientes extranjeros. Esta variante del llamado “turismo médico” es una actividad dirigida a extranjeros más que a los propios nacionales. Vimos como un país europeo, acosado por la deuda, como Grecia, que antes exigía límites de residencia, cambió su legislación en el año 2014 para ampliar la práctica y abrirla a extranjeros no residentes⁶⁶. La actividad se ha visto comercializada hasta el punto que las empresas internacionales que operan en el territorio tienen que buscar a las mujeres gestantes en otros países para poder hacer frente a la demanda. Tampoco han faltado voces en España, cuya deuda ha venido igualando al PIB, que apelen a los beneficios económicos que aportaría añadir esta actividad a la ya floreciente y no menos internacionalizada actividad de la industria reproductiva, y ante la actual crisis económica⁶⁷.

⁶⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ (2012, p. 31)

⁶⁶ Véase nuestro comentario a la reforma en BOUZA, QUIÑONES, FONT, VINAIXA (2016, p. 166).

⁶⁷ VELA SÁNCHEZ (2013, pp. 1-11), contempla estos casos como el nacimiento de un nuevo mercado que puede ayudar a minorar la crisis económica en España.

No estamos ante un negocio local y de pequeñas dimensiones sino ante una estrategia global de las empresas multinacionales que explotan en su beneficio las diferencias existentes entre las legislaciones estatales, incluido el pago de impuestos. Holdings y empresas no sólo dirigen su publicidad vía Internet los países que prohíben tales contratos, sino que se instalan por medio de agencias, que cuidan de fraccionar la prestación de servicios según las grietas que ofrezca el sistema legal o la falta de control efectivo por parte de la administración.

Es un hecho que en California (EE.UU.), como en Ucrania, Georgia, Rusia, la India y Tailandia, la práctica de la gestación por sustitución constituye un poderoso mercado internacionalizado, que se dirige a captar el cliente extranjero. No es inaudito que las empresas de este llamado *baby business* deslocalicen una parte de la actividad reproductiva a otros países en la búsqueda de gestantes⁶⁸ y de donantes de óvulos, y para ofrecer mejores precios. Los beneficios que percibe la industria son mucho más elevados que los emolumentos o compensaciones que percibe la mujer que aporta el óvulo (si es el caso) y la mujer que durante nueve meses gestará y dará a luz al niño, aunque la remuneración sea, sin duda, un aliciente en relación al salario medio del país de residencia de la gestante. Los norteamericanos que optan por una gestante residente en la India no lo hacen sólo por las prohibiciones existentes en algunos Estados (como vimos era el caso de New York) sino porque es más módico el precio que pagarán por una gestación en la India que el que pagarían en el país de su residencia (1/3 de lo que les costaría en su país), pudiendo contratar, en su propio país, la prestación de servicios.

Los clientes son captados en su propio mercado; es decir, en el país de su residencia habitual. Estos eligen entre una oferta de *packs* que combinan varias prestaciones de servicios legales y médicas. Según el país, estas prestaciones pueden llegar a abarcar una parte del proceso reproductivo. Por ejemplo, la formación de embriones (con donantes de gametos anónimos si necesario) y su envío al país donde se encuentra la mujer a la que se le implantará el embrión para que, tras nueve meses de gestación, de finalmente a luz al niño, aportando -a veces- cuidados y nutrición al recién nacido.

⁶⁸ T. AUDI y A. CHANG (“Assembling the Global Baby”, *Wall Street Journal*, dic. 2010, on line) citan el caso de Planet-Hospital, empresa de Los Ángeles (California), que ofrece a sus clientes de todo el mundo packs que les permiten disponer de gestantes de la India a fin de abaratar costos. Negocian las tarifas con clínicas de fertilidad de la India y los clientes pueden tener donantes y gestantes, y hasta cuatro tentativas de implantación de los embriones en gestantes distintas. El director de Planet-Hospital explica de este modo el *pack India*: “comprende la donación de un óvulo, cuatro transferencias de embriones en cuatro gestantes distintas, el alojamiento y la alimentación de la gestante, y un coche con chófer para los padres intencionales para cuando vengán a buscar el bebé en la India”. La falta (¿deliberada?) de regulación hace que el procedimiento sea contractual. Respecto al salario de las gestantes, indica que: “ellas ganan 12 veces el salario anual”.

La selección del país donde tendrá lugar la gestación forma parte de las estrategias y soluciones *ad hoc* que ofrece la asesoría legal. La elección del país atiende a las características de los padres intencionales (por ejemplo, pareja hetero u homosexual) como a los deseos del cliente (elección de la donante de óvulos) y a su bolsillo. La idea de que los padres intencionales se “exilian” o se desplazan o hacen “turismo” reproductivo para buscar amparo en una legislación que les ofrezca lo que su legislación prohíbe no se corresponde exactamente con la realidad. No hay, a veces, desplazamiento alguno más allá de la recogida del niño para su traslado al país de la residencia. El seguimiento del embarazo puede tener lugar vía internet.

El riesgo existe de que la mercantilización acabe banalizando la práctica, que no es sólo privada, sino que termina afectando a la sociedad en su conjunto, pues es la sociedad la que debe hacer frente a la suerte del tercero (el niño) cuando el que los “encargó” no se hace responsable de los mismos. La sociedad (y la comunidad internacional) ha de dar una respuesta protectora a los menores que resulten abandonados, que se sumarán a otros niños que serán, cada vez más, difícilmente adoptables. No se trata sólo de un asunto privado.

Es necesario que la autoridad pública controle la actividad que las empresas llevan a cabo en el territorio. Este control ha de ser preventivo, efectuarse *a priori* y no sólo *a posteriori*, o cuando el niño ya ha nacido. El control no puede recaer en los aspectos civiles relativos a la filiación de los niños. Menos aún si los potenciales padres intencionales han podido ver cómo la publicidad de la empresa con la que contratan (la asistencia a actos y la firma de contratos en hoteles o locales del propio territorio) y hasta parte de la actividad reproductiva tenían cierta apariencia de legalidad al llevarse a cabo en el propio país de residencia, y no verse obstaculizada por las autoridades locales hasta el momento en que pretenden el registro del niño.

El control no puede centrarse en el acceso al registro de los menores, que nada contrataron ni cabe reprocharles fraude alguno. Los adultos que los han traído a este mundo no pueden, tampoco, quedar exentos de obligaciones respecto a los mismos. La administración, para desincentivar la práctica en su territorio, más que poner obstáculos al establecimiento de la filiación de los menores con respecto a las familias que los cuidan, debería controlar *a priori* la actividad que realiza la industria legal y reproductiva en el propio territorio, a través de las empresas y agencias que se publicitan, lo que ya señalamos en el anterior trabajo. De hecho, de tal paradoja, o falta de control, no sólo nace la confusión por parte de las familias y la sociedad en su conjunto acerca de la autorización de la práctica, sino una amalgama sobre los elementos “de extranjería” que podrían justificar un trato distinto entre los supuestos vinculados efectivamente a otros países y los supuestos internos que sí son perseguidos. Permitir que la industria reproductiva y legal capte clientes en el propio territorio y haga beneficios, para luego cargar el problema legal sobre los hombros del flanco más débil: los niños y las familias, no es el mejor modo de desalentar la práctica, sino más bien de poner en valor ante la sociedad española que es el dinero y no la extranjería de la situación, lo que hace “la diferencia” entre los que son nacionales y residentes en el mismo país.

Es contradictorio que la industria reproductiva se instale, publicite y capte a los clientes españoles y residentes y que en el plano de los principios y las normas se mantenga la nulidad del contrato, ya sea oneroso o gratuito, de gestación por sustitución, y que más tarde se invoquen las dificultades de orden público internacional para el reconocimiento de las filiaciones, recayendo sobre las familias y los niños (que ningún fraude cometieron) el peso de la incoherencia.

En otras palabras, y volvemos a repetirlo respecto al trabajo anterior, no es lo mismo que una pareja de griegos residente en Grecia se instale en España por razones laborales y adquiera la nacionalidad española teniendo dos hijos nacidos mediante gestación por sustitución, que el que una multinacional (o una agencia de la misma) ofrezca a dos españoles residentes la posibilidad de celebrar un contrato prohibido en España para recoger a un menor gestado en Grecia, que será español y que residirá igualmente en España. La sociedad española puede perfectamente comprender que las leyes de Grecia (cuyos representantes no vota) son distintas que las españolas (cuyos representantes puede votar); y que, la primera hipótesis no es un supuesto interno sino vinculado a Grecia en el momento de su creación (y sin vínculos con España). En tal caso, nadie dirá que si accede tal filiación al registro habrá discriminación respecto a los demás españoles residentes. No ocurrirá lo mismo en el segundo supuesto. De ahí la necesidad, por una parte, de que se establezcan límites legales (reconocimiento en el país de residencia habitual del menor) o vínculos (basados en la nacionalidad o la residencia) en el acceso de los extranjeros a la práctica de la gestación por sustitución. Y, también, límites en el reconocimiento que desalienten los supuestos de fraude en el reconocimiento de las gestaciones llevadas a cabo en el extranjero. Estos vínculos legales (relativos a la existencia de elementos de extranjería o al reconocimiento mutuo o al grado de parentesco) permitirán garantizar la protección del menor y en el respeto a la diversidad legislativa.

Deberían estar presentes tales límites en la propia legislación de los países que admiten los contratos de gestación por sustitución en su territorio. Y, también, sería deseable que lo estuvieran en un instrumento internacional de cooperación que regulara el reconocimiento de la filiación de los menores. La Conferencia de La Haya podría hacerse cargo de establecerlos.

Esos límites en el acceso de los extranjeros a la práctica son necesarios cuando los padres intencionales no son residentes en el país que autoriza la gestación por sustitución, pues la protección de los niños exige que no sean entregados a extranjeros desconocidos sobre los que ningún control tendrán los servicios sociales del país donde la gestación por sustitución se realiza.

Es necesario abogar por una práctica local para garantizar la protección de los menores y el respeto la diversidad legislativa. El que un país no cuente con límites en el acceso de los extranjeros no residentes a la gestación por sustitución delata su carácter comercial y lucrativo, y los consiguientes riesgos para los menores. A no ser, claro está, que la gestación por sustitución se ciña al supuesto de las relaciones intra-familiares con residentes en el extranjero.

La adecuada utilización de los métodos que ofrece el derecho internacional privado (reconocimiento y conflictual) sólo se logrará si existe cierto grado de cooperación internacional, respetuoso con la diversidad legislativa, tanto de los países que regulan (o toleran) como de los países que prohíben los contratos de gestación por sustitución. El respeto a la diversidad legislativa se logrará si, en la legislación interna e internacional, se fijan límites en el acceso de los extranjeros no residentes a la gestación por sustitución practicada en el territorio. Sólo así se llegará a resultados armoniosos entre las relaciones internas y las situaciones con elemento extranjero. La existencia de límites en el acceso de los extranjeros a la gestación por sustitución practicada en un territorio permitirá frenar el fenómeno comercial del llamado “turismo reproductivo” y los efectos perversos que le acompañan. Entre ellos, el que la diferencia entre los supuestos internos y los vinculados con otros países sean, en la práctica, de naturaleza económica.

Pero he reconocer que veo dificultades en el logro de un convenio de cooperación internacional en la materia, que establezca límites en el acceso de los extranjeros a la gestación por sustitución. La industria reproductiva es una fuente importante de recursos. Las empresas de los países que toleran la gestación por sustitución comercial (aunque no lleve tal nombre) tienen como principal actividad la captación de clientes extranjeros no residentes. Ciertamente es que algunos países como la India y Tailandia⁶⁹, tras algunos escándalos mediáticos, han limitado el acceso de los extranjeros a tal práctica reproductiva, pero otros, con dificultades económicas, los han ampliado⁷⁰.

Sería bueno que en el marco de la Conferencia de La Haya o de la CIEC se elaborara un convenio internacional que, respetuoso con la diversidad legislativa, estableciera límites en el acceso a la práctica de los extranjeros no residentes o límites en el marco de un convenio relativo al reconocimiento de decisiones. La efectividad del convenio encontraría dificultades allí donde la práctica está comercializada, pero valdría la pena intentarlo.

Un convenio internacional que permitiera el reconocimiento de la decisión extranjera que haya determinado la filiación del menor con audiencia de las partes y en su mejor interés. La filiación ha de estar determinada no en abstracto sino respecto a un menor y a unos determinados padres intencionales. Sólo, entonces, cabe presumir que existe una filiación válidamente establecida en el país extranjero y que es posible su reconocimiento en el Estado requerido.

Ahora bien, no siempre cabrá contar con una sentencia judicial extranjera relativa a la filiación del menor nacido mediante gestación por sustitución. En tal caso, el Estado de la residencia de los menores es el que deberá determinar la filiación del menor, acudiendo al método conflictual, y partiendo de la base de que el país de su residencia habitual tendrá competencia judicial internacional para conocer de la misma.

⁶⁹ <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/thailand-new-surrogacy-law/>

⁷⁰ Es el caso de Grecia, que ha modificado su legislación en el año 2014. V. nuestro comentario en la crónica de la *RJC* (BOUZA, QUIÑONES, FONT, VINAIXA, 2016, p.166).

La filiación es una materia que no es de la libre disposición de las partes. No cabe incluir en el método del reconocimiento ni el contrato (acto jurídico privado) ni las situaciones jurídicas supuestamente “consolidadas” por el transcurso del tiempo. Habría, al menos, que ser prudente en esta materia para evitar toda idea de que el niño puede ser considerado como objeto de un contrato, lo que afectaría a su dignidad como ser humano. E, igualmente, el que se pudiera considerar que los adultos que intervienen en el contrato de gestación por sustitución pueden disponer de su filiación jurídica (Art. 10.1 LTRHA, Art. 10 y Art. 39.2 de la CE).

6. Tabla de sentencias.

TEDH

TEDH de 28 de junio de 2007 Wagner and J.M.W.L v. Luxembourg.

TEDH de 26 de junio de 2014, Mennesson c. Francia y Labassée c. Francia.

TEDH de 8 de julio de 2014, D y otros contra Bélgica .

*TEDH, de 27 de enero de 2015, Paradiso y Campanelli contra Italia*⁷¹.

*TEDH de 21 de julio de 2016, Foulon v. France (núm. 9063/14) y Bouvet v. France (núm. 10410/14)*⁷².

Alemania

BGH de 10 de diciembre de 2014.

España

Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 17 de septiembre de 2010.

Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011.

TS (Sala de lo Civil) de 6 febrero de 2014.

ATS (Sala de lo Civil) de 2 de febrero enero de 2015.

⁷¹ Téngase también en cuenta que la Gran Cámara del TEDH ha dictado recientemente la sentencia de 24 de enero de 2017, posterior a la entrega del trabajo. Ver nota número 20.

⁷² Téngase también en cuenta la reciente STEDH de 19 de enero de 2017 *Laborie c. Francia* (gestación por sustitución efectuada en Ucrania), posterior a la entrega del trabajo. Ver nota número 18.

Estados Unidos

Tennessee Supreme Court, de 18 de septiembre de 2014

New York Family Court (Queens County, de 3 de abril de 2014.

Francia

Cour de Cassation de 3 de julio de 2015.

Suiza

Tribunal federal de 21 de mayo de 2015.

Tribunal federal de 14 de septiembre de 2015.

7. Bibliografía

Anita ALLEN (2013), "Surrogacy, Slavery, and Ownership of Life", 13 *HARV. J.L. & PUB. POL'Y* (Winter 1990), págs. 139-149.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010) "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *AEDIPr*, t. X, págs. 339-377.

--- (2013) "Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución", *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, págs. 77-90.

--- (2015) "¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?", *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, págs. 146-181.

Lorenzo ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA (2014), "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, nº 2, págs. 1-49, en: www.uc3m.es/cdt

Bertrand ANCEL (2012), "L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée", *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, págs. 1-9.

Tamara AUDI y Arlène CHANG (2010), "Assembling the Global Baby", *Wall Street Journal*, dic. 2010, Disponible en la web wsj.com.

Sylvain BOLLEE (2015), "La gestation pour autrui en droit international privé", *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2012-2014, págs. 215-232.

Nuria BOUZA VIDAL (2010), "La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado", *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, J. Martín y Pérez de Nanclares (Coordinador), AEPDIRI, Iustel, Univ. de La Rioja, Madrid, págs. 283-306.

BOUZA, QUIÑONES, FONT, VINAIXA, (2016), "Informació del dret estranger", *RJC*, núm.1, págs. 153-172.

Andrea BUCHER (1993), "Ordre public et le fins social des lois", *RCADI*, 1993-II, t.293, págs. 19-109.

Stephen BREYER (2015), *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, Alfred A. Knopf, Penguin, New York.

Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015), "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *CDT*, 2015, vol. 7, núm. 2, págs. 45-113.

--- (2016) "Las modificaciones al Código Civil del año 2015", coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, págs. 25-65.

Cristina CAMPIGLIO (2014), "Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza", *Rivista de diritto internazionale privato e processuale*, págs. 481-516.

CIEC (2013), "Surrogacy and the civil status of the child in ICCS member States", en <http://www.ciecl.org>.

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (2015) "The Parentage / Surrogacy Project: an updating note", (Prel. Doc. No 3 A of February 2015).

Amélie DIONISI-PEYRUSSE (2012), "La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public International", *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, págs. 157-177.

Antonia DURÁN AYAGO (2012), "El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, págs. 265-308.

--- (2014), "Los vientres de alquiler", *Actualidad Jurídica Aranzadi* (BIB 2014\960), Vol. 23, nº 881/2014: Aranzadi, S.A., Pamplona, en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es>.

José María ESPINAR VICENTE (2012), "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley", en AA.VV., *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum*: José Luis IGLESIAS BUHIGUES, coord. por Carlos ESPLUGUES MOTA, Guillermo PALAO MORENO, Manuel Alejandro PENADÉS FONS, págs. 589-604.

Carlos ESPLUGUES MOTA (2015), "¿Nuevos derroteros del Derecho internacional privado?: El caso de la normativa estatal americana prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero por sus tribunales y autoridades", *InDret*, núm. 2.

European Parliament (2013), "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States"

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI_ET%282013%29474403_EN.pdf.

Muriel FABRE-MAGNAN (2013), *La gestation pour autrui- Fictions et réalité*, Fayard.

Ester FARNÓS AMORÓS (2010), "Inscripció a Espanya de la filiació derivada de l'accés a la maternitat subrogada a Califòrnia. Qüestions que planteja la Resolució de la DGRN de 18 de febrer de 2009", *InDret*, nº 1, Barcelona, en <http://www.indret.com>.

--- (2015), "La filiació derivada de reproducció assistida: voluntat y biología", *Anuario de derecho civil*, 2015-1, págs. 5-61.

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO (2016), *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor.

Hugues FULCHIRON y Christine BIDAUD-GARON (2015), "Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso, de la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue critique de droit international privé*, págs. 1-42.

Iván HEREDIA CERVANTES (2013), «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *ADC*, tomo LXVI, fasc. II, págs. 687-715.

--- (2015), "La inscripción de relaciones de filiació constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados", *BMJ*, Año 69, Nº 2179, págs. 339-396.

Nathalie JOUBERT (2008), *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Lexis Nexis.

Paul LAGARDE (2016), "La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé? Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2014 (Volume 371)", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law. Disponible en la web [brill.com](http://www.brill.com).

--- (2015), "Die Leihmutterchaft: Probleme des Sach-und des Kollisionsrechts", *Zeup*, págs. 233-240.

--- (2015), "Sur la vulnérabilité des situations juridiques", *Liber Amicorum P. MAYER, LGDJ*, págs. 441-454.

--- (2013), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone.

Pierre MAYER (2005), "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *La reconnaissance : notions et méthodes* Liber amicorum Paul LAGARDE, págs. 547-571.

Patricia OREJUDO DE LOS MOZOS (2010), "Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood", *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, págs. 619-637.

Ilaria PRETELLI (2015), "Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution", *Revue critique de droit international privé*, págs. 559-578.

Ana QUIÑONES ESCÁMEZ (2007), *Uniones conyugales o de pareja: Formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Atelier.

--- (2009), "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *InDret*, número 3, Barcelona, julio de 2009, en http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf

--- (2012), "Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé", en *Homoparentalité ?* Paris, SLC, 2012, págs. 41-79.

Encarna ROCA TRÍAS (2015), "Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada", *BMJ*, Año 69, N° 2179, págs. 301-338.

A. V. M. STRUYCKEN (2010), «Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue», *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, págs. 357-372.

K. TRIMMINGS, "Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?", en <http://conflictoflaws.net/2015/beamont-and-trimmings-on-human-rights-and-cross-border-surrogacy>

François TERRE (1987), *L'enfant de l'esclave*, Flammarion.

Chris THOMALE (2016), *Mietmutterchaft Eine international-privatrechtliche Kritik*, Mohr Siebeck.

Antonio J. VELA SÁNCHEZ (2014), "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución "pueden" ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014", *Diario La Ley*, Sección

Tribuna, año XXXV, nº 8415, 6 de noviembre de 2014: LA LEY (La Ley 8002/2014).
Disponible en la web revistas. LaLey.es

---- (2016) “A propósito de la Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto”, *Diario La Ley*, Nº 8868, Sección Doctrina, 22 de noviembre de 2016, Ref. D-407. Disponible en la web revistas. LaLey.es

¿Deben los donantes de gametos permanecer en el anonimato?

Esther Farnós Amorós

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract*

El artículo presenta la tensión existente entre el anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona concebida de esta forma a conocer sus orígenes. El análisis de los ordenamientos que reconocen este derecho nos conduce a las hipótesis, hoy bastante extendidas, que consideran que los argumentos tradicionales para mantener el anonimato han perdido valor. A su vez, el artículo da noticia del distinto tratamiento que legislaciones como la española otorgan en esta cuestión a las personas adoptadas y a las concebidas mediante gametos donados. Más allá de los posibles derechos en conflicto de los nacidos, donantes y padres, los argumentos que esgrimen los favorables a mantener el anonimato, tales como el daño moral que puede resultar del descubrimiento o la posible relación entre la revelación y la disminución del número de donantes, también deberían ser tomados en cuenta. Sin embargo, estos argumentos requieren de una absoluta evidencia empírica, que a día de hoy todavía no existe. En último término, la posibilidad de conocer al donante es coherente con la cada vez mayor tendencia a disociar las esferas biológica, social y legal de la filiación.

*This article highlights the tension between the anonymity of the donor and the donor conceived individuals' right to know one's origins. The study of legal systems that recognize this right spurs us to further examine the hypotheses, quite widespread today, which consider outdated traditional arguments for anonymity. In this regard, the article also shows the different treatment granted to adopted children and **donor conceived children** by legal systems such as the Spanish one. Beyond the possible conflicting rights of children, donors and parents, arguments provided by anonymity supporters, such as the moral damage resulting from disclosure or the possible link between disclosure and a decrease in the number of donors, should be also taken into account. However, these arguments require absolute empirical evidence, which is not currently conclusive. Last but not least, disclosure of the donor's identity is consistent with the ever-growing trend to dissociate biological, social and legal spheres of parentage.*

Title: Public policy and donor anonymity

Keywords: Assisted reproduction technologies, gamete donation, anonymity, right to know, parentage

Palabras clave: Técnicas de reproducción asistida, donación de gametos, anonimato, derecho a conocer, filiación

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación vigente «Libertad reproductiva y formación de relaciones familiares» (DER2014-55573-R), financiado por el MINECO (IP: Dr. Josep FERRER RIBA, Universitat Pompeu Fabra), y en el proyecto de cooperación interuniversitaria UAM-Santander con América Latina «Presente y futuro de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia del siglo XXI en España y América Latina (especial referencia a Argentina, Chile y México). Aspectos jurídicos, sociales y éticos» (CEAL-AL/2015-02), finalizado en diciembre de 2016 (IP: Dra. Pilar BENAVENTE MOREDA, Universidad Autónoma de Madrid).

Toda la información que aporta este trabajo en relación con los estados australianos ha mejorado sustancialmente gracias a la inestimable ayuda de Amaia Forcada Rubio, becaria del Área de derecho civil de la UPF actualmente de estancia predoctoral en la *University of Technology Sydney*.

Sumario

1. Introducción
2. Derechos en conflicto
3. Aproximaciones en derecho comparado
 - 3.1. Del anonimato en sentido estricto a las políticas de "doble vía" y otras soluciones intermedias
 - 3.2. La tendencia creciente a favor del conocimiento de la identidad del donante
4. Posiciones
5. ¿Cómo hacer efectivo el conocimiento de los orígenes?
 - 5.1. Publicidad
 - 5.2. Retroactividad
6. Conclusiones
7. Tabla de jurisprudencia citada
8. Bibliografía

“Vine a Comala porque me dijeron que acá vivía mi padre, un tal Pedro Páramo. Mi madre me lo dijo. Y yo le prometí que vendría a verlo en cuanto ella muriera. Le apreté sus manos en señal de que lo haría, pues ella estaba por morirse y yo en un plan de prometerlo todo. «No dejes de ir a visitarlo – me recomendó. Se llama de este modo y de este otro. Estoy segura de que le dará gusto conocerte.» Entonces no pude hacer otra cosa sino decirle que así lo haría, y de tanto decírselo se lo seguí diciendo aun después de que a mis manos les costó trabajo zafarse de sus manos muertas. Todavía antes me había dicho: –No vayas a pedirle nada. Exígele lo nuestro. Lo que estuvo obligado a darme y nunca me dio... El olvido en que nos tuvo, mi hijo, cóbraselo caro. – Así lo haré, madre. Pero no pensé cumplir mi promesa. Hasta que ahora pronto comencé a llenarme de sueños, a darle vuelo a las ilusiones. Y de este modo se me fue formando un mundo alrededor de la esperanza que era aquel señor llamado Pedro Páramo, el marido de mi madre. Por eso vine a Comala.”

Fragmento inicial de la novela *Pedro Páramo* (1955),
del escritor mexicano Juan Rulfo (1917-1986)

1. Introducción

La vieja cuestión del conocimiento de los orígenes, que subyace en el fragmento que da inicio a la novela *Pedro Páramo*, se plantea en este trabajo en un contexto distinto al de la reproducción sexual: el de la reproducción asistida mediante gametos donados. *¿Deben los donantes permanecer en el anonimato¹? ¿Está justificado el distinto trato que legislaciones como la española otorgan al respecto a las personas adoptadas y a las concebidas mediante gametos donados?* Estas preguntas, que surgen del análisis de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), son comunes en otros ordenamientos y se enfrentan a una serie de retos y paradojas que cualquier respuesta debe tomar en consideración.

¹ Al respecto, el término “anonimato”, por contraposición al de “secreto”, se refiere a la retención de la identidad del donante de gametos hacia el nacido por los ordenamientos que aprueban legislaciones que preservan dicho anonimato y, a nivel práctico, por los centros de reproducción asistida y bases de datos que custodian los datos del donante. Por el contrario, el término “secreto” se refiere a la no revelación sobre la concepción con gametos donados y, en consecuencia, lo mantienen los padres hacia la persona concebida de esta forma: vid. PENNING (2014a, p. 302).

En primer lugar, pese a que las aproximaciones de los distintos ordenamientos a la cuestión planteada no pueden ser más distintas, el mal llamado fenómeno del “turismo reproductivo”² permitirá, cuanto menos a las personas con más capacidad adquisitiva, escoger el ordenamiento que les resulte más favorable para someterse a una técnica determinada. En consecuencia, las partes del proyecto parental y los donantes siempre podrán optar por un ordenamiento distinto si consideran que ello protege mejor sus intereses, ya porque permite conocer la identidad del donante o precisamente por todo lo contrario.

En segundo lugar, si bien la reivindicación de un “derecho a conocer los orígenes genéticos” puede resultar contradictoria en un momento en que la “parentalidad social” va desplazando a la biología³, su reivindicación va más allá de la biología o la genética, pues se fundamenta en la libertad de cada individuo para decidir qué peso otorga a los elementos genéticos y biológicos en la configuración de su identidad.

En tercer lugar, la mayoría de ordenamientos impiden que el origen de la concepción conste en algún registro público o certificado accesible a la persona concebida mediante gametos donados, como el de nacimiento. En consecuencia, en los sistemas basados en el anonimato estas personas no tienen por qué saber cómo fueron concebidas, salvo que sus padres se lo revelen. En este contexto, tales personas menos aún se plantearán la cuestión de sus orígenes⁴.

En último lugar, el derecho del adoptado a conocer sus orígenes, que en España se encuentra particularmente desarrollado a partir de la STS, 1ª, de 21.9.1999 (RJ 6944), y muy en especial en las legislaciones autonómicas⁵, no encuentra un reflejo en la LTRHA, puesto que su art. 5.5 consagra la regla general del anonimato del donante. La norma tiene origen en la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, que contenía un precepto casi idéntico cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 116/1999, de 17 de junio. Curiosamente esta sentencia es muy cercana en el tiempo a la citada STS de 21.9.1999, en que el TS declaró derogadas por inconstitucionalidad sobrevenida las normas que permitían a la madre biológica que daba un hijo en adopción permanecer en el anonimato. El anonimato del donante de gametos que prevé el art. 5.5 LTRHA es un anonimato “relativo”, pues la ley solo permite conocer datos no identificativos y muy básicos del donante, reservando la revelación de la identidad para dos casos excepcionales: “circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo” y “cuando proceda de acuerdo con las leyes procesales

² A favor de la expresión más neutral «reproducción transfronteriza», SHENFIELD *et al.* (2010, p. 1361).

³ BÜCHLER / KELLER (2016) y MASSON (2006, pp. 131-155).

⁴ En este sentido, WISE / KOVACS (2014, p. 82).

⁵ Vid., a título de ejemplo, los arts. 235-49 y 235-40 CCCat.

penales, siempre que lo hagan indispensable”. Esta regla general se complementa con la del art. 8.3 de la misma ley, según la cual “La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.”. En 2015 la Generalitat de Cataluña aprobó el Decreto 169/2015, de 21 de julio, por el cual se establece el procedimiento para facilitar el conocimiento de los orígenes biológicos. Aunque el Decreto no tiene por objeto a las personas concebidas mediante TRA⁶, sino tan solo a las adoptadas, su reciente aprobación es un buen pretexto para reflexionar sobre si el distinto trato legislativo obedece a una justificación objetiva, más allá de la historia previa de abandono que puede existir en el caso de las personas adoptadas, que podría explicar un mayor deseo de conocer en estos casos⁷. Esta reflexión presenta un interés especial en un momento en que la práctica de técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA) con gametos donados es cada vez más frecuente, en parte como consecuencia del mayor acceso a las mismas por mujeres solas o parejas de dos mujeres⁸.

2. Derechos en conflicto

La diversidad legislativa alrededor de la cuestión del anonimato del donante de gametos se explica por el conflicto de derechos que plantea entre las partes del proyecto parental, el donante de gametos y la persona concebida de este modo. Si bien, como ha declarado el TEDH, la propia identidad forma parte del derecho a la vida privada reconocido por el art. 8 CEDH, el Tribunal de Estrasburgo nunca se ha pronunciado sobre esta cuestión en un caso que tenga por objeto a una persona concebida mediante TRA⁹. Es difícil prever cómo

⁶ La DF 1ª de la LTRHA exceptúa del carácter básico de la Ley derivado de la competencia exclusiva del Estado en las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16ª CE), entre otros, sus arts. 7 a 10 (filiación de las personas concebidas mediante TRA, a partir del recurso a la fecundación “post mortem” y a gestación por sustitución), los cuales se dictan al amparo del art. 149.1.8ª CE y, por tanto, son susceptibles de regulación autonómica. En consecuencia, Cataluña ha desarrollado reglas en materia de filiación derivada del recurso a TRA pero no ha desarrollado otros contenidos que no tienen que ver propiamente con filiación, como por ejemplo el relativo al carácter de la donación de gametos y preembriones (art. 5 LTRHA). En este sentido, en relación con la derogada LTRA, vid. BLASCO (1991a, p. 61; 1991b, p. 712).

⁷ Sobre esta cuestión, vid. ALKORTA / FARNÓS (2017, pp. 167-170).

⁸ Vid., al respecto, los datos oficiales presentados por la Autoridad británica en materia de TRA: HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY (2014, p. 8). En Cataluña el número de ciclos de FIV-ICSI (una técnica que utiliza de forma combinada la fecundación “in vitro” y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides) con óvulos donados en 2013 ya representaba el 55’2% del total y el recurso a esta técnica con espermatozoides donados el 14’9%, porcentajes sensiblemente mayores a los de otros años: FIVCAT.NET (2016, p. 16).

⁹ Los casos decididos hasta la fecha tenían por objeto acciones encaminadas a conocer a los padres biológicos, ejercitadas por personas que habían sido tuteladas o adoptadas (*Gaskin c. Reino Unido*, 7.7.1989; *Odièvre c. Francia*, 13.2.2003; *Godelli c. Italia*, 25.9.2012), o acciones de reclamación de la filiación que pretendían establecer un vínculo jurídico con el padre biológico, cuestión que trasciende a la del conocimiento de los orígenes (*Mikulić c. Croacia*, 7.2.2002; *Jäggi c. Suiza*, 13.7.2006; *Backlund c. Finlandia*, 6.7.2010; *Mandet c. Francia*, 14.1.2016). Aunque en *Anayo c. Alemania*, 21.12.2010, el actor y padre biológico no ejercía propiamente una acción de reclamación de la paternidad, puesto que la legislación doméstica no

resolvería el TEDH un caso en que un ciudadano de un Estado Miembro concebido mediante donación anónima de gametos cuestionara la regla del anonimato, en especial si se tiene en cuenta el recurso frecuente, por parte del TEDH, al margen de apreciación de los estados¹⁰. En el derecho interno, sin embargo, en el caso *Rose v. Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embriology Authority*, ([2002] EWHC 1593 (ADMIN)), la *High Court* inglesa vinculó el derecho de las personas concebidas mediante gametos donados con el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH. A pesar de que la Autoridad británica en materia de TRA prescindió de este pronunciamiento, en 2004, solo 2 años después del mismo, el Parlamento británico aprobó una reforma a la *Human Fertilisation and Embriology Act* (en adelante, HFEA) que permitió por primera vez a las personas concebidas por donación en Reino Unido acceder a datos *identificativos* del donante o donantes.

En el plano internacional ningún convenio reconoce un derecho a conocer los orígenes. El art. 7 de la Convención internacional sobre los derechos del niño, de 1989, se limita a declarar “que el niño tendrá derecho a conocer a sus padres, *en la medida de lo posible*”, y reconoce la obligación de los Estados Miembros de garantizar la efectividad de estos derechos de acuerdo con sus legislaciones nacionales. Sin embargo, el precepto parece vincular la investigación sobre los orígenes con el establecimiento de la filiación¹¹. La cuestión que se plantea en este trabajo va más allá, y se centra en analizar si las personas concebidas mediante gametos donados deben poder acceder a sus orígenes, lo que no necesariamente debe ser relevante en materia de filiación.

3. Aproximaciones en derecho comparado

3.1. Del anonimato en sentido estricto a las políticas de “doble vía” y otras soluciones intermedias

A día de hoy al menos catorce ordenamientos ya han suprimido la regla inicial del anonimato del donante o han optado por ella *ex novo*. Asimismo, cada vez son más

se lo permitía, el caso también se pronuncia sobre la importancia de conocer los orígenes para la configuración de la propia identidad.

¹⁰ En efecto, la prohibición de acceso a una determinada TRA a los ciudadanos de un Estado Miembro es, para el TEDH, una de las denominadas “materias sensibles” que justifican el recurso a la doctrina del margen de apreciación: vid., entre otras, la sentencia de la Gran Sala en el caso *S.H. y otros c. Austria*, de 3.11.2011. En el caso se cuestionaba la prohibición, por la Ley de TRA austriaca, de la donación de óvulos y de la donación de esperma cuando tiene por objeto la práctica de una fecundación “in vitro”. Si bien la Sec. 1ª, en sentencia de 1 de abril de 2010, consideró que ambas prohibiciones carecían de una justificación objetiva y razonable, puesto que eran contrarias al art. 14 CEDH considerado conjuntamente con el artículo 8 CEDH, la Gran Sala, por sentencia de 3 de noviembre de 2011, avaló la ley al considerar que debe otorgarse un amplio margen de apreciación a los estados en materia de donación de gametos, por lo que en esta materia son admisibles tanto las políticas restrictivas como las permisivas. Un comentario de éste y otros casos de acceso a las TRA en los que el TEDH recurre a la misma doctrina puede verse en FARNÓS (2016, pp. 105-123).

¹¹ ORDÁS (2015, pp. 3-4).

frecuentes las opciones mixtas, como las llamadas políticas de “doble vía” (*double track*), que permiten revelar la identidad del donante, a solicitud del concebido, si en el momento de la donación el donante y las partes del proyecto parental aceptaron dicha posibilidad. Sus defensores consideran que es el sistema que permite un mejor balance entre todos los derechos implicados¹². En él se basan las directrices de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva, que aglutina la mayoría de centros de TRA de EE.UU.¹³, y que propone distintos niveles de información a los que pueden acceder los concebidos una vez alcanzada la edad legal, en función del alcance del consentimiento de donantes y padres en el momento de la donación: desde información no identificativa (nivel 1) a contacto personal identificativo (nivel 4)¹⁴. Por un modelo similar optó Islandia en 1996 (art. 4 *Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research*), Holanda hasta 2004, cuando se aprobó la ley que suprimió el anonimato del donante¹⁵, y Bélgica en 2007¹⁶. En la misma idea se inspira la práctica en otros países como Alemania, donde en ausencia de legislación en la materia rigen las directrices de los centros.

Más recientemente países latinoamericanos como Uruguay (2013)¹⁷ y Argentina (2014)¹⁸ han empezado a cuestionar la regla del anonimato en sentido estricto, a partir de soluciones intermedias. Aunque la solución propuesta en estos países no puede definirse propiamente como de “doble vía” y tampoco implica el reconocimiento legal de un derecho a conocer los orígenes, esta solución sí evidencia la tendencia creciente a favor de una mayor transparencia. En ambos casos se reconoce al concebido mediante gametos donados la posibilidad de solicitar judicialmente el conocimiento de la identidad del donante, de modo que la decisión última queda en manos de los jueces, cuyo papel será determinante en la interpretación del precepto. Esta aproximación más bien restrictiva sorprende especialmente en el caso argentino, donde por razones históricas recientes la legislación sí garantiza este derecho a las personas adoptadas. Posiblemente razones de prudencia explican una diferencia de trato que el tiempo dirá si, en la práctica, es tal, en especial porque el nuevo CC argentino subordina el ejercicio de este derecho por parte de los concebidos mediante TRA, a diferencia de lo que sucede respecto de los adoptados, a la existencia de “razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial”.

¹² PENNING (1997, pp. 2839-2844).

¹³ COHEN (2014, pp. 31-37).

¹⁴ ETHICS COMMITTEE ASRM (2009, pp. 22-27).

¹⁵ Vid. nota 20. JANSSENS *et al.* (2006, pp. 852-855).

¹⁶ *Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes* (M.B. 17.7.2007). La Ley belga parte de la regla general del anonimato, que solo puede obviarse si existe un acuerdo directo entre donante y parte receptora.

¹⁷ Arts. 21-24 Ley N° 19.167, de 22 de noviembre de 2013, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁸ Art. 564 *Código civil y comercial de la nación*, aprobado por Ley 26.994, de 1 de octubre de 2014.

3.2. La tendencia creciente a favor del conocimiento de la identidad del donante

Desde mediados de los años ochenta, con una ola especialmente acusada a partir del año 2000, varios países han evolucionado desde un sistema de donación anónima a uno de mayor transparencia, sobre todo en Europa y Australia. Entre los países europeos que ya han suprimido la regla del anonimato, la edad en que cada ordenamiento considera que la persona alcanza la madurez suficiente para poder acceder a la identidad donante por sí misma varía de los 14 años de Austria¹⁹, a los 18 años, que es la edad exigida en la gran mayoría de ordenamientos, pasando por los 16 años de Holanda²⁰. En algún caso, como el de Suecia, ello se deja a criterio de las autoridades administrativas.

En Europa, a la pionera ley sueca de 1984²¹ la siguieron la ley austriaca de 1992²², que solo permite acceder a la identidad del donante a los concebidos con espermatozoides donados, puesto que la donación de óvulos está prohibida en aquel país²³; la suiza de 2001, que es el único país que lo refleja en forma de principio en su Constitución²⁴; y la noruega de 2003²⁵. Estos dos últimos países solo lo permiten a los concebidos con espermatozoides donados por la misma

¹⁹ §20(2) Ley 275/1992 (*Fortpflanzungsmedizingesetz*).

²⁰ Ley de 25 de abril de 2002 (*Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting*), en vigor desde el 1 de junio de 2004. Esta Ley permite a los mayores de 16 años concebidos con gametos donados, ya se trate de espermatozoides u óvulos, solicitar información sobre la identidad del donante. Los mayores de 12 años solo pueden acceder a información no identificativa del donante. A los efectos de acceder a la información se creó una fundación sobre datos del donante, a la que pueden acceder las personas que sospechan o saben que fueron concebidas mediante gametos donados. Si el donante se opone a la provisión de información que le identifique, puesto que las razones o circunstancias de la donación pueden haber cambiado, la fundación debe sopesar los pros y contras y, salvo que existan razones poderosas a favor del donante, que la ley no especifica, debe prevalecer el deseo de la persona concebida mediante gametos donados: en este sentido, JANSSENS *et al.* (2006, p. 853).

²¹ Art. 4 Ley n° 1140, de 1984, de inseminación artificial. Dicha ley fue sustituida por la Ley n° 351, de 2006, de integridad genética, que contiene una previsión similar (cap. 6, sec. 5) y que, una vez permitida la donación de óvulos para FIV, también extiende el derecho a conocer a los concebidos mediante óvulos donados (cap. 7, sec. 7).

²² §20(2) Ley 275/1992 (*Fortpflanzungsmedizingesetz*).

²³ Vid. nota 10.

²⁴ Art. 119.2 g) Constitución suiza de 1999: "every person shall have access to data relating to their ancestry.". En este contexto, su Ley federal RS 810.11, sobre procreación médicamente asistida, de 18 de diciembre de 1998 (*Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*), en vigor desde 2001, que también prohíbe la donación de óvulos, reconoce el derecho de los concebidos mediante semen donado a obtener información personal sobre el donante, una vez cumplidos los 18 años (art. 27).

²⁵ §2-7 Ley n° 100, de 5 de diciembre de 2003, sobre la aplicación de la biotecnología en la medicina humana (*Act of 5 December 2003 No. 100 relating to the application of biotechnology in human medicine*).

razón. En 2004 Holanda y Reino Unido suprimieron el anonimato²⁶, y en 2006 lo hizo Finlandia²⁷.

Fuera de Europa destaca la tendencia seguida por los estados australianos, que dentro de sus competencias han ido aprobando legislación favorable a identificar al donante, incluso antes de la aprobación, en 2005, de las directrices éticas del *National Health and Medical Research Council* que declararon que las personas concebidas mediante gametos donados tenían derecho a conocer a sus padres genéticos, por lo que se puso fin a la donación anónima en todo el país²⁸. El primer estado en aprobar legislación favorable a la supresión del anonimato fue Victoria, en 1988²⁹, seguido de Australia del Oeste, en 2004³⁰, Nueva Gales del Sur, en 2007³¹, y Australia del Sur en 2010³². En líneas generales, una vez cumplidos los 18 años, las personas concebidas mediante esperma donado pueden acceder a un registro central y solicitar información identificativa del donante³³. Sin embargo, una modificación reciente a la legislación del estado de Victoria permite acceder a esta información incluso si la donación se llevó a cabo vigente la regla del anonimato. Se trata del primer ordenamiento que permite acceder a información sobre el donante, con independencia de la fecha de la concepción con gametos donados, lo que abarca a los

²⁶ En relación con Holanda, vid. nota 20. En Reino Unido, la *Human Fertilisation and Embryology Act* (1990) fue reformada por *The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004* SI 2004/1511. En la actualidad este reglamento complementa la sec. 24 HFEA (2008).

²⁷ Sec. 23 Ley n° 1237, de 22 de diciembre de 2006 (*Lag om assisterad befruktning*).

²⁸ *Ethical Guidelines on the Use of Assisted Reproductive Technology in Clinical Practice and Research* (2004). Al tratarse de directrices, éstas no pueden considerarse legalmente vinculantes en todos los estados australianos, salvo que cada estado se adhiera a las mismas. En Australia, todas las competencias no atribuidas al gobierno federal (*Commonwealth*) de forma expresa o implícita por la Constitución (sec. 51-52 *Commonwealth of Australia Constitution Act* de 1900) pertenecen a los estados. Ello explica que en determinadas materias de derecho de familia, como por ejemplo acceso a TRA, adopción y gestación por sustitución cada estado tenga su propia legislación, sin perjuicio de que la *Commonwealth* también pueda incidir en parte sobre estas materias, a través de la *Family Law Act* de 1975. Las *Family Law Regulations* de 1984 sirven de vínculo entre las regulaciones estatales y la *Family Law Act* federal, aportando uniformidad. En caso de conflicto entre la ley de un estado (*New South Wales, South Australia, Western Australia, Queensland, Tasmania y Victoria*) o territorio (*Northern Territory y Australian Capital Territory*) y la legislación federal, prevalece esta última (así lo establece la sec. 109 de la Constitución). Para más información al respecto, vid. SIFRIS (2014, pp. 90-91).

²⁹ A partir de la sec. 22 de la Ley de infertilidad de 1984 [*Infertility (Medical Procedures) Act 1984*] se creó, en 1988, el registro central que permitía las personas concebidas con gametos donados acceder a información identificativa del donante, *si éste había prestado su consentimiento al respecto*. El anonimato del donante se suprimió definitivamente en ese estado en 1995: sec. 79 de la Ley de infertilidad de 1995 [*Infertility (Medical Procedures) Act 1995*], que a su vez fue reformada en 2008 por la Ley n° 76 (*Assisted Reproductive Treatment Act*).

³⁰ La *Human Reproductive Technology Act*, N° 17 reformó la sec. 49 de la Ley de TRA 1991 en este punto.

³¹ Sec. 37 de la Ley n° 69 de Nueva Gales del Sur (*Assisted Reproductive Technology Act*).

³² Sec. 8(2)(a) del Reglamento de técnicas de reproducción asistida (2010), que modifica en este punto la sec. 9(1)(e) de la Ley de técnicas de reproducción asistida (1988).

³³ WISE / KOVACS (2014, p. 82). De acuerdo con la sec. 3 de la Ley N° 76 citada en la nota 29, “información identificativa” es aquella que puede revelar la identidad de una persona. Esta identificación puede producirse, de acuerdo con su sec. 64, de modo directo o indirecto.

nacidos antes de 1988 respecto de las donaciones anónimas de esperma y óvulos realizadas en el estado y a los concebidos entre 1988 y 1998 con esperma, óvulos o embriones, período durante el cual para acceder a información identificativa del donante se precisaba su consentimiento³⁴. Volveré sobre ello en el apartado 5.2 de este trabajo. Desde 2004 Nueva Zelanda sigue la tendencia de los estados australianos³⁵.

4. Posiciones

¿Cuáles han sido, a grandes rasgos, los argumentos más a menudo invocados por los partidarios y los detractores de la regla general consistente en el anonimato del donante?

A favor de mantener el anonimato se argumenta que el conocimiento de los orígenes entra en conflicto con el derecho a la intimidad del donante, de un lado, y el derecho a la vida privada familiar de las partes del proyecto parental, del otro³⁶. Se apunta también a que este conocimiento puede causar más perjuicios que beneficios a las personas concebidas de esta forma, puesto que es beneficioso que los menores crezcan sintiendo que forman parte de una familia, y en tanto que otorgar una importancia excesiva a la genética no es la mejor manera de garantizar el bienestar a las familias que no se basan en estos lazos, cuyos integrantes pueden tener igualmente una identidad del todo definida³⁷. Más allá de estos argumentos, con frecuencia también se recurre a tesis de base utilitarista que apuntan a que la supresión de la regla general del anonimato comportará una disminución de la demanda de TRA porque muchos potenciales donantes o padres no se someterán a las TRA si no se garantiza el anonimato de la donación³⁸, lo que a su vez tendrá un impacto negativo en el número de donaciones y, en último término, en las tasas de éxito de las TRA³⁹. Lo anterior, a su vez, podrá tener un claro impacto económico en países como España, con una creciente “industria de la fertilidad”⁴⁰. Se afirma, también, que no existe una demanda real de conocer los orígenes que justifique el reconocimiento de un derecho. En último término,

³⁴ Las reformas pueden consultarse en la última versión de la Ley N° 76 citada en la nota 29, disponible en: http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/arta2008360/. Vid., en particular, su parte 6, en relación con su sec. 146.

Para más información al respecto, vid. “Victoria’s world-first change to share sperm or egg donors’ names with children”, *The Conversation*, 28.2.2017: <http://theconversation.com/victorias-world-first-change-to-share-sperm-or-egg-donors-names-with-children-72417>

³⁵ Sec. 50 Ley n° 92 (*Human Assisted Reproductive Technology Act*).

³⁶ Se atiende también al derecho a la reproducción de las partes del proyecto parental, aunque no comparto tal planteamiento: vid. DE MELO MARTÍN (2014, pp. 28-35).

³⁷ PENNING (2014b), DE MELO MARTÍN (2014, p. 32) y WISE / KOVACS (2014, pp. 85-86).

³⁸ Indirectamente, este fue uno de los argumentos a que aludió la citada STC 1116/1999 para declarar la constitucionalidad del art. 5.5 LTRA (1988).

³⁹ FRITH (2001, pp. 822-823).

⁴⁰ LÓPEZ / MORENO (2015, p. 250).

se percibe el miedo a la irrupción del donante en la vida familiar, razón por la cual, todavía hoy, en aquellos ordenamientos que otorgan la opción de escoger a los potenciales padres y donantes, un porcentaje significativo de padres opta por el anonimato⁴¹.

A favor del derecho a conocer los orígenes, junto con argumentos basados en el derecho a la dignidad o la intimidad en sentido positivo, como posibilidad de controlar la información sobre uno mismo⁴², cobra fuerza el argumento según el cual los derechos de los concebidos ya no se perciben como simétricos respecto de los de los padres o donantes⁴³. Además, en tanto que es perjudicial para cualquier relación que una parte disponga de información relevante sobre la otra que esta última desconoce, se aconseja que las relaciones familiares se rijan por la honestidad, en especial dadas las consecuencias que puede tener descubrir esta información de forma accidental y a edades más avanzadas, como evidencian varios estudios⁴⁴. En contra de los argumentos de base utilitarista a los que recurren los partidarios del anonimato, estas tesis también sostienen que los estudios que relacionan la supresión del anonimato con la disminución del número de donaciones no son del todo concluyentes⁴⁵, entre otras razones porque contienen sesgos⁴⁶. Asimismo,

⁴¹ Las encuestas llevadas a cabo en uno de los bancos de semen más grandes de Holanda justo antes del cambio legislativo favorable a la supresión del anonimato, en 2004, pusieron de manifiesto que tras varios años de información y debate público sobre la cuestión un porcentaje todavía significativo de padres (37%) había optado por el anonimato, principalmente por el miedo a que un donante conocido pudiera interferir en la familia en un futuro: JANSSENS *et al.* (2006, p. 854). En sentido similar, respecto de Australia, WISE / KOVACS (2014, pp. 82-83) constatan que, a pesar de la tendencia legislativa y práctica, favorable a revelar la identidad del donante, el comportamiento de los padres sigue siendo, por lo general, contrario a ello.

⁴² En este sentido, desde el contexto de la adopción: GARRIGA (2000, pp. 248-249).

⁴³ En este sentido, BLAUWHOFF (2009, pp. 10-11, 342 y ss.) y CAHN (2009, p. 127, y 2014, pp. 1111-1112). En España, RIVERO (1988, pp. 157-158 y 162-163) y GARRIGA (2007, pp. 184-186).

⁴⁴ Vid., entre otros, NUFFIELD (2013, pp. 86 y ss.).

⁴⁵ Así lo ponen de relieve, entre otros, ADAMS / ULLAH / DE LACEY (2016, p. 630).

Vid. el informe británico que evidencia que el cambio legislativo que tuvo lugar en Reino Unido en 2004, dirigido a suprimir el anonimato, no ha evitado que los donantes sigan donando: NUFFIELD (2013, pp. 54 y ss.). En octubre de 2014, la directora ejecutiva del Banco Nacional de Donantes de Gametos confirmó estos datos, en tanto que en los diez años transcurridos desde la aprobación de la nueva legislación no solo ha habido más donantes, sino que éstos son más jóvenes, lo que ha conducido a tasas superiores de éxito de las TRA:

<http://www.hfea.gov.uk/9386.html>

En la misma línea, en relación con Australia, vid. ADAMS / ULLAH / DE LACEY (2016, pp. 628-636). Este estudio constata que en 2005, año en que se suprimió la regla del anonimato (vid. nota 28 de este trabajo) el número de donantes incrementó en un 42% en todo el país, con la excepción de Victoria, que había suprimido dicha regla años antes y que por ello no se tuvo en cuenta. Sin embargo, el estudio halla un incremento notable y regular de donantes en Victoria y el resto del país durante los años posteriores a la aprobación de las directrices favorables a la supresión del anonimato (2005-2012), respecto de los años previos (2000-2004), lo que pone en relación con la posible mayor voluntad de donar por parte de los hombres o con las mejoras en las campañas de captación de donantes: vid., en particular, el gráfico de la p. 633. Si bien el estudio se basa en datos aportados por centros de TRA australianos sobre donación de esperma entre 2000 y 2012, no cuenta con datos de todos los centros del país, aunque sí con datos adicionales proporcionados por registros estatales que le otorgan cierta exhaustividad.

en algunos países todavía es pronto para ver qué impacto tendrá la supresión del anonimato, en especial porque muchas de estas leyes son posteriores al 2000, de modo que los nacidos todavía no han cumplido la mayoría de edad que la ley exige para poder acceder a información sobre el donante. Lo mismo se afirma respecto de los estudios que consideran que no hay una demanda real de conocer los orígenes que justifique el reconocimiento de un derecho⁴⁷. En último término, las tesis de base utilitarista no pueden ser un argumento a tener en cuenta si hablamos del ejercicio de un derecho subjetivo.

5. *¿Cómo hacer efectivo el conocimiento de los orígenes?*

Desde el punto de vista práctico, uno de los mayores obstáculos a los que se enfrentan los ordenamientos en caso de suprimir la regla general del anonimato del donante consiste en determinar cómo hacer efectiva la posibilidad de conocer los orígenes si los padres legales pueden decidir, y son libres para hacerlo, no informar al hijo sobre este extremo. En estas circunstancias, ¿cómo se puede llegar a plantear el nacido que sus orígenes genéticos quizás no coinciden con los que siempre ha tenido como ciertos? Y, es más, ¿cómo puede llegar a preguntarse por la identidad del donante o donantes?

5.1. Publicidad

Ante la incertidumbre que comporta dejar en manos de los padres el suministrar esta información, en caso de optar por la supresión de la regla general del anonimato debería garantizarse al nacido que pudiera tener constancia del origen de su concepción, sin que ello supusiera una vulneración de otros derechos implicados, en especial el derecho del donante a la intimidad.

Una propuesta es, como se planteó sin éxito en Reino Unido⁴⁸ y Suecia⁴⁹, que esta información conste en el certificado de nacimiento, junto con la inscripción “de donante”. Estas propuestas, excesivamente intrusivas, solo han prosperado en el estado australiano de Victoria, que en 2008 optó por la inscripción del origen de la concepción en el registro de nacimiento, a través de la mención “donor conceived”. La persona concebida mediante gametos donados es la única que tiene acceso a un anexo del certificado, donde se

⁴⁶ Así, los partidarios de una mayor transparencia tienen más incentivos para participar en dichos estudios: vid. BLYTH (2012, p. 144), NELSON *et al.* (2013, p. 13), BEESON *et al.* (2011, pp. 2419 y 2422) y SCHEIB *et al.* (2005, pp. 244-247 y 251).

⁴⁷ Además, frente a esta objeción un estudio afirma que el deseo de conocer se percibe como “muy común” entre las personas concebidas mediante gametos donados en los ordenamientos donde el donante no es anónimo: NELSON *et al.* (2013, p. 39).

⁴⁸ WARNOCK (2002, p. 66).

⁴⁹ BLAUWHOFF (2009, pp. 343-345).

específica que existe más información al respecto⁵⁰. En contra de estas propuestas puede argumentarse que no corresponde a las autoridades estatales intervenir para asegurar que todas las personas concebidas de esta forma conozcan las circunstancias de su concepción, en especial porque debe protegerse el derecho a la intimidad de los donantes y de las personas receptoras de las TRA. También se apunta al carácter desproporcionado de la medida, razón por la cual se ha valorado la posibilidad de incluir en cada certificado de nacimiento un texto a modo de *disclaimer*, que dé noticia de que estos certificados no son necesariamente una garantía de la filiación por naturaleza, sino tan solo de la legal⁵¹.

La propuesta más respetuosa con los derechos de las partes implicadas, aunque en la mayoría de ordenamientos se encuentra en vías de implementación, es la de la creación de registros nacionales de donantes, en la línea iniciada por Holanda en 2004 y Reino Unido en 2008 [sec. 24 HFEA], con motivo de la supresión del anonimato. En Holanda se creó un registro público especial, custodiado por una Fundación (*Stichtingdonorkind*, SDKB), dependiente del Ministerio de Sanidad, en el cual los centros holandeses están obligados a depositar la información del donante y de los nacidos. En cuanto a las donaciones anteriores a 2004, los donantes y nacidos que lo deseen pueden inscribirse en la base de datos de ADN "FIOM", que se encarga de ponerlos en contacto⁵². Si el donante es identificado pero se opone a revelar la información, la fundación resuelve normalmente a favor de no revelar la identidad, salvo que existan razones específicas que aconsejen lo contrario.

Los sistemas de registros específicos, como también los de "doble vía" de que se da cuenta en el apartado 3.1 de este trabajo, pueden ser soluciones de transición mientras no se alcance el estadio posterior de incorporación de los datos al Registro Civil, como sucede en España en relación con el carácter adoptivo de la filiación, al cual hace mención mediante un sistema de publicidad restringida. Con esta garantía no se afecta el derecho a la intimidad de los padres ni del nacido.

5.2. Retroactividad

De optarse por una regla favorable a la supresión del anonimato, ¿debe ésta tener carácter retroactivo? Si efectivamente existe un derecho subjetivo a conocer los orígenes, como tal debería poder ejercerse siempre, con lo cual las justificaciones basadas en la irretroactividad de las disposiciones que garantizan este derecho dejarían de tener sentido. No obstante, tal medida entra en conflicto con la seguridad jurídica de quien donó bajo una regla de anonimato y de las personas que accedieron a esta modalidad de donación para hacer posible su proyecto parental. Ello explica por qué ninguna de las legislaciones que hasta el momento han optado por suprimir el anonimato del donante, a excepción de la

⁵⁰ BLYTH / FRITH (2009, pp. 184-186).

⁵¹ BLAUWHOFF (2009, pp. 359-360).

⁵² Más información en la página de FIOM, solo disponible en holandés: <http://www.fiom.nl>

reforma operada recientemente en el estado australiano de Victoria, lo ha hecho con carácter retroactivo⁵³. A lo sumo, algunos ordenamientos han optado por soluciones intermedias, como es el caso de Reino Unido, que acepta la supresión del anonimato con carácter retroactivo solo si quien donó antes de la entrada en vigor de la reforma de 2004 se inscribe de nuevo en el registro nacional de donantes como “identificable”⁵⁴. Una opción similar siguen Holanda⁵⁵ y Australia del Sur respecto de las donaciones hechas antes de la supresión del anonimato en 2010⁵⁶. Fuera de estos casos, otorgar imperativamente carácter retroactivo a una regla que no estaba en vigor cuando el donante llevó a cabo la donación entra en conflicto con el principio de buena fe⁵⁷, entendida como un deber de conducta, puesto que frustra la confianza que una actuación anterior ha generado en la contraparte, en este caso el donante⁵⁸.

Con base en esta confianza y en el contexto contractual en el cual tiene lugar la donación, informes recientes que recomiendan la supresión del anonimato del donante, como el realizado por encargo del Ministerio de asuntos sociales y de salud francés en 2014⁵⁹ o el presentado por el Senado australiano en 2011⁶⁰, consideran que debe preservarse el derecho a la intimidad del donante si en el momento de donar no fue informado de que el concebido lo podría llegar a conocer. La posible responsabilidad civil de los centros constituye un argumento de peso en las conclusiones de sendos informes.

Estos informes, junto con las soluciones intermedias por las que han optado algunos ordenamientos que favorecen la supresión del anonimato si quien donó se registra con posterioridad como “identificable”, prescinden de un actor esencial en la reproducción derivada de TRA con gametos donados: las partes del proyecto parental. Solo es relevante

⁵³ Vid. las referencias que preceden a la nota 34, en el apartado 3.2 de este trabajo.

⁵⁴ Sec. 24 HFEA (2008). Esta fue la posición considerada más justa por el Gobierno británico, dado que toma en consideración que cuando el donante donó, lo hizo entendiendo que su identidad permanecería en el anonimato, además de que revelar esta información con posterioridad podría tener efectos perjudiciales en su vida familiar o en su salud psicológica: en este sentido, NUFFIELD (2013, pp. 26 y 29-30).

⁵⁵ JANSSENS *et. al* (2006, p. 854).

⁵⁶ Sec. 15(8) Ley técnicas de reproducción asistida de 1988.

⁵⁷ Arts. 7.1 CCesp y 111-7 CCCat.

⁵⁸ En este sentido, el art. 111-8 CCCat, que lleva por título “Actos propios”, establece que “Nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si ésta tenía una significación inequívoca de la cual derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual.”. Ahora bien, dado que el campo de actuación más propicio para que entre en juego la mencionada doctrina es el patrimonial y no tanto el derecho de la persona o del estado civil, en la medida en que son actos que a menudo afectan el orden público y, por tanto, se sustraen del alcance de la autonomía de la voluntad, lo más procedente sería acudir, directamente, al principio de buena fe en el ejercicio de derechos: en este sentido, vid. EGEA (2011, pp. 70-71).

⁵⁹ THÉRY / LEROYER (2014, pp. 222 y 233).

⁶⁰ LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS REFERENCES COMMITTEE (2011, pp. 77-78 y 96).

la voluntad del donante, cuyo cambio de opinión puede tener efectos considerables en la vida privada familiar de los padres y de la persona concebida mediante gametos donados. Para evitar estos efectos, los padres deberían tener un rol activo en este proceso, lo que se podría conseguir a partir de dos cauces. En primer lugar, en ausencia de una reforma legal consistente en la supresión definitiva de la regla general del anonimato, se les podría permitir que escogieran la modalidad de donación al acceder a la técnica, de modo que la donación que recibirían procedería de un donante que escogió la misma opción, en la línea de los ordenamientos que han optado por las llamadas políticas de “doble vía” descritas en el apartado 3.1. En segundo lugar, como condición de acceso a las TRA se les podría exigir que aceptaran que la autoridad pública pudiera contactar al hijo, o éste a la autoridad pública, una vez alcanzada la mayoría de edad que fijara la ley, con el fin de acceder a datos identificativos del donante.

6. Conclusiones

Cuando los ordenamientos impiden a sus ciudadanos el acceso a información identificativa o no identificativa del donante están privando al concebido con sus gametos de un aspecto importante de su autonomía individual: la libertad de escoger qué significado otorga a los componentes genéticos de su identidad⁶¹. Aunque podría argumentarse que reconocer un derecho al conocimiento de los orígenes a las personas concebidas de esta forma debería implicar reconocer idéntico derecho a cualquier persona y, con ello, a las concebidas mediante reproducción sexual (pensemos, por ejemplo, en los casos de procreación por mujer sola), a mi modo de ver esta conclusión ignora que el punto de partida de ambas situaciones es distinto⁶². En la reproducción derivada de TRA, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la reproducción sexual, la intervención de personas ajenas al proceso reproductivo para hacer posible la concepción permite romper fácilmente la regla del anonimato. Se trata de una situación en la que las partes del proyecto parental pueden tener que aceptar que esta información será revelada si el donante, al hacer la donación, fue informado al respecto y el hijo, una vez alcanzada la mayoría legal prevista, decide hacer efectivo su derecho. Se trata, además, de un contexto en el que las decisiones reproductivas de las partes del proyecto no permanecen necesariamente en el anonimato de la relación íntima y, en consecuencia, el ordenamiento puede, respetando la seguridad jurídica, revelar estos datos. Estos extremos, junto con el componente intencional que es inherente a todo proceso de reproducción asistida pero no a todo acto de reproducción sexual, deben ser tenidos en cuenta.

En una materia como la que se ha abordado el cambio legislativo no es suficiente para que los concebidos mediante gametos donados puedan llegar a conocer la identidad del donante si así lo desean, puesto que no se puede obligar a los padres a informar a los hijos

⁶¹ RAVITSKY (2014, pp. 36-37).

⁶² Vid., al respecto, la propuesta provocativa de COHEN (2014, pp. 75-83) y mi respuesta (2014, pp. 112-115).

sobre el origen de la concepción⁶³. Una investigación llevada a cabo en Suecia en 2006 evidencia que, a pesar del cambio legislativo que tuvo lugar en ese país 1984, que suprimió el anonimato, muchas de las personas concebidas mediante gametos donados no eran informadas al respecto por sus padres⁶⁴. A conclusiones similares han llegado los estudios realizados en Holanda y Australia después de los cambios legislativos acaecidos en ambos países⁶⁵. Aunque algunas de las medidas propuestas para incentivar la revelación del origen de la concepción a los hijos, tales como la aprobación de legislación en este sentido con carácter retroactivo o la posibilidad de que estos datos consten en un registro público o en el certificado de nacimiento, se consideran desproporcionadas, sí conseguirían que padres e hijos discutieran esta cuestión antes que los segundos descubrieran inesperadamente su forma de concepción⁶⁶. Por el contrario, las llamadas políticas de “doble vía” (*double track*) constituyen soluciones de transición que deberían ser tenidas en cuenta por los ordenamientos una vez constatada la conveniencia de suprimir la regla general del anonimato del donante⁶⁷. También lo son las políticas que permiten evadir esta regla una vez la persona concebida alcanza la mayoría de edad fijada por la ley, puesto que tienen en cuenta que más allá de los intereses de donantes y padres deben prevalecer los del tercero que es parte directamente afectada por el proceso reproductivo con gametos donados. En cualquier caso, por cuestiones de seguridad jurídica, considero que donantes y padres deben poder conocer cuáles serán las “reglas del juego” en el momento de realizar la donación o de acceder a la técnica en cuestión.

La disociación cada vez mayor entre las diferentes esferas de la filiación, que las TRA no solo facilitan, sino que promueven; la tendencia hacia una sociedad con familias más basadas en los roles que en la biología y, en consecuencia, el alejamiento de la imagen del donante-padre, son argumentos que deben facilitar que el concebido mediante gametos donados, si así lo desea una vez alcanzada la madurez suficiente, pueda conocer la identidad del donante.

⁶³ En este sentido, el art. 235-50 CCCat, que lleva por título “Obligación de informar al hijo adoptado sobre la adopción”, establece que “Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor.”. Este precepto pasó a formar parte del Código civil de Cataluña, con la entrada en vigor de su Libro segundo, en 2011.

⁶⁴ SINGER (2007, p. 148).

⁶⁵ Vid. nota 41.

⁶⁶ WISE / KOVACS (2014, p. 83).

⁶⁷ Dichas políticas permiten revelar la identidad del donante, a solicitud del concebido, si el primero -al hacer la donación- y las partes del proyecto parental aceptaron dicha posibilidad, son más respetuosas con los derechos de las partes implicadas y con la seguridad jurídica: al respecto, vid. apartado 3 de este trabajo.

7. *Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Ponente Presidente</i>	<i>/ Partes</i>
STEDH, Gran Sala, 7.7.1989	TEDH 16	R. Ryssdal	<i>Gaskin c. Reino Unido</i>
STEDH, 1ª, 7.2.2002	JUR 78019	C.L. Rozakis	<i>Mikulić c. Croacia</i>
STEDH, Gran Sala, 13.2.2003	TEDH 8	L. Wildhaber	<i>Odièvre c. Francia</i>
STEDH, 3ª, 13.7.2006	JUR 210705	B.M. Zupančič	<i>Jäggi c. Suiza</i>
STEDH, 4ª, 6.7.2010	TEDH 81	N. Bratza	<i>Backlund c. Finlandia</i>
STEDH, 1ª, 1.4.2010	JUR 97861	C.L. Rozakis	<i>S.H. y otros c. Austria (I)</i>
STEDH, 5ª, 21.12.2010	JUR 410022	P. Lorenzen	<i>Anayo c. Alemania</i>
STEDH, Gran Sala, 3.11.2011	JUR 369437	J-P, Costa	<i>S.H. y otros c. Austria (II)</i>
STEDH, 2ª, 25.9.2012	TEDH 84	F. Tulkens	<i>Godelli c. Italia</i>
STEDH, 5ª, 14.1.2016	JUR 11815	A. Nußberger	<i>Mandet c. Francia</i>
STC, Pleno, 17.6.1999	RTC 116	P. García Manzano	<i>Federico T.F. c. Ley 35/1988, de 22 de noviembre (recurso inconstitucionalidad PP)</i>
STS, 1ª, 21.9.1999	RJ 6944	J. Almagro Nosete	<i>María M.V. c. Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales y Ministerio Fiscal</i>
High Court of Justice, Queen's Bench division, 26.7.2002	([2002] EWHC 1593 (ADMIN))	Justice S. Baker	<i>Rose v. Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embriology Authority (HFEA)</i>

8. *Bibliografía*

D.H. ADAMS / S. ULLAH / S. DE LACEY (2016), "Does the removal of anonymity reduce sperm donors in Australia?", *Journal of Law and Medicine*, 23 (3), pp. 628-636.

I. ALKORTA / E. FARNÓS AMORÓS, "Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio", *Oñati Socio-Legal Series*, 7 (1), 2017, pp. 148-178.

AUSTRALIAN HEALTH ETHICS COMMITTEE, *Ethical Guidelines on the Use of Assisted Reproductive Technology in Clinical Practice and Research*, NHMRC, 2004, pp. 1-71 (disponible on-line).

D.R. BEESON / P.K. JENNINGS, W. KRAMER (2011), "Offspring searching for their sperm donors: how family type shapes the process", *Human Reproduction*, 26 (9), pp. 2415-2424.

F. BLASCO GASCÓ (1991a), "Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, pp. 41-67.

-- (1991b), "La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación", *Anuario de Derecho Civil*, 44 (2), pp. 697-718.

R.J. BLAUWHOFF (2009), *Foundational facts, relative truths. A comparative law study on children's right to know their genetic origins*, Intersentia, Antwerp.

A. BÜCHLER / H. KELLER (Eds.) (2016), *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland.

E. BLYTH (2012), "Discovering the 'facts of life' following anonymous donor insemination", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 26 (2), pp. 143-161.

E. BLYTH / L. FRITH (2009), "Donor-conceived people's access to genetic and biographical history: An analysis of provisions in different jurisdictions permitting disclosure of donor identity", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 23 (2), pp. 174-191.

N. CAHN (2009), *Test tube families: why the fertility market needs legal regulation*, NYU Press, New York.

-- (2014), "Do tell! The rights of donor-conceived offspring", *Hofstra Law Review*, 42, pp. 1077-1124.

G. COHEN (2014), "Las recientes controversias sobre la tecnología reproductiva en los Estados Unidos", en Glenn COHEN / Esther FARNÓS AMORÓS, *Derecho y tecnologías reproductivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 11-98.

J. EGEA FERNÁNDEZ (2011), "Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya", Discurso de ingreso en la *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, pp. 5-71.

ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE (2009), "Interests, obligations, and rights of the donor in gamete donation", *Fertility and Sterility*, 91 (1), pp. 22-27.

E. FARNÓS AMORÓS (2014), "La regulación de la reproducción asistida: problemas, propuestas y retos", en Glenn COHEN / Esther FARNÓS AMORÓS, *Derecho y tecnologías reproductivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 99-139.

-- (2016), "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia", *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas bioéticas*, Núm. 36, pp. 105-123 (disponible *on-line*).

FIVCAT.NET (2016), *Estadística de la reproducción humana asistida a Catalunya, 2013 (taules de resultats detallats i metodologia)*, FIVCAT.NET, Barcelona, pp. 1-50 (disponible *on-line*).

M. GARRIGA GORINA (2000), *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Elcano.

-- (2007), "El conocimiento de los orígenes genéticos de la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero", *Derecho Privado y Constitución*, 21, pp. 167-228.

L. FRITH (2001), "Gamete donation and anonymity. The ethical and legal debate", *Human Reproduction*, 16 (5), pp. 818-824.

HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY (2014), *Egg and sperm donation in the UK: 2012-2013*, HFEA, London, pp. 1-23 (disponible *on-line*).

P.M. JANSSENS / A.H. SIMONS / R.J. VAN KOOIJ / E. BLOKZIJL / G.A. DUNSELMAN (2006), "A new Dutch Law regulating provision of identifying information of donors to offspring: background, content and impact", *Human Reproduction*, 21 (4), pp. 852-856.

LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS REFERENCES COMMITTEE (2011), *Donor conception practices in Australia*, Commonwealth of Australia, Canberra (disponible *on-line*).

J.J. LÓPEZ GÁLVEZ / J.M. MORENO GARCÍA (2015), "Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?", en P. BENAVENTE MOREDA / E. FARNÓS AMORÓS (Dir.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Núm. 2179, pp. 239-265.

J. MASSON (2006), "Parenting by Being; Parenting by Doing - In Search of Principles for Founding Families", en J. R. SPENCER / A. DU BOIS-PEDAIN (Eds.), *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, Hart, Oxford and Portland, Oregon, pp. 131-155.

I. DE MELO MARTÍN (2014), "The ethics of anonymous gamete donation: is there a right to know one's genetic origins?", *Hastings Center Report*, March-April, pp. 28-35.

M.K. NELSON, R. HERTZ, W. KRAMER (2013), "Making sense of donors and donor siblings: a comparison of the perceptions of donor-conceived offspring in lesbian-parent and heterosexual-parent families", *Wellesley College Digital Scholarship and Archive*, pp. 1-45.

NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS (2013), *Donor conception: ethical aspects of information sharing*, London (disponible on-line).

M. ORDÁS ALONSO (2015), "El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1, 1-39 (BIB 2015\18278).

G. PENNINGS (1997), "The 'double track' policy for donor anonymity", *Human Reproduction*, 12 (12), pp. 2839-2844.

-- (2014a), "Donación anónima y no anónima: pros y contras", en Giuliana BACCINO (Ed.), *Reproducción humana asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos*, Tirant humanidades, Valencia, pp. 301-319.

-- (2014b), "Toda Europa viene a España a buscar óvulos", *La Vanguardia*, 20 mayo (La contra) (disponible on-line).

V. RAVITSKY (2014), "Autonomous choice and the right to know one's genetic origins", *Hastings Center Report*, March-April, pp. 36-37.

F. RIVERO HERNÁNDEZ (1988), "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial", en AA.VV., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, pp. 141-168.

JE SCHEIB / M. RIORDAN / S. RUBIN (2005), "Adolescents with open-identity sperm donors: reports from 12-17 year olds", *Human Reproduction* 20(1), pp. 239-252.

F. SHENFIELD / J. DE MOUZON / G. PENNINGS / A.P. FERRARETTI / A. NYBOE ANDERSEN / G. DE WERT (2010), "Cross border reproductive care in six European countries", *Human Reproduction* 25 (6), pp. 1361-1368.

A. SIFRIS (2014), "Gay and lesbian parenting. The legislative response", en A. HEYES / D. HIGGINS (Eds.), *Families, policy and the law. Selected essays on contemporary issues for Australia*, Australian Institute of Family Studies, Melbourne, pp. 89-99.

A. SINGER (2007), "Between genetic and social parenthood - A legal dilemma: establishment of legal parenthood in Sweden", en A. SPICKHOFF / D. SCHWAB / D. HENRICH / P. GOTTWALD (Eds.), *Streit um die Abstammung: ein europäischer Vergleich*, Giesecking, Bielefeld, pp. 139-148.

N. TERRIBAS SALA / E. FARNÓS AMORÓS (Coords.) (2016), *El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona*, Generalitat de Catalunya - Comitè de Bioètica de Catalunya (documento aprobado en la 97ª reunión plenaria del CBC), *Butlletí de Bioètica*, 19, pp. 1-30 (disponible *on-line*).

I. THERY / A.M. LEROYER (2014), *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère des Affaires sociales et de la Santé - Ministère délégué chargé de la Famille, Paris.

M. WARNOCK (2002), *Making babies. Is there a right to have children?*, Oxford University Press, Oxford.

S. WISE / G. KOVACS (2014), "Secrecy, family relationships and the welfare of children born with the assistance of donor sperm. Developments in research, law and practice", en A. HEYES / D. HIGGINS (Eds.), *Families, policy and the law. Selected essays on contemporary issues for Australia*, Australian Institute of Family Studies, Melbourne, pp. 81-87.

La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)

Mònica Vinaixa Miquel

Profesora visitante de Derecho internacional privado
Universitat Pompeu Fabra

*Abstract**1

El 24 de junio de 2016, con el objetivo de facilitar la vida de los ciudadanos y de las parejas internacionales, en particular en situaciones transfronterizas a las que pueden verse expuestas, el Consejo adoptó mediante la cooperación reforzada el Reglamento sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de regímenes económicos matrimoniales (Reglamento 2016/1103) y el Reglamento sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (Reglamento 2016/1104). Con su aprobación ha quedado cubierto un importante vacío del actual Derecho Internacional Privado de la UE en materia de familia. Ambos Reglamentos son instrumentos de Derecho Internacional Privado a través de los cuales la UE busca establecer un marco legal claro e uniforme sobre la materia. Los nuevos Reglamentos no afectan al derecho sustantivo de los Estados miembros sobre los regímenes económicos matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas. La autonomía de las partes, que aparece como la principal de las conexiones en el ámbito de la ley aplicable, aporta enormes ventajas, a diferencia de las conexiones subsidiarias aplicables en ausencia de elección de ley por las partes, particularmente en los procedimientos sobre la liquidación del régimen económico matrimonial / efectos patrimoniales de las uniones registradas como resultado de una crisis matrimonial o de pareja o debido a la muerte de uno de sus miembros. Como veremos, la elección de la ley por las partes es la conexión que mejor puede conseguir la coordinación de los diferentes Reglamentos de la UE que pueden tener que aplicarse en un mismo procedimiento judicial, por ejemplo, el Reglamento 1259/2010 sobre divorcio, separación legal y nulidad matrimonial, el Reglamento 650/2012 sobre sucesiones y los Reglamentos 2016/1103 o 2016/1104, adoptados recientemente. Si las partes eligen una ley como aplicable a las distintas pretensiones de la demanda, el tribunal competente tan sólo tendrá que aplicar una única ley, con las ventajas que ello conlleva en la práctica. El problema es que los diferentes Reglamentos UE no contienen normas uniformes sobre la autonomía de la voluntad conflictual. No obstante, la coordinación entre instrumentos es más difícil de lograr a través de las conexiones subsidiarias previstas por los diferentes Reglamentos UE, en la medida que las mismas se encuentran fijadas en períodos distintos. Mientras que los Reglamentos 1259/2010 y 650/2012 fijan las conexiones al final de la vida matrimonial o en pareja, los dos nuevos Reglamentos las fijan a su inicio (regla de inmutabilidad). En la presente contribución se centra la atención en la autonomía de la voluntad conflictual, pero también se aborda la incidencia de las leyes de policía de la ley del foro (como ciertas normas del régimen matrimonial primario), que serán aplicables con independencia de la ley rectora del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, el límite que supone la protección de los derechos de los terceros, así como también el papel que juega la excepción de orden público en este ámbito material, que en la práctica operará, particularmente, cuando la ley aplicable sea la de un tercer Estado.

On June 24, 2016, with the aim of facilitating the citizens and international couples' life, in particular, in cross-border situations to which they may be exposed, the Council adopted by way of the enhanced cooperation, the Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (2016/1103 Regulation) and the Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions regarding

*Artículo cerrado el 10 de noviembre de 2016.

the property consequences of registered partnerships (2016/1104 Regulation). With their approval an important gap in the current EU Private International Law on Family matters have been covered. Both of them are Private International Law instruments through which EU seeks to establish a clear and uniform legal framework on the subject. The new Regulations do not affect the substantive law of the Member States on Matrimonial Property Regimes and Property consequences of Registered Partnerships. The party autonomy has enormous advantages in the field of applicable law, unlike the subsidiary connecting factors applicable in the absence of choice of law by the parties, particularly in procedures about the liquidation of matrimonial/registered partnership property regime as a result of its breakdown or because of the death of one of the partners. As we will see, choice of law is the best connecting factor for the coordination of the different EU Regulations that can be applied in the same procedure, for example, the 1259/2010 Regulation on divorce and legal separation, the 650/2012 Regulation on successions and the 2016/1103 or the 2016/1104 Regulations recently adopted. If the parties choose one law as applicable to the different claim petitions, the competent court will have to apply only one law. The problem is that different Regulations do not contain uniform rules on choice of law. However, this result it is more difficult to be achieved through the objective connecting factors of the different UE Regulations as they are fixed in different periods. While the 1259/2010 and 650/2012 Regulations fix the connecting factors at the end of the couple's life, the new Regulations fixes them at its beginning (immutability rule). The aim of this contribution is party autonomy, however it is also taken into account the influence of the overriding mandatory provisions (such as certain rules of the primary matrimonial regime) which are applicable irrespective of the law otherwise applicable to the matrimonial or registered partnership property regime under the Regulations, the protection of third party rights as well as the role of the public policy in this field, which particularly operates when the applicable law is that of a third state.

Title: The party autonomy in the new EU Regulations on Matrimonial Property Regimes (2016/1103) and Property consequences of Registered Partnerships (2016/1104)

Palabras clave: Régimen económico matrimonial. Efectos patrimoniales de las uniones registradas. Derecho internacional privado. Unión Europea. Régimen matrimonial primario. Leyes de policía. Competencia judicial internacional. Ley aplicable. Autonomía de la voluntad. Excepción de orden público.

Key words: Matrimonial Property Regime. Property consequences of Registered Partnerships. Private International Law. European Union. Primary matrimonial regime. Overriding mandatory provisions. Jurisdiction. Applicable Law. Party autonomy. Public Policy.

1. Introducción

La creciente movilidad de las personas en el seno de la UE implica un aumento significativo de uniones, matrimoniales o no matrimoniales, entre nacionales de Estados distintos, así como la presencia de parejas en el territorio de un Estado del que no son nacionales. En muchos casos las parejas adquieren bienes situados en el territorio en el que residen (que no es el de su nacionalidad) o en el territorio de otros Estados miembros, planteándose en la práctica tanto problemas derivados de la gestión cotidiana de tales bienes como a la hora de repartirlos, ya sea debido a la separación o ruptura de la pareja o al fallecimiento de uno de sus miembros.

Con la idea de facilitar la vida de los ciudadanos y de las parejas mixtas, en particular, en el marco de las situaciones transfronterizas, el 16 de marzo de 2011² el Consejo adoptó dos Propuestas de Reglamento, una relativa a la competencia, la ley aplicable el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales³, y otra que abordaba los mismos sectores del Derecho internacional privado pero en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas⁴. Los trámites con respecto a su adopción parecían estar totalmente paralizados, sin embargo, el 3 de diciembre de 2015 se celebró una reunión en la que el Consejo no consiguió un acuerdo por unanimidad de sus últimas versiones de 26 de noviembre de 2015⁵ debido a que países como Polonia y Hungría eran muy reacios a su adopción. Ante las dificultades para conseguir su aprobación, algunos países se mostraron dispuestos a proceder a su adopción por la vía de la cooperación

² Los orígenes de los trabajos hacia la adopción de los Reglamentos sobre regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas se remontan al Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptado en Viena el 3 de diciembre de 1998 (DO C19 0628 final). En el año 2003 la Comisión encargó al Instituto Asser y al Departamento de Derecho internacional de la Universidad Católica de Lovaina un Estudio sobre los regímenes matrimoniales de las parejas casadas y sobre el patrimonio de las parejas no casadas en el Derecho internacional privado y el Derecho interno de los Estados miembros de la Unión Europea (*Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le Droit international privé et le Droit interne des Etats membres de l'Union Européenne* (JAI/A3/2001/03), pp. 1-249). Un año después, el Programa de La Haya de 2004 recogió entre sus prioridades para reforzar la eficiencia en la justicia y mejorar el reconocimiento mutuo y el acceso efectivo a la justicia, la elaboración de un Libro Verde sobre conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, que fue publicado en el 2006.

³ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, Bruselas, 16 de marzo de 2011, COM (2011) 126 final.

⁴ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, Bruselas, 16 de marzo de 2011, COM (2011) 127 final.

⁵ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, Bruselas, 26 de noviembre de 2015, JUSTCIV 276 y Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, Bruselas, 26 de noviembre de 2015, JUSTCIV 277.

reforzada⁶, al igual que se hiciera en su momento con el Reglamento (UE) 1259/2010 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 (en adelante, Reglamento 1259/2010 o Reglamento Roma III), y fue a través de dicho procedimiento, y previa la autorización del Consejo⁷, que el pasado 24 de junio de 2016 fueron aprobados el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales⁸ (en adelante, Reglamento 2016/1103) y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas⁹ (en adelante, Reglamento 2016/1104). Con ambos instrumentos se pretende que el régimen patrimonial del matrimonio y de la unión registrada, es decir, las normas que rigen las relaciones patrimoniales entre sí y con respecto a terceros, sean las mismas, sea cual sea la naturaleza de sus bienes, el país en el que se encuentren, la autoridad que conoce y los terceros a los que afecte. De esta manera se favorece la libre circulación de personas, de capitales y se genera seguridad jurídica¹⁰.

Los dos nuevos Reglamentos, sin duda alguna, vienen a cubrir un importante vacío del actual Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de familia¹¹. Son, en definitiva, los últimos instrumentos del proceso de europeización del Derecho internacional privado de familia y sucesiones¹².

Se trata de Reglamentos de Derecho internacional privado a través de los cuales se pretende establecer un marco jurídico claro e uniforme sobre la materia en el seno de la UE.

⁶ Entre diciembre de 2015 y marzo de 2016, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Portugal, la República Checa y Suecia se dirigieron a la Comisión para expresar su deseo de establecer una cooperación reforzada entre sí en el ámbito de los regímenes económicos de las parejas internacionales. Estonia ya ha anunciado que se sumará a los nuevos Reglamentos tras su adopción.

⁷ Vid. la Decisión UE 2016/954, de 9 de junio de 2016, por la que se autoriza la cooperación reforzada por parte del Consejo.

⁸ *DOUE* L 183/1, de 8 de julio de 2016.

⁹ *DOUE* L 183/30, de 8 de julio de 2016.

¹⁰ El Informe presentado por la Comisión, de 27 de octubre de 2010, sobre la Ciudadanía de la Unión: la eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la Unión, COM (2010) 603, puso de relieve que uno de los obstáculos que dificultan a la ciudadanía de la Unión el pleno ejercicio de sus derechos y, en particular, el derecho a la libre circulación, son las incertidumbres en cuanto a los derechos de propiedad de las parejas internacionales formadas, por ejemplo, por nacionales de distintos Estados miembros o residentes en un Estado miembro distinto del de origen.

¹¹ Vid. BONOMI: 2014, p. 231.

¹² Tal y como ponen de relieve FERNÁNDEZ ROZAS en su reciente comentario a los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS: 2016, p. 29 y QUINZÁ REDONDO: 2013, p. 539.

Son textos que no afectan al derecho sustantivo de los Estados Miembros en materia de regímenes económicos matrimoniales y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas. La UE no tiene atribuida competencia para armonizar o unificar el Derecho sustantivo en materia de familia, cuya regulación es competencia exclusiva de cada Estado miembro. Sin embargo, existe un amplio consenso doctrinal en torno a que la UE puede y debe actuar en este sector del Derecho¹³, aunque ésta debe ser una tarea posterior a la unificación de las normas de conflicto en el seno de la UE. La unificación conflictual y la armonización o uniformización material constituyen un excelente complemento para la consecución de los principios de seguridad jurídica, previsibilidad y de libre circulación de las parejas en el seno de la UE¹⁴. Asimismo, si en un futuro llega a alcanzarse una uniformización o armonización del Derecho de Familia, la operatividad de la excepción de orden público en el ámbito intracomunitario quedará totalmente desactivada en la medida que los Estados miembros compartirán valores y principios comunes sobre la materia¹⁵. Aunque cabe señalar que, hoy por hoy, las disparidades existentes entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas tampoco son tan acentuadas como para que en la práctica dicho correctivo resulte de aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para descartar la aplicación de la ley de otro Estado miembro. El recurso a la citada excepción se produce, mayoritariamente, cuando la ley designada aplicable es la de un tercer Estado cuya aplicación pueda resultar manifiestamente contraria al orden público del foro.

Los principales obstáculos que precedieron a la aprobación de ambos Reglamentos y que en un futuro complicarán una eventual armonización o uniformización del derecho sustantivo de los Estados miembros sobre la materia, son¹⁶: la heterogeneidad existente en materia de regímenes económicos matrimoniales entre los distintos Estados Miembros de la UE tanto a nivel de derecho material¹⁷ como de derecho conflictual¹⁸; así como también el

¹³Vid. PINTENS: 2003, p. 25, donde el autor expone el debate doctrinal en torno a la posibilidad de utilizar el art. 308 TFUE como base jurídica para proceder a la armonización del Derecho de los Estados miembros sobre la materia. Según PINTENS, un régimen económico matrimonial europeo es deseable y éste supondría un gran paso hacia la europeización del Derecho de familia y sucesiones, a pesar de que considera que es cuestionable hasta qué punto dicho proceso es necesario para la consecución de los objetivos del mercado común. Otros trabajos a tener en cuenta son GONZÁLEZ BEILFUSS: 2004, p. 178; GONZÁLEZ BEILFUSS: 2007, pp. 437 y 438; BOELE-WOELKI, FERRAND, GONZÁLEZ BEILFUSS, JÄNTERÄ-JAREBORG, LOWE, MARTINY & PINTENS (Eds.): 2013.

¹⁴ Vid. MARTINY: 2011, pp. 429-457.

¹⁵Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: 2013, p. 179, trabajo en el que el autor manifiesta que la progresiva eliminación de la operatividad de la cláusula de orden público en la dimensión intracomunitaria es imparable.

¹⁶ Vid. BOELE-WOELKI: 2012, pp. 46 y 47; KROLL: 2008, pp. 379-393; RODRÍGUEZ PINEAU: 2011, pp. 939 y 940.

¹⁷ A modo de síntesis, podemos señalar que, en la Unión Europea existen dos grandes grupos de regímenes económicos matrimoniales, los basados en un sistema de comunidad y los que parten de la separación de bienes, dentro de los que se incluyen los sistemas de participación. (Vid. Principios de la Comisión sobre Derecho de Familia Europeo (CEFL) sobre relaciones patrimoniales entre cónyuges). Un

distinto reconocimiento o aceptación, incluso dentro de un mismo ordenamiento jurídico, de las uniones entre personas de distinto sexo y de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo y la disparidad de soluciones conflictuales, inexistentes en algunos Estados, con respecto a este tipo de uniones no matrimoniales¹⁹. Con la adopción de ambos Reglamentos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros vinculados por dichos instrumentos dispondrán de una regulación común que reducirá los actuales problemas de *fórum shopping* y de *law shopping* que se producen en los litigios sobre esta materia²⁰.

En la presente contribución el objeto de estudio no es realizar un análisis detallado y completo de los dos recientes Reglamentos adoptados en el seno de la UE, sino centrar la atención en tres cuestiones que a nuestro juicio son de especial interés en este ámbito material y que a su vez se enmarcan dentro de los tópicos que fueron objeto de estudio y de debate en el Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, Catedrática de Derecho internacional privado, que bajo el título “Orden público interno, europeo e internacional en el ámbito civil” se celebró en la Universitat Pompeu Fabra el mes de diciembre de 2015 y cuyos trabajos se publican en este número de la revista *InDret*. En primer lugar, nos

interesante estudio de Derecho comparado sobre los distintos regímenes económicos matrimoniales puede encontrarse en BOELE-WOELKI, BRAAT, CURRY-SUMMER (Eds.): 2009; BONOMI & STEINER: 2006 y en el *Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le Droit international privé et le Droit interne des Etats membres de l'Union Européenne* (JAI/A3/2001/03) elaborado por el Asser Institut y la Universidad Católica de Lovaina, pp. 1-249. También abordan la disparidad material existente en este ámbito del Derecho de Familia, PINTENS: 2003, pp. 9 a 12; PINTENS: 2011, pp. 19-45 y QUINZÁ REDONDO: 2016, pp. 259-276.

¹⁸ Por ejemplo, algunos ordenamientos jurídicos no disponen de normas de conflicto específicas sobre regímenes económicos matrimoniales; en cambio, otros ordenamientos jurídicos sí que disponen de tales normas, que pueden ser convencionales o de Derecho internacional privado autónomo. Algunos de estos ordenamientos no admiten la conexión basada en la autonomía de la voluntad conflictual, mientras que otros sí. Hay algunos ordenamientos que la admiten como primera conexión. En cambio, otros ordenamientos jurídicos, como el español, la admiten, pero como conexión subsidiaria a la ley de la nacionalidad común (vid. art. 9.2 C.c). Con respecto a las uniones no matrimoniales, algunos ordenamientos jurídicos no disponen de normas de conflicto específicas para determinar la ley aplicable a la constitución y a los efectos de las uniones registradas (Noruega y España), mientras que otros sí (Países Bajos, Dinamarca, Bélgica, Austria, Alemania, Francia y Reino Unido), partiendo, la mayoría de ellos, de la aplicación de la ley del registro de la unión tanto a la constitución como a los efectos de la unión registrada.

¹⁹ En algunos Estados se pueden registrar como uniones estables personas del mismo sexo, mientras que en otros no. Asimismo, los requisitos de constitución de las parejas no matrimoniales son distintos en los diferentes Estados miembros (la mayoría exigen que haya una vinculación con el territorio en el que quiere registrarse la unión, como por ejemplo, la residencia o la nacionalidad de uno o ambos miembros de la pareja en el territorio del Estado del Registro y que tengan residencia en dicho Estado durante un período más o menos prolongado de tiempo previa la inscripción en dicho Estado; otros, en cambio no exigen ninguna vinculación, es decir, que se puede solicitar el registro en su territorio sin exigencias de residencia, como por ejemplo, Alemania). En algunos Estados también se admiten formas de cohabitación no registradas de carácter homosexual y heterosexual. Vid. los estudios de Derecho internacional privado comparado sobre las uniones no matrimoniales, tanto de distinto como del mismo sexo, y de los matrimonios entre personas del mismo sexo de GONZÁLEZ BEILFUSS: 2004 y QUIÑONES ESCÁMEZ: 2007.

²⁰ Vid. QUINZÁ REDONDO: 2016, pp. 214 a 221, p. 230 y p. 295; MARTINY: 2007, p. 84.

referiremos al ámbito de aplicación de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, centrandó especialmente la atención en una de los aspectos más espinosos y que más debate generó en el marco del Libro verde de 2006 sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo²¹, que es la relativa la inclusión o exclusión del régimen primario dentro de su ámbito material de aplicación. Esta cuestión nos obligará a realizar una calificación de las normas que configuran el régimen primario. Se trata de determinar si todas las normas del régimen primario son imperativas y, de serlo, si éstas pueden o no aplicarse a los supuestos de tráfico jurídico externo. Las normas imperativas constituyen un límite a la autonomía de la voluntad, cuyo reconocimiento es amplio en ambos Reglamentos, tanto en sede de competencia judicial internacional como de derecho aplicable. En segundo lugar, abordaremos el importante papel atribuido por el legislador de la UE a la autonomía de la voluntad de las partes en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, centrandó especialmente la atención en su operatividad, sus límites y las ventajas que conlleva en el ámbito del derecho aplicable en comparación con las conexiones subsidiarias, que también serán abordadas. Este apartado relativo a la autonomía de la voluntad de las partes constituirá el núcleo de nuestra contribución. Por último, se hará referencia a las cláusulas generales de orden público contenidas en el art. 31 de ambos Reglamentos, las cuales en la práctica básicamente resultarán operativas cuando la ley designada por las normas de conflicto de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 sea la de un tercer Estado cuya aplicación sea manifiestamente contraria a los principios que configuran el orden público del foro.

2. Ámbito de aplicación de los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104

El principal objeto de nuestra contribución es analizar el papel que el legislador de la UE ha atribuido a la autonomía de la voluntad de las partes en ambos Reglamentos. Sin embargo, previamente es preciso delimitar el ámbito de aplicación de los nuevos Reglamentos y centrar la atención en una de las cuestiones que fue más controvertida durante los trámites previos a su adopción, que es la relativa a si el régimen matrimonial primario o el régimen primario de la pareja registrada está o no incluido en el ámbito material de aplicación de los nuevos Reglamentos. El régimen primario constituye, por naturaleza, un límite a la autonomía de la voluntad en la medida que está compuesto, entre otras, por el conjunto de normas referidas a la economía del matrimonio a las que se encuentran sujetos todos los

²¹ Libro verde de 2006 sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, (SEC (2006) 952)/COM/2006/400 final. El Libro Verde es el resultado de la invitación que en el año 2004 el Consejo dirigió a la Comisión con la idea de que, a lo largo del año 2006, presentara un Libro verde sobre conflicto de leyes en materia matrimonial que incluyera la competencia y el reconocimiento mutuo, circunstancia que llevó a la presentación de un cuestionario con preguntas sobre relaciones económicas derivadas de las uniones matrimoniales y sobre las surgidas de las uniones no matrimoniales.

matrimonios con carácter imperativo, independientemente de si se rigen por un régimen de comunidad de bienes o de separación²². Teniendo en cuenta que el régimen primario posee, en parte, una naturaleza imperativa y que el legislador de la UE en ambos Reglamentos atribuye un importante protagonismo a la autonomía de la voluntad conflictual, resulta a nuestro juicio esencial hacer referencia a esta cuestión.

2.1.Ámbito material

a) Relaciones patrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas

El Reglamento 2016/1103 se aplica a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con respecto a terceros, abarcando la liquidación del régimen económico matrimonial como consecuencia de la crisis del matrimonio o de la muerte de uno de sus integrantes (art. 1.1). El Reglamento 2016/1003 posee el mismo ámbito de aplicación, pero con respecto a las uniones registradas²³. Es decir que, quedan fuera del alcance de los dos nuevos Reglamentos las relaciones personales entre los cónyuges y entre los miembros de la unión registrada. Según el art. 1.2 de ambos Reglamentos, se encuentran expresamente excluidas de su ámbito material de aplicación: la capacidad, las obligaciones de alimentos, las donaciones, los derechos sucesorios del miembro de la pareja superviviente, las sociedades, los derechos reales y su publicidad registral, los derechos a pensiones nacidos a lo largo del matrimonio en caso de crisis de la pareja, así como también, las cuestiones previas, tales como la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio y de las uniones registradas, que quedan reguladas por los derechos nacionales de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho Internacional Privado²⁴.

El Reglamento 2016/1103 no incorpora una definición uniforme y autónoma de “matrimonio”, en cambio, sí que ofrece una definición de “unión registrada” a efectos de su aplicación el nuevo Reglamento 2016/1104. Según su art. 2.1, por unión registrada se entiende “el régimen de vida en común de dos personas regulado por la ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple con las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación”. Sin embargo, el considerando núm. 17 del Reglamento 2016/1104 precisa que el contenido específico de la “unión registrada” se define según el derecho nacional de los Estados miembros. De tal manera que, ninguna de las disposiciones del Reglamento obligará a los Estados miembros cuyo ordenamiento jurídico no contemple la institución de la unión registrada a establecer dicha institución en su Derecho nacional. A través de esta definición podríamos considerar que estamos ante una

²²Vid. QUINZÁ REDONDO: 2016, p. 44; DIAGO DIAGO: 1999, p. 94; GÓMEZ CAMPELO: 2008, p. 159.

²³ El legislador de la UE se ha decantado por dotar a ambos Reglamentos de un amplio ámbito de aplicación al incluir tanto las consecuencias patrimoniales derivadas de la disolución de un matrimonio o unión registrada, como aquellas derivadas de su existencia. En el marco del Libro Verde de 2006 la mayoría de las respuestas también se decantaron por esta misma solución. Vid. KROLL: 2008, p. 388.

²⁴ Vid. Considerando. núm. 20 del Reglamento 2016/1103 y 2016/1104.

norma de conflicto implícita que exige el reconocimiento de lo válidamente realizado en otro Estado miembro (reconocimiento mutuo)²⁵. En la medida que el matrimonio y la unión registrada pueden estar abiertos, según los Estados miembros de la UE, tanto a parejas del mismo sexo como a parejas heterosexuales, el legislador de la UE ha preferido que los dos textos sean neutros con respecto al sexo, motivo por el cual cuando se refiere al matrimonio o a la unión registrada no establece distinción alguna basada en la orientación sexual, dando así cumplimiento al art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁶.

Es importante precisar que el Reglamento 2016/1104 únicamente tiene en cuenta las uniones no matrimoniales que se encuentren registradas (art. 1 en relación con art. 3.1 a) del Reglamento). En consecuencia, en países como España, donde coexisten distintos modelos de convivencia legalmente reconocidos, únicamente podrán incluirse dentro del ámbito de aplicación del Reglamento las uniones extramatrimoniales nacidas a partir de legislaciones como la balear o la vasca, en las que la inscripción en un registro público es un requisito constitutivo²⁷, así como también aquellas uniones constituidas en Cataluña que hayan optado por su inscripción de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 3/2015, de 6 de octubre, de modificación de la Ley 25/2010, del 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativa a la creación del Registro de parejas estables²⁸. El nuevo Registro de parejas estables de Cataluña únicamente posibilita la inscripción en el mismo de las parejas de hecho que lo sean conforme a la regulación del Código civil de Cataluña²⁹. En cualquier caso, teniendo en cuenta que la finalidad del nuevo Registro es dotar a las uniones de publicidad, con su creación no se ha modificado la regulación sustantiva de las parejas de hecho prevista en el Libro segundo del Código civil catalán en la medida que la inscripción es opcional o voluntaria, es decir, no tiene carácter

²⁵ Tal como apuntaba RODRÍGUEZ PINEAU: 2011, pp. 946 y 955.

²⁶ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales, Bruselas, 16.2011 COM (2011) 125 final, pp. 1-11, p. 7.

²⁷ Vid. FONTANELLAS MORELL: 2012, pp. 262 y 263 y FONTANELLAS MORELL: 2012, pp. 275-291.

²⁸ DOGC, núm. 6972, de 8 de octubre de 2015. Según el art. 1 del Decreto Ley 3/2015, de 6 de octubre, de modificación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativa a la creación del Registro de parejas estables, "Se incorpora una disposición adicional a la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, con el contenido siguiente: "Disposición adicional décima. Registro de parejas estables. "1. Se crea el Registro de parejas estables, a los efectos de publicidad, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil, mediante el centro directivo que tenga atribuida la competencia. 2. En el Registro de parejas estables se inscribirán las escrituras públicas de constitución de las parejas estables, sus modificaciones y, si es oportuno, su extinción, como también las actas de notoriedad relativas a los supuestos regulados por el art. 234-1, a) y b)".

²⁹ Vid. Preámbulo del Decreto Ley 3/2015, de 6 de octubre de modificación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativa a la creación del Registro de parejas estables.

constitutivo³⁰. Con la creación del Registro de parejas el legislador catalán no solamente ha logrado que las uniones que se encuentren inscritas en el Registro catalán puedan percibir las prestaciones de viudedad o de la Seguridad social, sino también que las uniones mixtas que se encuentren inscritas en el Registro (por ejemplo, la formada por un catalán y una extranjera) se beneficien de la aplicación del nuevo Reglamento 2016/1104 y de otras normas, como por ejemplo, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el espacio económico europeo³¹, que a efectos de su aplicación únicamente toman en consideración a las uniones registradas.

b) Régimen primario y normas imperativas

Tal y como adelantábamos al iniciar el presente apartado, una de las cuestiones que fue más controvertida durante los trámites previos a la adopción de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 es la relativa a si el régimen matrimonial primario o el régimen primario de la pareja registrada debía estar o no incluido en su respectivo ámbito material de aplicación. Con ocasión del Libro verde de 2006, la mayoría de respuestas remitidas eran partidarias de su exclusión³². El silencio que guarda al respecto el Reglamento 2016/1103 puede interpretarse como una exclusión, a pesar de que, si nos remitimos a su considerando núm. 18, en el que se establece que “el régimen económico matrimonial debe incluir tanto las normas que los esposos no pueden derogar, como aquellas normas que son de libre disposición”, la exclusión parece quedar descartada³³.

El régimen primario tiene como finalidad regular los aspectos básicos de la convivencia familiar. Las normas que lo integran son muy heterogéneas. Así, por ejemplo, las relativas al levantamiento de las cargas familiares, la regulación del consentimiento dual, las disposiciones sobre la protección de la vivienda familiar y/o el ajuar doméstico, entre otras. Son disposiciones que se encuentran previstas en la mayoría de ordenamientos

³⁰ Vid. la Resolución del Parlamento de Cataluña 768/X, de 25 de septiembre de 2014 en la que el Parlamento instaba al Gobierno a constituir un registro único de parejas de hecho, en el que se puedan inscribir todas las parejas de personas residentes en Cataluña que lo deseen y que acrediten el cumplimiento de las condiciones requeridas en los arts. 234-1 a 234-14 del Libro segundo del Código civil de Cataluña.

³¹ Según el art. 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, “El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: (...) b) A la pareja con la que se mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí”.

³² Vid. MOTA: 2013, p. 440.

³³ Vid. QUINZÁ REDONDO: 2016, p. 315; FERNÁNDEZ ROZAS: 2016, p. 12.

jurídicos europeos y que se aplican a todos los matrimonios con independencia del régimen económico matrimonial que los rija y de si el mismo se ha pactado o no³⁴. Pero, de todas estas normas, sólo aquellas que puedan afectar a la vida económica de la sociedad conyugal tienen la facultad de limitar la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la regulación de su régimen económico matrimonial no, en cambio, aquellas que son consensuales³⁵. De lo que se trata es de determinar su alcance puesto que no todas las normas imperativas son de necesaria aplicación al tráfico externo. Algunas de estas normas, por ejemplo, las relativas a la protección de la vivienda familiar, deben ser aplicadas tanto a las situaciones internas como a las situaciones internacionales sea cual sea la ley aplicable al fondo de la demanda en la medida que persiguen como finalidad la protección de la familia y el cumplimiento de uno de los principios constitucionales a los que se obliga el Estado, como es el derecho de las personas a una vivienda digna. La incidencia de estas normas puede truncar el principio de unidad de la ley aplicable en el que se inspiran ambos textos, motivo por el cual en los considerandos núm. 53 del Reglamento 2016/1103 y 52 del Reglamento 2016/1104 se establece que su aplicación debe ser restrictiva.

En el ordenamiento jurídico español el régimen primario se viene rigiendo por la ley rectora de los efectos del matrimonio designada por el art. 9.2 C.c, tanto si el régimen económico matrimonial ha sido pactado por los cónyuges, como no³⁶. A partir del momento en que los nuevos Reglamentos sean de aplicación, la ley aplicable al régimen primario se determinará a través de las normas de conflicto de los Reglamentos, a pesar de que las normas imperativas de dicho régimen previstas por la ley del foro serán de aplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 30 de ambos Reglamentos sea cual sea la ley aplicable³⁷. Según el art 30.1 de ambos Reglamentos, relativo a las leyes de policía, “las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de disposiciones imperativas de la ley del foro”³⁸ que, según su art. 30.2, “Son normas el respeto de las cuales es considerado esencial por un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial/efectos patrimoniales de las uniones registradas, según el presente Reglamento”. El citado precepto toma en consideración las normas relativas a la protección de la vivienda familiar, tal como se especifica en los considerandos núm. 53 del Reglamento

³⁴ Vid. LACRUZ BERDEJO: 1990, p. 279; DIAGO DIAGO: 1999, pp. 94 y 95.

³⁵ Vid. BOUZA VIDAL y ABARCA JUNCO: 1987, pp. 456 y 457; ABARCA JUNCO: 1983, pp. 55, 56 y 58. En su opinión, hay determinadas normas del régimen primario que deben estar sometidas a ley española por ser normas materialmente imperativas.

³⁶ Vid. ABARCA JUNCO: 1983, p. 60; DIAGO DIAGO: 1999, p. 96.

³⁷Vid. FONTANELLAS MORELL: 2012, pp. 261 y 262.

³⁸ El art. 30 de ambos Reglamentos únicamente prevé la aplicación de las leyes de policía del foro, no las de terceros Estados. Vid. BUSCHBAUM & SIMON: 2011, p. 808, refiriéndose a las Propuestas de Reglamento de 2011.

2016/1103 y núm. 52 del Reglamento 2016/1104. En definitiva, estas normas imperativas del régimen primario previstas por la ley del foro constituyen un límite a la ley designada aplicable, ya sea a través de su elección por las partes³⁹ o, en su defecto, a través de la aplicación de las conexiones subsidiarias.

Para paliar los problemas que en la práctica puede generar la delimitación del régimen primario, algunos autores, previamente a la aprobación del Reglamento sobre los regímenes económicos matrimoniales, propusieron que el legislador de la UE incorporara una norma de derecho material uniforme que regulase el núcleo duro del régimen primario introduciendo disposiciones esenciales relativas a cuestiones como la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales, la libertad de ejercicio de la actividad profesional de cada uno de los cónyuges, la obligación de contribuir a las cargas matrimoniales, la protección del domicilio conyugal, la sanción de los actos fraudulentos realizados por uno de los esposos y la compensación de los desequilibrios económicos y financieros procedentes de la organización de la vida familiar⁴⁰.

2.2.Ámbito personal o espacial

Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 son de aplicación *erga omnes* o poseen una eficacia universal, es decir, que la ley designada aplicable a través de sus normas de conflicto se aplicará con independencia de que sea la ley de un tercer Estado (art. 20).

Sin embargo, las normas de conflicto de ambos Reglamentos no desplazarán por completo a las normas del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, hecho en La Haya el 14 de marzo de 1978, en los Estados que sean parte del Convenio⁴¹, ni tampoco a las normas de Derecho internacional privado autónomo de los Estados miembros sobre la materia, las cuales deberán seguir aplicándose a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación material y temporal de los nuevos Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, así como también a los conflictos internos.

Según el art. 35 de ambos Reglamentos, cuyo título dispone “inaplicación a los conflictos internos”, los Estados que comprendan unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de las uniones registradas no estarán obligados a aplicar las normas de conflicto de los respectivos Reglamentos para solucionar los conflictos interregionales. Es decir que, el legislador de la

³⁹ Según AÑOVEROS TERRADAS: 2013, p. 131, no es posible excepcionar la aplicación de la ley elegida por las partes por aplicación de las normas imperativas del foro puesto que, de lo contrario, se corre el riesgo de anular toda virtualidad al principio de la autonomía de la voluntad. Además, estas limitaciones, según la autora, ya las ha contemplado el legislador de la UE al restringir el elenco de leyes susceptibles de elección. Sin embargo, debe precisarse que la ley designada aplicable por las partes sí que podrá quedar afectada cuando las disposiciones imperativas del foro son internacionalmente imperativas. Vid. BOUZA VIDAL: 2004, pp. 38 y 39.

⁴⁰ Vid. *Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le Droit international privé et le Droit interne des Etats membres de l'Union Européenne* (JAI/A3/2001/03), pp. 183-192; GONZÁLEZ BEILFUSS: 2004, p. 177; GÓMEZ CAMPELO: 2008, p. 164.

⁴¹ El Convenio entró en vigor el 1 de septiembre de 1992 en Francia, Holanda y Luxemburgo. Austria y Portugal lo han firmado, pero no lo han ratificado. Vid la versión española del Convenio en BORRÁS RODRÍGUEZ y GONZÁLEZ CAMPOS: 2008, pp. 201-207.

UE, de la misma manera que en los otros Reglamentos UE sobre ley aplicable, se ha preocupado de preservar la autonomía de los Estados para regular los conflictos de leyes internos o interregionales⁴². Pero que los Estados no estén obligados a aplicar las normas de conflicto de los Reglamentos para resolver este tipo de conflictos no significa que los legisladores estatales no puedan hacerlas extensivas y aplicarlas a los conflictos internos a pesar de la ausencia en los mismos del elemento internacional⁴³. Si así fuera, se respetaría el principio de unidad de soluciones en el que se inspira el art. 16.1 C.c puesto que los conflictos internos se resolverían a través de las mismas soluciones aplicadas a los conflictos internacionales. No obstante, lo más probable es que las autoridades españolas sigan aplicando las normas de conflicto de derecho internacional privado autónomo contenidas en los arts. 9.2 y 9.3 C.c, en relación con los arts. 16.1 y 16.3 C.c, para solucionar los conflictos que puedan surgir entre las legislaciones de distintos territorios españoles en materia de regímenes económicos matrimoniales. Mientras que, por lo que se refiere a los conflictos interregionales en materia de efectos patrimoniales de la uniones registradas, las autoridades españolas, ante la ausencia en Derecho internacional privado español de normas de conflicto específicas sobre la materia, continuarán aplicando la solución que hasta el momento más se ha utilizado en la práctica para resolver los conflictos de leyes internacionales en materia de efectos patrimoniales de dichas uniones, que es la consistente en aplicar por analogía las normas de conflicto aplicables a las relaciones entre cónyuges.

2.3.Ámbito temporal y territorial

Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 entraron en vigor el pasado 28 de julio de 2016 (art. 70.1), pero no serán aplicables, salvo algunas disposiciones, hasta el 29 de enero de 2019. Las disposiciones de los nuevos Reglamentos se aplicarán a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 29 de enero de 2019 (art. 69.1). Por consiguiente, hoy por hoy, y hasta la fecha indicada, en los procedimientos en materia de regímenes económicos matrimoniales los tribunales españoles deberán seguir aplicando las normas de Derecho internacional privado autónomo sobre la materia, las cuales son también aplicadas por analogía a los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Sin embargo, ambos Reglamentos incorporan dos precisiones, la primera, con respecto a las normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, las cuales también serán de aplicación para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas con posterioridad al 29 de enero de 2019 como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a dicha fecha (art. 69.2) y, la segunda, con respecto a las normas de conflicto de leyes (art. 69.3). Las normas de conflicto de ambos instrumentos poseen un ámbito de aplicación temporal más limitado que las referidas a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales puesto que sólo serán aplicables a los cónyuges que hayan contraído matrimonio y a las parejas que se hayan registrado con posterioridad al 29 de enero de 2019, así como también a los matrimonios y uniones

⁴² Vid. ZABALO ESCUDERO: p. 5.

⁴³ Vid. BORRÁS RODRÍGUEZ: 2011, pp. 55 y *Ibid.*, p. 5

registradas que hayan elegido la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales con posterioridad a dicha fecha (arts. 69.3 y 70.2 apartado 2º de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104). Por consiguiente, a partir del momento en que los Reglamentos sean de aplicación, las autoridades españolas en muchos casos deberán continuar aplicando las normas conflicto de Derecho internacional privado autónomo para determinar la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 fueron adoptados por la vía de la cooperación reforzada, por consiguiente, todos aquellos Estados miembros de la UE que no se encuentran vinculados por dichos instrumentos continuarán aplicando sus normas Derecho internacional privado autónomo para regular la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en el marco de los litigios en materia de regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de las uniones registradas vinculados o no a un procedimiento de crisis matrimonial o sucesorio⁴⁴.

3. La autonomía de la voluntad en los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104

En los últimos años la autonomía de la voluntad de las partes, tradicionalmente reconocida en el ámbito de los contratos internacionales, se ha ido expandiendo por parte del legislador de la UE a otros ámbitos materiales en los que su operatividad no se consideraba apropiada, como pueden ser las materias de Derecho de familia y sucesiones⁴⁵. Un buen reflejo de esta expansión lo encontramos en los Reglamentos UE sobre crisis matrimoniales (2201/2003 y 1259/2010), alimentos (Reglamento 4/2009 y también el Protocolo de 2007), sucesiones (Reglamento 650/2012) y, más recientemente, en los nuevos Reglamentos sobre regímenes económicos matrimoniales (Reglamento 2016/1103) y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas (Reglamento 2016/1104).

La autonomía de la voluntad de las partes es un criterio flexible, presente tanto en el sector de la competencia judicial internacional como en el del derecho aplicable, que permite que las partes resuelvan sus disputas según su propia voluntad. Asimismo, es una conexión que favorece la certidumbre, la seguridad jurídica y la libre circulación de las personas en el seno de la UE⁴⁶.

⁴⁴ Vid. *supra* nota a pie de página núm. 5 los Estados que se encuentran vinculados por los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104.

⁴⁵ Vid. LAGARDE: 2005, p. 1692. En el citado trabajo el autor ya destacaba la importancia de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones y proponía la utilización de la autonomía conflictual como principal conexión para determinar la ley aplicable de cara a la adopción de una Propuesta comunitaria en materia de regímenes económicos matrimoniales; ÁLVAREZ GONZÁLEZ: 2005, pp. 138 y 139; BOUZA VIDAL: 2004, pp. 35, 36 y 41; AÑOVEROS TERRADAS: 2013, p. 131.

⁴⁶ Vid. CAMPUZANO DÍAZ: 2011: p. 238; MARTINY: 2007, p. 90; AÑOVEROS TERRADAS: 2013, pp. 128, 129 y 131; PERTEGÁS: 2007, pp. 336-340.

En el ámbito de los regímenes económicos matrimoniales la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra ampliamente reconocida en la mayoría de ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tanto a nivel material como conflictual, aunque la regulación es muy heterogénea en ambos ámbitos del derecho. Las relaciones patrimoniales quedan gobernadas por los acuerdos que los esposos o miembros de la pareja hayan concluido entre ellos en capitulaciones o acuerdos patrimoniales (autonomía material), dejando a salvo el denominado régimen primario, que constituye un límite a la autonomía de la voluntad material. A falta de pacto o acuerdo entre las partes, tales relaciones se regirán por el régimen que subsidiariamente establezca la ley. En la mayoría de Estados miembros de la UE las normas de conflicto sobre la materia también recogen la autonomía de la voluntad de las partes entre sus puntos de conexión, de modo que los cónyuges o los futuros esposos y, en muchos casos, por analogía, los miembros de la unión registrada, pueden elegir la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales (autonomía conflictual). Sin embargo, la autonomía de la voluntad no aparece como principal punto de conexión en todas las normas de conflicto de Derecho internacional privado autónomo sobre la materia, solución que sí recogen los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104⁴⁷. En defecto de elección de ley por las partes, los regímenes económicos matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas se regirán por la ley designada a través de una serie de conexiones objetivas previstas en cada uno de los Reglamentos⁴⁸.

3.1. La ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales y a los acuerdos patrimoniales de las uniones registradas

Una de las novedades que introducen ambos Reglamentos con respecto a las capitulaciones matrimoniales y a los acuerdos patrimoniales de las uniones registradas es que no regulan únicamente su validez formal, sino también su validez material⁴⁹. La cuestión relativa a la validez formal se abordará más adelante al comentar las formalidades que debe cumplir para su validez la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de la unión registrada, puesto que son prácticamente las mismas⁵⁰. La regulación de la validez material de las capitulaciones matrimoniales o acuerdos patrimoniales queda comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley reguladora de los regímenes económicos matrimoniales o de los efectos patrimoniales de las uniones registradas (art. 27g), que, como veremos, quedará determinada a través del art. 22 (autonomía conflictual) y, en su defecto, del art. 26 (conexiones objetivas) de cada uno de los Reglamentos. En consecuencia, a partir del 29 de enero de 2019, las normas de conflicto

⁴⁷ Vid. *infra* apartado 3.2.

⁴⁸ Vid. *infra* apartado 4.

⁴⁹ Una de las críticas dirigidas a la Propuesta de Reglamento de 2011 era que se limitaba a regular la forma, no el contenido, de las capitulaciones matrimoniales, a las que el legislador de la UE denominaba “contrato matrimonial”. Vid. FONTANELLAS MORELL: 2012, p. 270.

⁵⁰ Vid. *infra* apartado 3.2 B.

de ambos Reglamentos desplazarán tanto al art. 11 C.c como al art. 9.3 C.c, a través de los cuales las autoridades judiciales españolas determinan la ley aplicable a la forma y al contenido de las capitulaciones matrimoniales, respectivamente. La capacidad de las partes para celebrar el contrato o acuerdo patrimonial queda excluida del ámbito de aplicación de los Reglamentos UE (art. 1.3), razón por la que esta cuestión continuará quedando regida por la ley designada por el art. 9.1 C.c., es decir, por la ley nacional de cada uno de los cónyuges o miembros de la unión registrada en el momento de su celebración.

3.2. La ley aplicable al régimen económico matrimonial y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas: la autonomía de la voluntad conflictual como principal punto de conexión

Las partes, por lo general, apenas se preocupan de celebrar pactos o capitulaciones matrimoniales⁵¹, aunque cada vez es una práctica más frecuente en los casos de segundas o posteriores nupcias, cambios en la composición del patrimonio familiar o de matrimonios mixtos que generen conflictos de leyes⁵². Una de las finalidades que persigue el legislador de la UE con la adopción de los dos nuevos Reglamentos es facilitar la gestión de los bienes de los cónyuges o futuros esposos y de las uniones registradas y la mejor manera de conseguir esta finalidad, en defecto de pactos o capitulaciones matrimoniales, es permitiéndoles que elijan, en cualquier momento, la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales. Una de las principales críticas a la redacción del actual art. 9.2 C.c, otorgada por la Ley 11/1990, de 15 de diciembre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, fue precisamente que no hubiera incorporado la autonomía de la voluntad conflictual como primera conexión, en la línea de las normas de conflicto suiza y alemana sobre la materia. El art. 9.2 C.c prevé la autonomía de la voluntad conflictual, pero como conexión subsidiaria, en la medida que se condiciona su operatividad a que los cónyuges no posean la misma nacionalidad⁵³.

El reconocimiento de la autonomía conflictual a las uniones registradas es, a nuestro juicio, la principal de las novedades que incorpora el nuevo Reglamento 2016/1104 con respecto a la Propuesta de Reglamento de 2011. Esta solución merece una valoración muy positiva por varios motivos. La exclusión de dicha conexión de la Propuesta de 2011 no estaba en consonancia con el principio de igualdad consagrado en el art. 20 de la Carta de Derechos

⁵¹ Vid. NAGY: 2010, p. 529. El autor en su trabajo pone de relieve que las parejas europeas parecen preocuparse por los aspectos económicos cuando comienza el matrimonio, y una vez que éste termina, por lo general, ya es muy tarde para llegar a un acuerdo.

⁵² Vid. LAMARCA, FARNÓS, AZAGRA, ARTIGOT: 2003, p. 15 y FONT SEGURA: 2014, p. 98 en su comentario al artículo 231-10 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña sobre el Régimen Económico Matrimonial.

⁵³ Según el art. 9.2 C.c, "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 ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio".

Fundamentales de la UE, ni con el principio de no discriminación previsto en su art. 21, puesto que se ofrecía un trato favorable a las parejas casadas y, no en cambio, a aquellas que prefieren llevar su vida privada y familiar sin constituirse en matrimonio. Las parejas deben tener los mismos derechos, independientemente de la naturaleza de su unión, tal y como se puso de relieve en la última Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, adoptada en Bruselas el 26 de noviembre de 2015⁵⁴. Además, cabe señalar que en muchos Estados miembros la unión registrada es la única opción legal disponible para las parejas del mismo sexo, de modo que el trato diferenciado podía constituir una discriminación por motivos de orientación sexual⁵⁵. La exclusión de la autonomía de la voluntad conflictual del Reglamento 2016/1104 también hubiera resultado incomprensible si tenemos presente, por un lado, que la mayoría de Reglamentos de la UE sobre ley aplicable, incluso en materias no patrimoniales como el divorcio y la separación, reconocen a las partes la posibilidad de elegir la ley aplicable⁵⁶, y, por otro lado, que nos encontramos ante una materia que concierne a los intereses patrimoniales de las partes implicadas⁵⁷.

La autonomía de la voluntad conflictual es una conexión que presenta enormes ventajas, a diferencia de las conexiones objetivas subsidiarias que deberán aplicarse en su defecto, tal y como veremos más adelante.

a) Autonomía conflictual limitada: Leyes susceptibles de elección

En ambos instrumentos se prevé una autonomía conflictual limitada puesto que los miembros de la pareja, matrimonial o no matrimonial, no pueden elegir como rectora de su régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de su unión registrada cualquier ley, sino únicamente entre una serie de leyes determinadas: la ley del Estado de la residencia habitual de ambos o de uno de ellos en el momento de la elección o la ley del

⁵⁴Vid. el considerando núm. 18 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, adoptada en Bruselas el 26 de noviembre de 2015, JUSTCIV 277. En este mismo sentido Vid. CCBE (Consejo de la Abogacía Europea), Posicionamiento de la CCBE sobre la Propuesta del Consejo de Reglamentación de la Competencia, de la ley y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de régimen matrimonial (COM (2011) 126/2) y con respecto a las consecuencias patrimoniales de las parejas de hecho inscritas (COM (2011) 127/2), p. 3.

⁵⁵ Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Interiores. Departamento temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. Asuntos Jurídicos Propuestas PE, 462.494, p. 6; Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales, Bruselas, 16 de marzo de 2011, COM (2011) 125 final, pp. 1-10, p. 7.

⁵⁶ Vid. art. 3 del Reglamento 593/2008 (Roma I), art. 14 del Reglamento 864/2007 (Roma II) y arts. 5 a 7 del Reglamento 1259/2010 (Roma III).

⁵⁷ Vid. BONOMI: 2011, p. 230.

Estado de la nacionalidad común o de uno de ellos en el momento de la elección (art. 22.1). En definitiva, leyes con las que los esposos, futuros esposos o los miembros de la unión poseen una cierta vinculación⁵⁸. Las uniones registradas, además, también pueden elegir la ley del Estado conforme a la cual se haya creado la unión (art. 22.1 c) Reglamento 2016/1104), es decir, la ley de su constitución⁵⁹. En cualquier caso, para que las uniones registradas puedan elegir la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales es imprescindible que la ley escogida sea una ley que atribuya efectos patrimoniales a la unión registrada (art. 22.1 del Reglamento 2016/1104).

Ninguno de los dos Reglamentos contempla como ley susceptible de elección por las partes la ley del lugar en el que se encuentran los inmuebles del matrimonio⁶⁰ o unión registrada y, el motivo no es otro que a través de la aplicación de esta ley puede frustrarse la consecución de una de las finalidades que persiguen ambos Reglamentos, que es la unidad de la ley aplicable con independencia de cuál sea la localización y la naturaleza de los bienes (art. 21)⁶¹.

La limitación de las leyes susceptibles de elección y el principio de unidad de la ley aplicable en que se basan ambos Reglamentos constituyen límites a la autonomía de la voluntad que persiguen como finalidad la protección de los derechos de los terceros implicados en transacciones patrimoniales con el matrimonio o la unión registrada, así como también, evitar que las partes elijan una ley cuya aplicación pueda dar lugar a resultados poco razonables.

La Comisión de Derecho de Familia de la UE, inspirándose en la experiencia del Derecho contractual, ha sugerido la adopción de unos Principios de Derecho Europeo de Familia sobre relaciones patrimoniales de los cónyuges, a los que éstos, si lo desean, puedan optar. De modo que, si en aplicación del Reglamento 2016/1103 el derecho aplicable fuera el de un Estado miembro y los cónyuges hubieran optado por el régimen de Derecho europeo

⁵⁸ Se trata, como sucede en otros Reglamentos UE, de una autonomía de opción, es decir que las partes pueden elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial o a los efectos de su unión registrada, pero únicamente de entre las leyes previamente seleccionadas por el legislador de la UE con base al principio de proximidad. Vid. AÑOVEROS TERRADAS: 2013, pp. 126 y 127. No obstante, teniendo en cuenta que numerosos matrimonios o uniones son mixtos y que muy frecuentemente las parejas fijan su residencia habitual en un Estado distinto al de su nacionalidad, en muchos supuestos no podemos considerar que la ley de la nacionalidad sea una ley con la que los miembros de la pareja tengan una estrecha vinculación. En cambio, sí que existe una estrecha vinculación con la ley del lugar de la residencia habitual, que es la ley del lugar donde se desarrolla la convivencia matrimonial o en pareja. Vid. KROLL: 2008, pp. 389 y 390.

⁵⁹ La Propuesta de Reglamento sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas de 2011 no incluía la autonomía conflictual como conexión y sometía la regulación de los efectos patrimoniales de las uniones registradas a la ley del Estado de registro (art. 15).

⁶⁰ Art. 6 apartado final del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales.

⁶¹ En las respuestas al Libro verde de 2006, algunos autores defendieron la posibilidad de incluir la ley del lugar de situación de los inmuebles como ley susceptible de elección por las partes. Vid. Las respuestas publicadas en http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public_en.htm.

sobre regímenes económicos matrimoniales, dicho régimen sería el aplicable en lugar del derecho sustantivo del Estado miembro designado por las normas de conflicto del Reglamento⁶². El Comité Económico y Social propuso la extensión de dicha posibilidad a las uniones registradas. Con esta misma finalidad en febrero de 2010 Francia y Alemania firmaron el Acuerdo bilateral por el que se establece un régimen matrimonial facultativo de participación que, como su propio título indica, es de aplicación opcional por las partes⁶³.

b) Límites formales de la elección

El legislador de la UE en ambos Reglamentos UE se ha preocupado de los aspectos formales tanto de las capitulaciones matrimoniales y acuerdos patrimoniales de la unión registrada (art. 25), como de los acuerdos de elección de ley (art. 23). Las normas relativas a los requisitos formales recogen una regulación mixta puesto que, por una parte, contienen una regulación material y, por otra parte, una regulación conflictual.

Las capitulaciones matrimoniales, los acuerdos patrimoniales y los acuerdos de elección de ley deberán constar: por escrito, incluyéndose en ambos Reglamentos como válidos los medios electrónicos, con fecha y con la firma de ambas partes (art. 23.1 y 25.1). Además, deberán cumplir, si las hay, las formalidades adicionales previstas por: la ley del Estado miembro en el que ambas partes tienen su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo; la ley del Estado miembro en el que reside cada una de las partes en el momento de la celebración del acuerdo; o, en su caso, las de la ley del Estado miembro en el que reside uno de los cónyuges o miembros de la pareja, si sólo uno de ellos reside en la UE en el momento de celebrar el acuerdo (art. 23.2 a 23.4 y art. 25.2). El art. 23 de ambos Reglamentos únicamente exige el cumplimiento de los requisitos adicionales previstos por las leyes de Estados miembros para la validez formal de la elección de la ley aplicable. No exige, en cambio, el cumplimiento de los requisitos formales previstos por las leyes de terceros Estados. Teniendo en cuenta que ambos Reglamentos son *erga omnes* o de aplicación universal, si los cónyuges o miembros de la unión registrada residen en un Estado no miembro cuya ley exige formalidades adicionales, éstas también deberían ser tomadas en consideración. Por consiguiente, tal y como señalan algunos autores, la regulación prevista en los Reglamentos relativa a las formalidades a cumplir para que los acuerdos de elección de ley sean formalmente válidos ofrece un trato distinto a los matrimonios o parejas que viven en terceros Estados, especialmente si son nacionales de Estados miembros de la UE, que a los matrimonios o parejas que residen en los Estados miembros de la UE⁶⁴.

⁶² Vid. BOELE-WOELKI: 2012, pp. 41 y 47. Un análisis de los Principios de derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales de los cónyuges puede encontrarse en QUINZÁ REDONDO: 2013, pp. 249-279 y 400-409 y en BOELE-WOELKI & JÄNTERÄ-JAREBORG: 2011, pp. 47-62.

⁶³ Sobre el Acuerdo Franco-Alemán Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS: 2010, pp. 397-416 y QUINZÁ REDONDO: 2016, pp. 232-249.

⁶⁴ Vid. BUSCHBAUM & SIMON: 2011, p. 805. En este trabajo los autores, a propósito de las Propuestas de Reglamento de 2011, sugerían que en el caso de que ley de un tercer Estado exija el cumplimiento de

En el caso de celebrarse capitulaciones matrimoniales o acuerdos patrimoniales por parte de los miembros de la unión registrada, también deberá darse cumplimiento a los requisitos formales adicionales previstos por la ley aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de la unión registrada designada de conformidad con los arts. 22 o 26 de cada Reglamento (art. 25.3).

El cumplimiento de todas estas formalidades tiene como finalidad evitar el *law shopping* o la elección de un determinado régimen por parte de aquella de las partes que en los matrimonios o parejas ocupa una posición económicamente más fuerte, y que en las parejas de distinto sexo, por lo general, suele ser el hombre. Las partes, previa la elección de la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales, deben ser conscientes de las diferencias existentes entre los distintos derechos sustantivos susceptibles de elección y de las consecuencias que se derivan de su elección. A tal efecto, ambos Reglamentos, tal y como prevé el Reglamento 1259/2010 y como sugirió el Consejo en las últimas Propuestas de Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas de 2015 (arts. 37 y 32, respectivamente, de cada una de las Propuestas), disponen que las partes deben tener acceso a la información sobre el contenido de los derechos sustantivos de los Estados miembros sobre las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, futuros esposos o miembros o futuros miembros de la unión registrada y, sobre los procedimientos nacionales existentes sobre la materia (art. 63). Si las partes disponen de información sobre el contenido de los derechos sustantivos se podrá evitar que elijan leyes que ofrezcan resultados perjudiciales para sus propios intereses económicos a la vez que se reducirá la operatividad de la excepción de orden público en este ámbito material. En el caso de que los cónyuges o miembros de la unión registrada actúen asistidos por sus asesores legales, éstos últimos difícilmente permitirán, si disponen de dicha información, que sus representados elijan como aplicable una ley contraria al orden público del foro en la medida que conocen de la existencia de la excepción de orden público y los efectos o consecuencias que se derivan de su aplicación⁶⁵.

c) Cambio voluntario de la ley aplicable

Las partes también pueden cambiar la ley aplicable a su régimen patrimonial en cualquier momento (art. 22.1). Ahora bien, la alteración voluntaria de la ley aplicable también debe respetar unos límites: las partes únicamente podrán cambiar a favor de cualquiera de las leyes susceptibles de elección antes mencionadas (art. 22.1); y el cambio sólo surtirá efectos con respecto a los bienes adquiridos con posterioridad al mismo (art. 22.2), salvo que aquéllas decidan atribuirle efectos retroactivos. Aunque, en tal caso, no podrán verse afectados los derechos de terceros derivados de la ley aplicable con anterioridad (art. 22.3).

determinadas formalidades para la validez de la elección de ley, tales formalidades también deberían cumplirse puesto que se trata de instrumentos *erga omnes*.

⁶⁵ Sobre la excepción de orden público Vid. *infra* apartado 6.

El legislador de la UE, en la citada disposición y en otras que se abordarán más adelante⁶⁶, no hace más que incorporar límites a la aplicación de la ley rectora del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión registrada con el objetivo de proteger los derechos de los terceros que contratan con los cónyuges o miembros de la unión o con alguno de ellos.

Lo que no precisa el legislador de la UE es si el cambio de ley aplicable por las partes conlleva un cambio del régimen económico matrimonial ni cuáles son sus consecuencias. Esta cuestión es importante puesto que no todos los derechos materiales admiten, en los mismos términos, el cambio de régimen matrimonial durante el matrimonio. Puede ser que los cónyuges deseen mantener el mismo régimen económico matrimonial pero sometido a una ley distinta, o bien, que quieran cambiar la ley aplicable y el régimen económico matrimonial.

La mutabilidad o inmutabilidad del régimen económico matrimonial son considerados principios que no justifican la operatividad del orden público. Así, por ejemplo, si la ley aplicable es la ley de un Estado que no permite la mutabilidad del régimen económico matrimonial (ley argentina) o que sí que la permite, pero en supuestos tasados (ley portuguesa), en tal caso no es posible activar el orden público para asegurar la posibilidad de cambio de régimen que permite el ordenamiento jurídico español. La imposición de la mutabilidad como cuestión de orden público supone desvirtuar el equilibrio entre las relaciones matrimoniales y la seguridad en el tráfico. En tal caso, siendo imposible la autonomía material, el cambio de régimen únicamente se puede conseguir a través de la autonomía conflictual⁶⁷.

3.3.La autonomía de la voluntad en el ámbito de la competencia judicial internacional

La autonomía de la voluntad de las partes también desempeña un importante papel en algunas de las normas de competencia judicial internacional contenidas en ambos Reglamentos. Es únicamente a estas normas que en esta contribución se hará referencia⁶⁸.

a)Prórroga de la competencia y acuerdo de admisión de las partes

Con frecuencia los procedimientos sobre regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de las uniones registradas surgen por la necesidad de liquidar su régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de la unión registrada debido a que el matrimonio o los miembros de la unión registrada entran en crisis o a que uno de los dos cónyuges o miembros de la unión fallece.

⁶⁶ Vid. *infra* apartado 4.2 A y apartado 5.

⁶⁷ Vid. RODRÍGUEZ PINEAU: 2002, pp. 87 y 88; QUINZÁ REDONDO: 2016, p. 199.

⁶⁸ Las normas de competencia judicial internacional de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 se encuentran previstas en los arts. 4 a 13 de cada uno de los textos.

Por lo que se refiere a los procedimientos sobre regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de la unión registrada vinculados a un procedimiento de crisis matrimonial o de pareja, ambos Reglamentos prevén una prórroga de la competencia a favor de los órganos jurisdiccionales que conocen de la crisis⁶⁹, si así lo acuerdan las partes (art. 5.1 y 5.2). De modo que, si no hay consentimiento de las partes, los tribunales que conocen de la crisis no pueden conocer de la pretensión relativa al régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión registrada. La finalidad que persigue el legislador de la UE con la exigencia de que concurra un acuerdo de las partes para que la prórroga resulte operativa no es otra que la de evitar que en el marco de las crisis matrimoniales se produzca una prórroga automática a favor de cualquiera de los múltiples órganos jurisdiccionales que, de conformidad con el art. 3 del Reglamento 2201/2003, pueden ser competentes para conocer de la crisis⁷⁰.

Para los casos en los que la liquidación del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión registrada tenga su origen en el fallecimiento de uno de los cónyuges o miembros de la unión, ambos Reglamentos también contemplan una prórroga de la competencia a favor de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de la sucesión en base al Reglamento 650/2012, pero en este caso no condicionan su operatividad a la existencia de un acuerdo entre las partes (art. 4), sino que la prórroga es automática.

A través de la prórroga de la competencia prevista en los arts. 4 y 5 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 el legislador de la UE no sólo consigue una buena coordinación de los nuevos Reglamentos con los Reglamentos 2201/2003 y 650/2012, sino también, que un mismo y único tribunal pueda conocer de todas y cada una de las pretensiones vinculadas entre si de una misma demanda⁷¹.

b) Elección por las partes de los tribunales competentes

En el marco de los procedimientos sobre regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de la unión registrada vinculados a una crisis matrimonial o de pareja en los que no medie un acuerdo entre las partes para validar la prórroga de la competencia de los tribunales competentes para conocer de la crisis y en aquellos procedimientos

⁶⁹ En los casos de crisis matrimoniales la competencia judicial internacional vendrá determinada por el Reglamento 2201/2003 en todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto en Dinamarca.

⁷⁰ Vid. CAMPUZANO DÍAZ: 2011, pp. 238 y 239.

⁷¹ En España la competencia judicial internacional para conocer de los litigios en materia de crisis matrimonial y liquidación del régimen económico matrimonial se determina a través normas de competencia judicial internacional de orígenes distintos: las del Reglamento 2201/2003, para conocer de la crisis matrimonial y, las de la LOPJ, para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial. Esta disociación en ocasiones da lugar a que los tribunales españoles sean competentes para conocer de la disputa matrimonial, pero no de la liquidación de su régimen económico matrimonial. A partir del momento que el Reglamento 2016/1103 sea de aplicación, la prórroga de la competencia prevista en el art. 5 del Reglamento permitirá evitar situaciones como la descrita, siempre y cuando haya acuerdo entre los cónyuges. Vid. CAMPUZANO DÍAZ, *Ibid.*, pp. 236 y 237.

concernientes estrictamente al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de la unión registrada o aislados de una crisis o de una sucesión, ambos instrumentos permiten que las partes, en cualquier momento, puedan acordar que sean competentes de manera exclusiva: i) los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley sea aplicable al régimen económico matrimonial de conformidad con el art. 22 o el art. 26.1 a) y b) del Reglamento 2016/1103 y, en el caso de los efectos patrimoniales de la unión registrada, de conformidad con el art. 22 o el art. 26.1 del Reglamento 2016/1104, produciéndose en tal caso un *fórum-ius* y evitándose, en consecuencia, los problemas derivados de la aplicación de un derecho extranjero (alegación y prueba del derecho extranjero, excepción de orden público etc.); o bien, ii) los órganos jurisdiccionales del lugar de celebración del matrimonio (art. 7.1 del Reglamento 2016/1103), en el caso de los matrimonios o, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro conforme a cuya ley se haya creado la unión (art. 7.1 del Reglamento 2016/1104), cuando se trata de uniones registradas. El art. 7.1 de ambos instrumentos confiere un elevado protagonismo a la voluntad de las partes hasta el punto que éstas pueden atribuir la competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley ellas mismas hayan elegido para regular su régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de su unión registrada, que en aplicación del art. 22 de los Reglamentos son: los tribunales del Estado miembro en el que los cónyuges o futuros cónyuges/miembros o futuros miembros de la unión registrada, o uno de ellos, tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo o los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges/miembros o futuros miembros de la unión registrada en el momento en que se celebre el acuerdo. Las uniones registradas o los futuros miembros de la unión también pueden atribuir la competencia a los tribunales del Estado miembro de su constitución.

En los casos en que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembros sea competente con arreglo a los arts. 4 o 5 y en los supuestos en los que las partes no hayan elegido el tribunal competente de conformidad con el art. 7, serán competentes los órganos jurisdiccionales designados por el art. 6. Esta disposición incorpora una serie de criterios de competencia judicial internacional subsidiarios o jerarquizados en los que la residencia habitual de los cónyuges o miembros de la unión registrada, que aparece precisada en distintos momentos de la vida matrimonial o en pareja, tiene atribuido un elevado protagonismo⁷². Resulta sorprendente que el legislador de la UE haya introducido en el art.

⁷² Según el art. 6 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, serán competentes para conocer del régimen económico matrimonial o, en su caso, de los efectos patrimoniales de la unión registrada los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio tengan los cónyuges/miembros de la unión registrada la residencia habitual común en el momento de la interposición de la demanda; o, en su defecto, b) en cuyo territorio hayan tenido los cónyuges/miembros de la unión registrada la última residencia habitual común siempre que uno de ellos resida allí en el momento de la interposición de la demanda; o, en su defecto, c) en cuyo territorio tenga la residencia habitual el demandado en el momento de interponerse la demanda; o, d) los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad común de los cónyuges/miembros de la unión registrada en el momento de la interposición de la demanda. En los casos referidos a las uniones registradas, si resulta que ninguno de los órganos jurisdiccionales mencionados en el art. 6 a) a d) del Reglamento 2016/1104 resultan competentes, los órganos jurisdiccionales que deberán resolver sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas serán los

6 del Reglamento 2016/1103 criterios de competencia judicial internacional que no coinciden en su totalidad con los del art. 3 del Reglamento 2201/2003, ni con el criterio de ordenación utilizado por el legislador de la UE en este último precepto. Los criterios de competencia judicial internacional del art. 6 del Reglamento 2016/1103 son subsidiarios o jerarquizados, en cambio, los del art. 3 del Reglamento 2201/2003 son alternativos. En consecuencia, en los procedimientos sobre regímenes económicos matrimoniales vinculados a un procedimiento de divorcio, separación o nulidad matrimonial en los que no resulte operativa la prórroga de competencia a favor de los tribunales que conocen de la crisis matrimonial en virtud del art. 5 del Reglamento 2016/1103, es muy probable que los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de cada una de las pretensiones de la demanda sean de Estados miembros distintos⁷³.

4. Las conexiones subsidiarias y su fijación al inicio de la vida matrimonial: ventajas e inconvenientes

Las partes en la práctica no suelen celebrar pactos o capitulaciones y menos todavía suelen elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de la unión registrada. Según el art. 26.1 del Reglamento 2016/1103, en defecto de elección por las partes, será aplicable: a) la ley de la residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio o, en su defecto; b) la ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento del matrimonio o, en su defecto; c) la ley del Estado con el que los cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias. El Reglamento 2016/1104 se aparta aquí del Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales, a diferencia de lo que proponía el Parlamento Europeo, puesto que, en defecto de elección de ley por las partes, incorpora como única conexión subsidiaria la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada (art. 26.1 Reglamento 2016/1104).

4.1. Ventajas de la inmutabilidad

En ambos Reglamentos la fijación de las conexiones objetivas al inicio de la vida matrimonial o en pareja garantiza una mayor previsibilidad, seguridad jurídica y facilita la libre circulación o movilidad de las personas en el seno de la UE. Sin embargo, si se produce una modificación de las circunstancias personales del matrimonio o de la unión registrada después de la celebración del matrimonio o de constituirse la unión, por

del Estado miembro conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada (art. 6 e) del Reglamento 2016/1104).

⁷³ Vid. CAMPUZANO DÍAZ: 2011, pp. 242, 243 y QUINZÁ REDONDO: 2016, pp. 331 y 332. Ambos autores, refiriéndose a las Propuestas de Reglamento de 2011 y 2015, respectivamente, en sus trabajos proponían que, de adoptarse el Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales, los foros del art. 5.1 de la Propuesta de Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales (actual art. 6 del Reglamento 2016/1103) deberían tener una ordenación alternativa, no jerárquica.

ejemplo, los cónyuges o miembros de la unión cambian de residencia habitual, este sistema basado en la inmutabilidad puede tener consecuencias negativas, particularmente si tenemos en cuenta que con frecuencia, de conformidad con el art. 6 de los nuevos Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, los tribunales de la última residencia habitual de los esposos o miembros de la unión registrada son los competentes para conocer de los litigios en materia de regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de la unión registrada⁷⁴.

4.2. Inconvenientes de la inmutabilidad y posibles soluciones

a) La descoordinación entre los criterios de competencia judicial internacional del art. 6 y las conexiones objetivas del art. 26.1 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104

En los supuestos descritos, los tribunales de la residencia habitual común de los cónyuges/miembros de la unión registrada en el momento de la interposición de la demanda en la mayoría de los casos se encontrarán con que, en aplicación de las conexiones objetivas del art. 26.1 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, tendrán que aplicar una ley extranjera, **con** los problemas que ello conlleva en la práctica⁷⁵. Si para los órganos jurisdiccionales aplicar el derecho interno sobre regímenes económicos matrimoniales ya tiene su complejidad, más difícil es todavía aplicar un derecho extranjero, especialmente si se trata del derecho de un tercer Estado⁷⁶. En los procedimientos en materia de regímenes económicos matrimoniales o de efectos patrimoniales de las uniones registradas es precisamente en los casos que resulta aplicable la ley de un tercer Estado que en mayor medida se podrá activar la excepción de orden público⁷⁷. Si la ley aplicable es la de un Estado que ignora la igualdad de los derechos de las mujeres (así por ej. las leyes islámicas no conocen la institución de los regímenes económicos matrimoniales y el núcleo de la regulación matrimonial lo constituyen los derechos del marido sobre la mujer, que únicamente se beneficia de un derecho a la manutención), es decir, una ley que no contempla o que prevé un nivel de protección de la parte débil de la relación más bajo que el previsto en los Estados miembros, la excepción de orden público servirá para aplicar el estándar de la UE frente a terceros Estados, evitándose de esta manera resultados que atentan contra los principios reconocidos por las constituciones estatales, por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por el Convenio europeo de Derechos humanos.

⁷⁴ El art. 6 a) del Reglamento 2016/1103 y el art. 6 a) del Reglamento 2016/1104 atribuyen la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio tengan los cónyuges/miembros de la unión registrada la residencia habitual común en el momento de la interposición de la demanda.

⁷⁵ Los Estados que no participaron en la adopción de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 por la vía de la cooperación reforzada no eran partidarios de tener que aplicar un derecho extranjero. Este fue precisamente el principal motivo por el que algunos Estados tampoco participaron, con anterioridad, en la adopción del Reglamento 1259/2010. Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS: 2011, p. 338.

⁷⁶ Vid. BONOMI: 2014, pp. 236 y 237.

⁷⁷ Vid. CAMPUZANO DÍAZ: 2011, p. 250.

Las conexiones objetivas previstas en los arts. 26.1 de ambos Reglamentos también pueden dar lugar a que el órgano jurisdiccional competente tenga que aplicar una ley poco vinculada a la vida de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada al estar fijadas al inicio de la vida matrimonial o en pareja. Es decir que, se trata de conexiones que en muchos casos no respetan el principio de proximidad.

Durante los trámites previos a la adopción de los dos Reglamentos, con el objeto de conseguir que las autoridades apliquen la ley del foro y una ley cercana a la vida de la pareja, algunos autores, tomando como referencia el art. 55.1 Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado y las soluciones del Convenio de La Haya de 1978, sugirieron que se modificara la fijación temporal de las conexiones subsidiarias de las Propuestas de Reglamento, pasándose a articular un sistema basado en la mutabilidad. En su opinión, en defecto de elección de ley por las partes, la ley aplicable debería ser la ley de la residencia habitual común en el momento de plantearse la demanda o la ley de la última residencia habitual común⁷⁸. Sin embargo, esta no ha sido la solución recogida por los recientes Reglamentos UE debido a que tiene el inconveniente de que provoca un cambio automático e involuntario de la ley aplicable y, puede que también, del régimen económico matrimonial. El cambio involuntario de la ley aplicable en algunos casos puede causar sorpresas a los propios cónyuges y/o incluso la pérdida de derechos y de expectativas por parte de los mismos o de alguno de ellos. A nivel intracomunitario, en la medida que los derechos internos de los Estados miembros prevén un alto nivel de protección de la parte débil de la relación, el cambio de un régimen a otro, por lo general, no conlleva una afectación importante de su situación financiera. Puede apreciarse pérdida de protección si se pasa a un sistema de separación de bienes como, por ejemplo, el de Cataluña, aunque generalmente estos sistemas prevén mecanismos de protección o de compensación. Para evitar los inconvenientes provocados por la mutabilidad automática, los partidarios de esta solución sugirieron la posibilidad de informar a las partes de sus consecuencias y de ofrecerles la opción de descartar el cambio de ley aplicable, tal como disponen el art. 55.2 Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado y el art. 7.2 del Convenio de La Haya de 1978⁷⁹.

El legislador de la UE con el propósito de reducir los inconvenientes derivados de la fijación de las conexiones objetivas al inicio de la vida matrimonial o en pareja ha incorporado en ambos Reglamentos una cláusula en virtud de la cual, a modo de excepción y a instancia de una de las partes, el tribunal competente podrá dejar de aplicar la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio (art. 26.1 a) del Reglamento 2016/1103)⁸⁰ y, en el caso de las uniones registradas, la ley del

⁷⁸ Vid. BONOMI: 2014, pp. 240-246.

⁷⁹ Vid. BONOMI, *Ibid.*, pp. 245 y 247; BONOMI: 2011, p. 228.

⁸⁰ La cláusula del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 no resulta operativa con respecto a los apartados b) y c) del art. 26.1, que contemplan como conexiones subsidiarias la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio y la ley con la que ambos cónyuges tengan la

Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada (art. 26.1 del Reglamento 2016/1104). En su lugar, el órgano jurisdiccional podrá aplicar la ley del Estado de la última residencia habitual común de los cónyuges o miembros de la unión registrada. Sin embargo, para que dichas cláusulas de excepción resulten operativas es imprescindible que el demandante logre demostrar que: los cónyuges o miembros de la unión han realizado o planificado sus relaciones patrimoniales en base a dicha ley, comprobación que no resultará sencilla y, que la residencia en dicho Estado tenga una durabilidad, aunque con respecto a la valoración del cumplimiento de este requisito el legislador de la UE ha seguido pautas distintas en cada uno de los Reglamentos. El art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 es más preciso y evita los problemas que en la práctica podrá plantear la aplicación del art. 26.2 del Reglamento 2016/1104, puesto que establece que la ley de la última residencia habitual de los cónyuges podrá aplicarse si el demandante demuestra que “los cónyuges llevan residiendo en dicho Estado un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado de su primera residencia habitual tras la celebración del matrimonio”. De modo que, para que los órganos jurisdiccionales apliquen la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges basta con que el matrimonio haya residido en dicho lugar un período de tiempo más extenso que en el territorio del Estado de su primera residencia habitual. En cambio, el art. 26.2 del Reglamento 2016/1104 es impreciso puesto que se limita a exigir que el demandante demuestre que los miembros de la unión registrada hayan residido en dicho Estado durante “un período de tiempo significativamente largo”. El problema que en la práctica podrá plantear la aplicación de la citada disposición será el de determinar a partir de qué momento (6 meses, 1 año etc.) se entiende que el tiempo de residencia en dicho Estado es “significativamente largo”. Esta imprecisión puede dar lugar a que casos idénticos queden resueltos de manera distinta, en la medida que dependerá del criterio subjetivo del órgano competente que se aplique la ley de la última residencia habitual común de los miembros de la unión registrada o la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

El alcance limitado de la cláusula de excepción del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103, que tan sólo opera con respecto a la ley designada por el art. 26.1 a), y con la que se intenta conseguir que el juez aplique la ley del foro y una ley vinculada a la vida de los cónyuges, puede encontrar su explicación en que las conexiones subsidiarias previstas en los apartados b) (ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de celebrar el matrimonio)⁸¹ y c) (ley con la que los cónyuges tengan la vinculación más estrecha en el momento de celebrar el matrimonio teniendo en cuenta todas las circunstancias) del art. 26.1 del Reglamento 2016/1103, en principio, por si mismas, pueden dar lugar a la aplicación de una ley vinculada a la vida de los cónyuges. Sin embargo, si tenemos en cuenta que ambas están fijadas temporalmente al inicio de la vida matrimonial -momento de celebrar el matrimonio-, en muchas ocasiones éstas darán lugar a la aplicación de leyes

vinculación más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

⁸¹ Aunque la citada conexión no resultará aplicable si los cónyuges tienen más de una nacionalidad en el momento de la celebración del matrimonio (art. 26.2 del Reglamento 2016/1103).

con las que los cónyuges no tienen ninguna vinculación, como puede suceder, por ejemplo, en el caso de que los cónyuges inmediatamente después de celebrar matrimonio hubieran fijado su residencia habitual en un Estado y poco tiempo después la hubieran trasladado al territorio de otro Estado. Las conexiones de los apartados b) y c) del art. 26.1 tampoco garantizan la aplicación de la ley del foro por parte del órgano jurisdiccional competente, en particular, cuando su competencia está basada en el art. 6 del Reglamento 2016/1103.

La aplicación de la ley designada por la cláusula de excepción prevista en el art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 no podrá afectar negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley de la residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, designada en virtud del art. 26.1 a) del Reglamento 2016/1103 (art. 26.3 apartado 2º). Paralelamente, en el caso de las uniones registradas, la ley designada por la cláusula de excepción prevista en el art. 26.2 del Reglamento 2016/1104 tampoco podrá afectar a los derechos de terceros derivados de la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada (art. 26.2 apartado 3º).

b) La descoordinación entre las conexiones objetivas de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 y las de los Reglamentos 1259/2010 y 650/2012

Como ya se ha apuntado, muy frecuentemente los procedimientos sobre regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de las uniones registradas surgen por la necesidad de liquidar el régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de la unión registrada a causa de una crisis matrimonial o de la unión registrada o debido al fallecimiento de uno de los cónyuges o miembros de la unión. Asimismo, en muchos casos al resolverse sobre la liquidación del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión registrada el tribunal también debe pronunciarse sobre la cuestión relativa a las obligaciones alimenticias. En todos estos casos lo idóneo sería que una misma ley se aplicara a las distintas pretensiones de la demanda⁸², lo que sin duda facilitaría la tarea del juez, especialmente si la ley aplicable fuera la de un Estado miembro y, más todavía, si fuera la ley del foro. La autonomía conflictual o la elección de ley por las partes es la conexión que mejor puede lograr esta finalidad y, más concretamente, la coordinación de los distintos Reglamentos de la UE y otros instrumentos internacionales susceptibles de ser aplicados en un mismo procedimiento para determinar la ley aplicable a cada una de las pretensiones de la demanda: el Reglamento 1259/2010 (Roma III) sobre crisis matrimoniales, el Reglamento 650/2012 sobre sucesiones, el Protocolo de La Haya de 2007 sobre alimentos y los Reglamentos 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales y 2016/1104 sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas, puesto que todos estos instrumentos contemplan la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable al fondo de la demanda⁸³. No obstante, en la práctica la aplicación de esta

⁸² Vid. NAGY: 2010, p. 528; CAMPUZANO: 2011, p. 246.

⁸³ Sobre las demandas con pretensiones distintas y estrechamente vinculadas entre sí y la necesidad de coordinar la aplicación de los Reglamentos de la UE en materia de familia y sucesiones y otros instrumentos internacionales Vid. BONOMI: 2011, pp. 217-231; BONOMI: 2014, pp. 231-247;

solución tampoco resultará tan sencilla puesto que algunos de estos Reglamentos UE han sido adoptados por la vía de la cooperación reforzada⁸⁴ y, que entre los mismos no hay una absoluta coincidencia ni entre las leyes susceptibles de elección ni con respecto a todas las formalidades a cumplir para que la elección sea válida⁸⁵. Con el fin de garantizar la aplicación de una misma ley a todas y cada una de las pretensiones de la demanda lo idóneo sería que los distintos Reglamentos incorporaran una regulación uniforme de la autonomía conflictual⁸⁶.

En los casos en los que los cónyuges o miembros de la unión registrada no hayan elegido la ley aplicable, serán leyes distintas las que regirán las diferentes pretensiones de la demanda debido a que las conexiones objetivas previstas en los distintos instrumentos UE no son idénticas y, aunque algunas de ellas sí que coinciden, no están fijadas en un mismo espacio temporal⁸⁷. Así, mientras que los Reglamentos 1259/2010 y 650/2012 las fijan al final de la vida matrimonial⁸⁸, al suponer tanto la crisis como el fallecimiento de uno de los cónyuges

CAMPUZANO DÍAZ: 2011, pp. 233-253; QUINZÁ REDONDO: 2013, pp. 513-542; QUINZÁ REDONDO: 2016, pp. 350-373; QUINZÁ REDONDO & GRAY: 2015, p. 650; RODRÍGUEZ BENOT: 2012, p. 563 y, en particular, refiriéndose a la eventual coordinación del Protocolo de La Haya de 2007 con las entonces Propuestas de Reglamento de 2011 sobre regímenes económicos matrimoniales y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas Vid. NAGY: 2010, pp. 528 y 529.

⁸⁴ Si tenemos presente que los Reglamentos 1259/2010, 2016/1103 y 2016/1104 únicamente vinculan a los Estados miembros que han participado en la cooperación reforzada, según cual sea el tribunal del Estado miembro competente para conocer de la demanda con distintas pretensiones en materia de familia y sucesiones, la coordinación resultará más o menos compleja o, incluso, imposible.

⁸⁵ Vid. en este sentido BONOMI: 2011, p. 230, refiriéndose, en particular, a la coordinación de las Propuestas de 2011 con el Reglamento 650/2012 sobre sucesiones; y QUINZÁ REDONDO: 2013, p. 536, al referirse, en concreto, a la coordinación de la Propuesta de 2011 sobre regímenes económicos matrimoniales con el Reglamento 1259/2010.

⁸⁶ Vid. BONOMI, *Ibid.*, p. 230; CAMPUZANO DÍAZ: 2011, pp. 247 y 248; QUINZÁ REDONDO: 2016, p. 358.

⁸⁷ En los Reglamentos 1259/2010 (Roma III), 650/2012 y en los nuevos Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 la conexión de la residencia habitual común tiene un destacado protagonismo frente a otras conexiones como la nacionalidad. La residencia habitual es una conexión que designa como aplicable la ley del lugar donde viven las partes implicadas, es decir, es una ley con la que los miembros del matrimonio (o de la unión registrada) tienen una estrecha vinculación. Vid. MARTINY: 2007, pp. 88 y 89; MEUSEEN, PERTEGÁS, STRAETMANS, SWENNEN: 2007, p. 41.

⁸⁸ Según el art. 8 del Reglamento 1259/2010, "A falta de una elección según lo establecido en el art. 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: a) en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en el que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda". El art. 21 del Reglamento 650/2012 dispone: "Salvo disposición contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento". No obstante, esta ley será aplicable, salvo que en el momento del fallecimiento el causante mantuviere una vinculación más estrecha con otro Estado distinto al de su última residencia habitual (art. 21.2).

el fin de la vida matrimonial; los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 lo hacen a su inicio, por cuanto el régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de la unión registrada surgen a raíz de la celebración del matrimonio o de la constitución de la unión y durante su existencia⁸⁹. Es decir que, la orientación *lege forista* de los Reglamentos 1259/2010 y 650/2012, que incorporan soluciones dirigidas a que el tribunal competente – con frecuencia el tribunal del Estado miembro dónde los cónyuges o los miembros de la unión registrada tienen su última residencia habitual común- aplique su derecho interno, no es la que ha seguido el legislador de la UE al adoptar los nuevos Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104⁹⁰. En consecuencia, la aplicación coordinada de los distintos Reglamentos a la hora de determinar la ley aplicable a las distintas pretensiones de la demanda vinculadas entre sí no resultará una tarea demasiado sencilla para los órganos jurisdiccionales competentes.

Como ya hemos adelantado, la mejor de las soluciones para evitar los inconvenientes que en la práctica pueden surgir a través de la aplicación de las conexiones objetivas de los Reglamentos existentes es recurrir a la autonomía de la voluntad conflictual, es decir, que las partes elijan la ley aplicable al fondo de la demanda. Sin embargo, esta solución, hoy por hoy, tampoco puede evitar todos los inconvenientes destacados, salvo que los Reglamentos existentes, en particular, el Reglamento 2201/2203 y el Reglamento 1259/2010 sean, en breve, objeto de una revisión y actualización e incorporen soluciones coordinadas con los dos nuevos Reglamentos. El recurso a las cláusulas de excepción, aunque éstas pueden dar lugar a una cierta incertidumbre e inseguridad jurídica, también permitiría que el juez competente corrigiera resultados inoportunos y que aplicara la misma ley a las distintas pretensiones, pero los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 no contienen una cláusula de excepción general como las contenidas en otros Reglamentos sobre ley aplicable⁹¹. En opinión de algunos autores, con el objetivo de reducir la incertidumbre e inseguridad jurídica a la que se enfrentan las familias internacionales como consecuencia de la descoordinación existente entre los distintos Reglamentos UE, sería conveniente que en el seno de la UE se adoptara un instrumento unificado de Derecho de familia y sucesiones⁹². Ésta sería, ciertamente, una muy buena solución, a pesar de que no es en absoluto alcanzable a corto plazo.

⁸⁹Vid. QUINZÁ REDONDO & GRAY: 2015, p. 650.

⁹⁰Vid. BONOMI: 2014, pp. 237 y 238.

⁹¹ Vid. NAGY: 2010, pp. 528 y 529; FERNÁNDEZ ROZAS: 2016, p. 16, donde el autor destaca que la cláusula de excepción contenida en ambos Reglamentos no responde a los parámetros seguidos hasta la fecha por el legislador de la UE.

⁹² Vid. QUINZÁ REDONDO: 2013, p. 540. En su opinión dicho instrumento “sería “la vacuna” casi definitiva y alejaría, en gran parte, los problemas derivados de la (des) coordinación”; QUINZÁ REDONDO & GRAY: 2015, p. 655. También se muestra crítica con la adopción por parte de la UE de distintos Reglamentos para regular distintos aspectos del Derecho de familia que en el ámbito del Derecho material se encuentran estrechamente vinculados entre sí o son dependientes unos de los otros y sugiere la adopción de un código o instrumento unificado, KROLL: 2008, pp. 387 y 388.

5. La protección de los terceros como límite a la lex causae

La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas regulará, entre otras cuestiones, las relaciones entre uno de los cónyuges o miembros de la unión registrada y un tercero (art. 27f). Por consiguiente, el tercero que contrata con uno de los cónyuges o miembros de la unión registrada estará interesado en saber cuál es la ley aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de la unión registrada. Con el objeto de proteger a los terceros, el art. 28.1 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 dispone que la ley rectora del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión registrada no podrá ser invocada por uno de los cónyuges o miembros de la unión frente a un tercero, salvo que éste conociera o debiera haber tenido conocimiento de dicha ley⁹³. Según el art. 28.2 de los Reglamentos, esta circunstancia se cumplirá siempre que la ley rectora del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión registrada coincida con la ley aplicable al negocio jurídico entre el cónyuge y el tercero, la ley del Estado de la residencia habitual común o, tratándose de bienes inmuebles, con la ley del Estado de situación del bien; o, cuando cualquiera de los cónyuges o miembros de la unión registrada hubiera cumplido con los requisitos fijados por cualquiera de estas leyes para la divulgación o el registro del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión registrada.

En el caso de que la ley rectora no pueda invocarse por uno de los cónyuges ante un tercero por no ser ésta conocida por este último, los efectos del régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de la unión registrada frente a dicho tercero se regirán por la ley aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges o miembros de la unión registrada con el tercero, excepto cuando estén implicados bienes inmuebles, en cuyo caso se aplicará la ley del Estado de situación del inmueble o en el que estén registrados los bienes o derechos (art. 28.3). Esta cláusula, destinada a proteger los intereses de los terceros, merece, tal y como ya adelantaban algunos autores con ocasión de las Propuestas de 2015⁹⁴, una valoración muy positiva. Por un lado, porque ofrece un equilibrio entre los intereses de los terceros y de los cónyuges y, por otro lado, porque garantiza que los Estados miembros vinculados por los Reglamentos exigirán unas condiciones uniformes para que la ley rectora del régimen económico matrimonial o efectos patrimoniales de la unión registrada pueda ser invocada por parte de uno de los cónyuges frente a un tercero.

6. La excepción de orden público

⁹³ Otras disposiciones de los Reglamentos que persiguen como finalidad la protección de los derechos de los terceros son los arts. 22.3 y 26.3 apartado 2º del Reglamento 2016/1103 y los arts. 22.3 y 26.2 apartado 3º del Reglamento 2016/1104.

⁹⁴ Vid. QUINZÁ REDONDO: 2016, p. 393.

Las marcadas divergencias existentes entre los derechos nacionales de los Estados miembros en materia matrimonial y sobre uniones no matrimoniales justifican la frecuente intervención del orden público en este ámbito del Derecho de familia⁹⁵. El reconocimiento de efectos patrimoniales a los matrimonios del mismo sexo o a las uniones, registradas o no, mixtos genera muchas discrepancias en el seno de la UE⁹⁶. Las divergencias son tales que el legislador de la UE en el art. 9.1 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 ha incorporado una disposición en virtud de la cual los tribunales de los Estados miembros competentes en base a los arts. 4, 5 o 6 a), b), c) o d), para conocer de un procedimiento en materia de regímenes económicos matrimoniales o de efectos patrimoniales de las uniones registradas, podrán inhibirse si su derecho no contempla la institución matrimonial o la unión registrada en cuestión a efectos del procedimiento sobre el régimen económico matrimonial o sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada. Parece lógico y coherente pensar que si el tribunal no se ha inhibido en un litigio referente a una institución desconocida en su ordenamiento jurídico cuando ha tenido la oportunidad de hacerlo, posteriormente ya no pueda invocar la excepción de orden público por el hecho de que la ley del foro no contempla el matrimonio o la unión en cuestión⁹⁷. La deducción a la que nos lleva la lectura del arts. 9.1 de ambos Reglamentos quizás ha sido el motivo por que el legislador de la UE haya optado por incluir en ambos Reglamentos una cláusula general de orden público, es decir, una cláusula que no ofrece directrices a las autoridades judiciales de cómo debe ser aplicada. Según el art. 31 de ambos Reglamentos, “La aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado determinada por el presente Reglamento solo podrá ser rehusada si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”⁹⁸.

A nuestro juicio hubiera sido más adecuado, aunque pudiera parecer accesorio, que el legislador de la UE con la idea de restringir la operatividad de la excepción de orden público y de facilitar su aplicación hubiera incorporado en ambos Reglamentos, tanto en el capítulo sobre la ley aplicable, como en el relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias, disposiciones especiales sobre la excepción de orden público como las contenidas en los arts. 18.2 y 24, respectivamente, de la Propuesta de Reglamento sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas de 2011⁹⁹, siguiendo de este modo la misma dirección que el art. 10 del Reglamento 1259/2010¹⁰⁰. El art. 18.2 de la Propuesta de

⁹⁵ Vid. POILLOT PERUZZETTO: 2007, p. 282.

⁹⁶ Vid. GÓMEZ CAMPELO: 2008, p. 133.

⁹⁷ Vid. FONTANELLAS MORELL: 2012, pp. 277 y 278.

⁹⁸ Sobre el orden público europeo e internacional Vid. ALVÁREZ GONZÁLEZ: 2013, pp. 146-181.

⁹⁹ El art. 23 de la Propuesta de Reglamento sobre Regímenes económicos matrimoniales de 2011 no incluía la misma regulación sobre la excepción de orden público que la Propuesta de Reglamento sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas.

¹⁰⁰ Según el art. 10 del Reglamento 1259/2010, “Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al

2011 impedía el recurso a la excepción de orden público si su invocación se debía exclusivamente a que la ley del tribunal competente desconocía este tipo de unión. En la misma línea, el art. 24 de la citada Propuesta disponía que el juez del Estado requerido tampoco podía denegar el reconocimiento o la ejecución de una resolución, ni de una parte de una resolución, relativa a los aspectos patrimoniales de una unión registrada por el hecho de que su ley interna no reconociera la unión registrada o no le atribuyera los mismos efectos patrimoniales.

La heterogeneidad existente en la actualidad entre los derechos sustantivos de los Estados miembros en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas no tiene tanta entidad como para que a través de la excepción de orden público, prevista en el art. 31 de los nuevos Reglamentos, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes para conocer de litigios sobre esta materia procedan a descartar la aplicación de la ley de un Estado miembro por resultar su aplicación manifiestamente incompatible con el orden público del foro. No obstante, no por ello debe suprimirse dicho correctivo con respecto a las situaciones intracomunitarias en materia de Derecho de familia, pero si debe exigirse que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros vinculados por los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 la apliquen de manera excepcional, precisa y controlada¹⁰¹. La invocación de la excepción de orden público prevista en ambos Reglamentos en la práctica se producirá cuando la ley designada por sus normas de conflicto sea la de un tercer Estado cuya aplicación sea manifiestamente contraria al orden público del foro como, por ejemplo, la ley de un país islámico. Aunque en los casos de disolución o liquidación del régimen económico matrimonial de matrimonios poligámicos o en los supuestos de repudio irrevocable, los órganos jurisdiccionales españoles, a pesar de tratarse de instituciones no previstas por el Derecho español, con toda seguridad recurrirán a la aplicación del orden público atenuado al ser ésta la solución que se viene aceptando desde hace algunos años tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. La aplicación del orden público atenuado ha dado lugar al reconocimiento de derechos sucesorios, de alimentos, pensiones compensatorias y a la disolución del régimen económico matrimonial en estos tipos de situaciones¹⁰².

En definitiva, la excepción de orden público, al igual que la protección de los derechos de los terceros y que las leyes de policía del foro, constituye un límite o un correctivo a la aplicación de la ley rectora de los regímenes económicos matrimoniales y de los efectos patrimoniales de la unión registrada, haya sido ésta elegida por las partes (art 22) o, en su

divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro". Esta disposición a su vez se complementa con la cláusula de orden público prevista en el art. 12 del Reglamento 1259/2010, de conformidad con el cual "Sólo podrá excluirse la aplicación de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro".

¹⁰¹Vid. MEUSEEN, PERTEGÁS, STRAETMANS & SWENNEN: 2007, p. 45; POILLOT PERUZZETO: 2007, pp. 301 y 302.

¹⁰² Vid. QUINZÁ REDONDO: 2016, pp. 376-378.

defecto, designada a través de las conexiones subsidiarias del art. 26 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104.

7. Consideraciones finales

Con la reciente aprobación de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 los matrimonios o parejas internacionales gozarán de una mayor certidumbre y seguridad jurídica y, por consiguiente, podrán circular libremente en el seno de la UE al disponer de normas uniformes en materia de competencia judicial internacional, de derecho aplicable y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas. A partir del momento en que los Reglamentos sean de aplicación, el 29 de enero de 2019, los problemas de *fórum shopping* y de *law shopping* que se vienen planteando en el seno de la UE en este ámbito del Derecho de Familia no desaparecerán por completo en la medida que los nuevos Reglamentos no afectan a los derechos sustantivos de los Estados miembros sobre la materia, entre los cuales hay una marcada heterogeneidad, pero sí que quedarán considerablemente reducidos.

Una de las principales aportaciones de ambos Reglamentos es el reconocimiento de un amplio protagonismo a la autonomía de la voluntad de las partes, en particular, en el ámbito del derecho aplicable. Con mucha frecuencia los litigios en materia de liquidación o disolución del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión registrada tienen su origen en una crisis matrimonial o de pareja o en el fallecimiento de uno de sus miembros, siendo en tales casos deseable, por razones de economía procesal y para la buena administración de justicia, que un mismo tribunal sea competente para conocer de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y, que una única ley sea la aplicable al fondo de la misma. La autonomía de la voluntad conflictual es, sin duda, la conexión que mejor puede conseguir la coordinación entre los distintos Reglamentos susceptibles de ser aplicados para determinar la ley aplicable a las demandas con distintas pretensiones estrechamente vinculadas entre sí (Reglamento 1259/2010, Reglamento 650/2012 y Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104). No obstante, la autonomía de la voluntad conflictual no posee una regulación uniforme en todos y cada uno de los Reglamentos, motivo por el cual sería oportuno proceder a su revisión o a la adopción de un instrumento que unifique las normas de Derecho internacional privado en materia de familia y sucesiones en el seno de la UE, aunque ésta es más bien una solución a largo plazo.

La ley aplicable al régimen económico matrimonial y a los efectos patrimoniales de la unión registrada, haya sido o no elegida por las partes, presenta algunos límites: aquellos que el legislador incorpora en la propia redacción de la norma de conflicto, como por ejemplo, la protección de los derechos de los terceros; los que se contemplan a *posteriori* a través de correctivos como la excepción de orden público, que opera para descartar la

aplicación de la ley extranjera designada aplicable y; por último, los límites que, previamente o con posterioridad a la aplicación de la norma de conflicto, resultan operativos con independencia del contenido del derecho extranjero designado aplicable, como son las leyes de policía de la ley del foro.

8. Bibliografía

ABARCA JUNCO, P., "Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho Internacional Privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1983, núm. 1 v. XXXV, pp. 43-60.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado" en VVAA, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Tomo I, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 137-153.

-¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado" en BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRIGO, A (Dir.), *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de la Asociación Española de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Barcelona, 19-20 de septiembre de 2013, Tecnos, Madrid, 2013, pp.146-181.

AÑOVEROS TERRADAS, B., "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia" en FORNER DELAYGUA, J.J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R., (Eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 119-131.

BOELE-WOELKI, K., "Cross border relations in Europe: towards a Common European Matrimonial Property Law based upon cooperation between Private International Law and Substantive Law" en KEIRSE, A.L.M. & LOOS, M.B.M., (Eds.) *Alternative ways to ius commune. The europeanisation of Private Law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012, pp. 33-47.

BOELE-WOELKI, K. & JÄNTERÄ-JAREBORG, M., "Initial results of the work of the CEFL in the field of Property Relations between spouses" en BOELE-WOELKI, K., MILES, J. & SCHERPE, J.S. (Eds.), *The future of Family Property in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011, pp. 47-62.

BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. & PINTENS, W., *Principles of European Family Law Regarding Property Relations between Spouses*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "El derecho interregional: realidades y perspectivas" en *La codificación del Derecho Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, pp. 553-574.

BOUZA VIDAL, N. y ABARCA JUNCO, P. en MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, 1987.

-“Los aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales” en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2004, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 31-91.

BONOMI, A., "The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions", *Yearbook of Private International Law*, 2011, v. 13, pp. 217-231.

-“The Proposal for a Regulation on Matrimonial Property. A Critique of the Proposed Rule on the Immutability of the Applicable Law”, en BOELE-WOELKI, K. DETHLOFF, N. y GEPHART, W. (Eds.), *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, pp. 231-247.

BONOMI, A. & STEINER, M., *Les régimes matrimoniaux en Droit Comparé et en Droit international privé*, Librairie Droz, Genève, 2006.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A. y GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., *Recopilación de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 201-207.

BUSCHBAUM, M. & SIMON, V., "Les Propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés", *Revue Critique de Droit international privé*, 2011, núm. 4, pp. 801-816.

CAMPUZANO DÍAZ, B., "The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the Proposal on Matrimonial Property Regimes", *Yearbook of Private International Law*, 2011, v. 13, pp. 233-253.

DIAGO DIAGO, P., *Pactos o Capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *La LEY Unión Europea*, 2016, núm. 40, de 30 de septiembre de 2016, pp. 1-29.

FONT SEGURA, A., Comentario al artículo 231-10 sobre el Régimen Económico Matrimonial contenido en EGEA FERNÁNDEZ, J. y FERRER RIBA, J., (Dir.), *Comentari al*

llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 96 a 104.

FONTANELLAS MORELL, J.M^a., "Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento Comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas" en PARRA RODRÍGUEZ, C., (Dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 257-290.

- "La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria", *Anuario de Derecho Civil*, T. LX, 2012, Fasc. 1, pp. 275-291.

GÓMEZ CAMPELO, E., *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Reus, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

- "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario. Derecho internacional privado y Derecho de Familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, T. IV, pp. 117-186.

- "Islamic Family Law in the European Union", en MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. & SWENNEN, F. (Eds.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2007, pp. 425-438.

- "El acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial común", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, T. X, pp. 397-416

- "The unification of Private International Law in Europe: A success story?" en BOELE-WOELKI, K., MILES, J. & SCHERPE, M. (Eds.), *The future of Family Property Law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011, pp. 330-339.

KROLL, K., "Unification of Conflict of Laws in Europe" en K. BOELE-WOELKI & T. SVERDURP (Eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia EFL, Antwerp, Oxford, Portland, 2008, pp. 379-393.

LACRUZ BERDEJO, J.L., "El régimen matrimonial primario" en VVAA *Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, v. 1, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 279 a 297.

LAGARDE, P., "Vers un Reglement communautaire de Droit international privé des regimes matrimoniaux et des successions", *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor J. D. González Campos*, T. II. *Derecho internacional privado, Derecho Constitucional y varia*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2005.

LAMARCA, E. FARNÓS, A. AZAGRA, M. ARTIGOT, "Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?", *InDret*, 2003-4, pp. 1-20.

MARTINY, D., "Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?" en HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONDIUS, E., JOUSTRA, C & DU PERRON, E. (Eds.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, Nijmegen, 2011, pp. 429-457.

- "Objectives and Values of (Private) International Law in Family Law" en MEEUSEN, J. PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. & SWENNEN, F. (Ed.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2007, pp. 69-99.

MEUSEEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. & SWENNEN, F. (Eds.), "Rapport Général" en MEUSEEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G., & SWENNEN, F. (Eds.), *International Family Law for the European Union*, 2007, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2007, pp. 25-49.

MOTA, E., "El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la Propuesta de Reglamento "Roma IV": algunos problemas y omisiones", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2013, v. 5, núm. 2, pp. 428-447.

NAGY, C.L., "El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, T. X, pp. 511-529.

PERTEGÁS, M., "Beyond nationality and habitual residence: other connecting factors in European Private International Law in Family matters" en MEUSEEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. & SWENNEN, F. (Ed.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2007, pp. 319-340.

PINTENS, W., "Europeanisation of Family Law" en BOELE-WOELKI, K., (Ed.), *Perspectives for the unification of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2003, pp. 3-33.

POILLOT PERUZZETTO, S., "The exception of public policy in Family Law within the European legal system" en MEUSEEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. & SWENNEN, F. (Eds.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2007, pp. 279-302.

QUINZÁ REDONDO, J.P., "La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2013, T. XIII, pp. 513-542.

- *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

QUINZÁ REDONDO, J.P. y GRAY, J., "The coordination of Jurisdiction and Applicable Law in related proceedings: the interaction between the Proposal on Matrimonial Property Regimes and the Regulations on Divorce and Succession" en BERGÉ, J.S., FRANCO, S. y

GARDEÑES SANTIAGO, M. (Eds), *Boundaries of European Private International Law*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 638-655.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Atelier, Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ BENOT, A., "La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: la Propuesta de Reglamento de marzo de 2011" en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Ed.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum J.L. Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 555-571.

RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002.

-“Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la Propuesta del Reglamento del Consejo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2011, T. XI, pp. 937-955.

ZABALO ESCUDERO, M.E., "Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias", *Revista Millenium DIPr.*, nº3, pp. 1-10 (<http://www.milleniumdipr.com/ba-40-conflictos-de-leyes-internos-e-internacionales-conexiones-y-divergencias>).

La delimitación de la excepción de orden público y del fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria

Albert Font i Segura

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

La disparidad material de los Derechos de sucesiones de los Estados miembros determina que el Reglamento 650/2012 persiga la coincidencia forum/ius. No obstante, de la conjunción de las reglas de competencia y de las normas de conflicto previstas en el instrumento europeo se desprende que en ocasiones las autoridades competentes van a tener que aplicar un Derecho extranjero. En estas circunstancias cabe la aplicación de la excepción de orden público y el fraude de ley cuyo resultado lleva a la aplicación del Derecho del foro, con la finalidad principal de garantizar la protección del orden público. La presente contribución, por encima de los límites y las carencias del Reglamento 650/2012, pone de manifiesto las restricciones efectivas y los condicionantes potenciales a que serán o pueden ser sometidas las jurisdicciones nacionales. El autor sugiere mecanismos para que el TJUE ofrezca pautas de interpretación y articulación entre ambas figuras.

The outstanding differences among the Member States on succession matters determine the intended coincidence between forum and ius in Regulation 650/2012. However, the combination of the rules of competition and the conflict rules provided for in the European instrument can sometimes lead to the application of foreign law. Under these circumstances the application of public policy reservation or the evasion of law can be taken which results in the application of lex fori, with the main purpose of ensuring the protection of public order. This contribution, above the limits and shortcomings of Regulation 650/2012, highlights the effective restrictions and potential constraints that can be or may be submitted to national jurisdictions. The author suggests mechanisms for the EUCJ to provide guidelines for interpretation and articulation between the two figures.

Title: The delimitation of the public policy reservation and evasion of law in Succession Regulation (EU) 650/2012

Palabras clave: Derecho de sucesiones; Reglamento 650/2012; orden público; fraude de ley.

Keywords: Inheritance law; law of succession; Regulation 650/2012; public policy; evasion of law.

Sumario

1. Introducción
2. La carga sustantiva del Reglamento 650/2012 como norma europea
 - 2.1. El contexto
 - 2.2. Los objetivos
 - 2.3. El procedimiento legislativo
3. Límites efectivos y condicionantes potenciales a la aplicación de la excepción de orden público en el Reglamento 650/2012
 - 3.1. Presentación
 - 3.2. Límites efectivos a la aplicación del orden público internacional
 - 3.3. Condicionantes potenciales a la aplicación del orden público internacional
4. Límites efectivos y condicionantes potenciales a la aplicación del fraude de ley en el Reglamento 650/2012
 - 4.1. Presentación
 - 4.2. Límites efectivos a la aplicación del fraude de ley
 - 4.3. Condicionantes potenciales a la aplicación del fraude de ley
5. Reflexiones finales
6. Jurisprudencia
7. Bibliografía

1. Introducción

La aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto puede verse frustrada por la excepción de orden público y el fraude de ley. Estos mecanismos son las ventanas por las que asoma de manera más cruda y evidente el ordenamiento del foro. En efecto, a través de estos expedientes se manifiesta el orden público del ordenamiento del foro. Ciertamente, la noción de orden público no es la misma en una y otra figura, pero no cabe duda de que el ordenamiento del foro aparece en toda su plenitud desplazando al Derecho extranjero y haciendo añicos la distinción entre *fórum* y *ius*, clásica quintaesencia del Derecho internacional privado.

El objetivo de esta contribución supone plantear cuál va a ser el juego entre la excepción de orden público y el fraude de ley en el proceso de aplicación del Reglamento (UE) n° 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 y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante Reglamento 650/2012). No obstante, el presente trabajo no tiene por objeto profundizar en el contenido propiamente dicho del orden público ni tampoco en la configuración y operatividad del fraude de ley en materia de sucesiones. Su propósito es más simple. Pretende únicamente poner de manifiesto las dificultades existentes para articular el encaje entre una y otra figura en un marco determinado por el Reglamento 650/2012 y los ordenamientos de las autoridades de los Estados miembros sujetos al mismo. Lejos de tratarse de líneas paralelas cuya intersección es imposible -salvo en el infinito-, el juego de la excepción de orden público y el fraude de ley nos van a mostrar que el Reglamento 650/2012 y los Derechos de sucesiones de los Estados miembros van a condicionarse mutuamente. La relación existente entre la excepción de orden público y el fraude de ley, por medio del orden público -internacional o interno-, va a poner de relieve que existe el riesgo de que estas figuras actúen como vasos comunicantes y perviertan la respuesta normativa prevista en el Reglamento 650/2012.

El Reglamento 650/2012 se adoptó para regular de manera uniforme e integral distintos sectores del Derecho internacional privado, como la competencia judicial, la determinación de la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y la creación de un certificado sucesorio europeo, consiguiendo erradicar las diferencias que aparecían en el plano del Derecho internacional privado. Sin embargo, hay que advertir que continúan manteniéndose las disparidades en el ámbito sustantivo y procesal. Fruto de un compromiso en el que convergieron objetivos e intereses de distinto tipo, el Reglamento 650/2012 no lleva consigo una uniformidad material ni tan solo una mera aproximación de las legislaciones nacionales. Así el Reglamento europeo convive con los Derechos coexistentes en el territorio de la UE en materia de sucesiones, desplegando funciones distintas. No obstante, como se señalará más tarde, un Reglamento que aborda cuestiones de Derecho internacional privado no es nunca inocuo desde una perspectiva sustantiva.

El principal motivo que propicia esta tensión interna reside en que los principios sobre los que se fundamenta el Reglamento 650/2012 no siempre se compaginan bien con los principios materiales sobre los que están arraigados los Derechos de sucesiones de los Estados miembros. La situación anterior a la adopción del Reglamento 650/2012 no era en absoluto satisfactoria¹, pero no dejaba de existir una coordinación entre la norma de Derecho internacional privado y el ordenamiento a la que ésta pertenecía.

En efecto, si nos ceñimos al ámbito estricto del conflicto de leyes, cabe observar que, al menos indirectamente, una de las funciones que desempeña la norma de conflicto es delimitar el ámbito de aplicación en el espacio de las leyes en presencia. Si la norma de conflicto designa como aplicable un determinado Derecho, está impidiendo la aplicación de otros Derechos que están también vinculados con el supuesto. En consecuencia, si corresponde aplicar un Derecho extranjero está limitando la aplicación del Derecho del foro al caso concreto en beneficio de aquél que ha sido designado. Esta designación se lleva a cabo de acuerdo con principios y criterios que no son fruto del azar, sino consecuencia de una apuesta determinada que entronca con la regulación sustantiva de la categoría jurídica que está siendo regulada por la norma de conflicto². En suma, la norma de conflicto traduce una determinada concepción de la materia regulada y una opción de política legislativa³.

El Reglamento 650/2012 es proyección también de una determinada apuesta normativa. En este sentido, el Reglamento, adoptado por un legislador supranacional al que se le ha cedido competencias con fundamento en el TFUE, responde a un proyecto europeo y a una determinada ambición. Ahora bien, y este es un punto crucial, las claves de la elaboración y posterior interpretación del Reglamento 650/2012 no se sostienen sobre un Derecho material, simplemente porque no existe un Derecho de sucesiones europeo⁴. Los principios y criterios acogidos en el Reglamento 650/2012 -como pueden ser el carácter integral del Reglamento, la eficacia erga omnes, el principio de universalidad, el ámbito material de la ley designada, el uso de la residencia habitual como punto de conexión, la *professio iuris* como mecanismo para preservar la voluntad del futuro causante y proporcionar un

¹ Véase N. Bouza Vidal (2007, p. 32) poniendo de manifiesto que "(L)a diversidad entre los Estados miembros, no sólo en el Derecho material, sino también en las normas de Derecho internacional privado, favorece el *forum shopping* (acudir al tribunal o autoridad que aplicará el Derecho más favorable al demandante); complica la liquidación de la herencia e impide que el causante pueda prever con antelación como se regulará su sucesión".

² Véase H. Gaudemet-Tallon (2005, p. 187 y ss.). Sin que ello signifique que no se aspire a regular el tráfico jurídico externo y que no se tengan en consideración el principio de armonía internacional para la consecución de una mayor seguridad jurídica.

³ Basta con tener presentes los motivos que inclinan a un legislador por determinar la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte mediante la conexión nacionalidad o la conexión residencia habitual o domicilio o basándose, por el contrario, en conexiones vinculadas a los bienes de la herencia.

⁴ Aún así se ha defendido que el Reglamento 650/2012 debería ir acompañado por una armonización sustantiva, véase W. Pintens, (2011, pp. 5-22).

instrumento útil para la planificación, la introducción de una norma de conflicto concebida para regular los pactos sucesorios, etc.- no son proyección directa de los Derechos de los Estados miembros sujetos al mismo; son expresión de una voluntad político-legislativa no solo europea, sino con vocación integradora. Es precisamente este hecho el que genera tensión porque a ello cabe aunar algo que es verdaderamente relevante. En efecto, esta dificultad se ve acuciada porque, a diferencia de lo que puede suceder en otros ámbitos como en el Derecho de las obligaciones y contratos, en el Derecho de sucesiones existen importantes divergencias materiales y procesales entre los distintos ordenamientos. Los fundamentos del Derecho de sucesiones responden en cada sistema legal a factores de múltiple origen. Así, puede citarse el papel que se quiere conferir al individuo en su relación con la sociedad, y especialmente con la familia, cuestión que despliega un alcance determinante en el Derecho de sucesiones. En este sentido, la atribución de un margen de disposición absoluto o más o menos amplio por parte del causante o disponente, constituye uno de los engranajes en torno al cual gira el Derecho de sucesiones. Debe añadirse además que la tradición y el arraigo de las instituciones que conforman el Derecho de sucesiones también condicionan en buena medida el contenido del Derecho de sucesiones y determinan una evolución más bien estática en la que se tiende a evitar alteraciones y modificaciones materiales.

Todo ello configura un panorama en el que las colusiones pueden darse con cierta frecuencia y se utilice la cláusula de orden público y/o el fraude de ley como vía de escape frente al equilibrio que ha intentado buscar el legislador europeo⁵. La contribución que se va a desarrollar a continuación tomará como punto de partida la carga sustantiva del Reglamento 650/2012 en su calidad de norma de la UE⁶ (2), para abordar posteriormente los límites efectivos y los condicionantes potenciales a que se ven sometidos el orden público (3) y el fraude de ley⁷ (4) y llegar finalmente a unas conclusiones (5).

2. La carga sustantiva del Reglamento 650/2012 como norma europea

2.1. El contexto

Parece relevante tomar en consideración todo lo que conlleva el texto -el *con-texto*- del Reglamento 650/2012 porque puede contribuir a perfilar la función que deben desplegar la excepción de orden público y el fraude de ley. Con un carácter meramente intuitivo puede ya anticiparse que esta consideración puede tener consecuencias para establecer los límites y condiciones a que están sujetos estas figuras. Así, cabe resaltar que el Reglamento 650/2012 es un instrumento netamente europeo tanto por su origen y antecedentes, como por su factura y objetivos. En efecto, el Reglamento 650/2012 es un instrumento normativo

⁵ Así lo pone de manifiesto A. Daví, (2004, p. 480 y p. 494), refiriéndose a los límites de la *professio iuris*. También A. Daví (2016, p. 53).

⁶ Véase A. Font i Segura (2016, pp. 189-197).

⁷ Véase A. Font i Segura (2016, pp. 197-252).

adoptado por una comunidad supranacional que tiene por objetivo la integración y ello tiene una carga sustantiva que no puede menospreciarse. En efecto, la fuerza centrípeta que se deriva de esta circunstancia es remarcable. No nos podemos resistir a comparar, en este sentido, el Reglamento 650/2012 con el Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. La comparación es útil porque pone de manifiesto que el marco institucional y los objetivos de la UE poseen una capacidad aglutinadora de la que carece un marco intergubernamental como el de la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, cuya finalidad es mucho más modesta, limitándose a promover la unificación del Derecho internacional privado. Basta con poner de relieve dos datos. El primero, relativo al alcance, muestra que por su carácter integral el Reglamento 650/2012 es mucho más ambicioso, teniendo en cuenta todos los sectores que cubre, a diferencia del Convenio que se limita a unificar el ámbito estrictamente conflictual⁸. El segundo, relativo a la eficacia, pone de relieve las ventajas derivadas del marco institucional. Así, mientras que el Convenio no entró nunca en vigor, Reglamento 650/2012 está ya en aplicación⁹. En consecuencia, no puede sino subrayarse que solo por el poder y pujanza de un proyecto como el europeo ha sido posible superar reticencias muy arraigadas. El fundamento supranacional sobre el que se apoya el Reglamento determina el mandato, el plan y el contenido que tiene. De esta manera, su sentido adquiere otra dimensión como consecuencia de unos objetivos que van más allá de su estricto contenido.

2.2. Los objetivos

El carácter genuinamente europeo del Reglamento determina una factura en la que debe tenerse presente una doble faceta, dinámica y pasiva, que se encuentran en tensión contrapuesta. En realidad, la dicotomía entre la faceta dinámica y a la vez conservadora del proyecto europeo se encuentra en el origen de la UE¹⁰, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹ y en el propio espacio judicial europeo en la medida en que se constituye como espacio común en respeto de «los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros»¹². Se trata de una tensión ya clásica entre unidad y diversidad¹³ -polos contrapuestos de cohesión- que se manifiesta en los fundamentos del sistema europeo de Derecho internacional privado. Es evidente que encontrar un equilibrio entre estas dos facetas no es tarea fácil.

⁸ Véase el cdo. 8 donde se expone claramente que el carácter integral del Reglamento 650/2012 es consecuencia del ámbito y contexto en el que se adoptó un Reglamento que se presenta como un medio para alcanzar los objetivos desgranados en los cdos. 1 a 7.

⁹ Además con unas reglas de Derecho transitorio muy ambiciosas, véase sino el art. 83.

¹⁰ Véase en particular el art. 3, apartados 2º y 3º.

¹¹ Véase la importancia que se le otorga en el art. 6 TFUE.

¹² Art. 67.1 TFUE.

¹³ Unidad y diversidad, que tan bien plasma el Preámbulo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por una parte, hay una faceta que podemos denominar como dinámica o motriz en virtud de la cual el Reglamento 650/2012 se adopta en el marco de un proyecto común consistente en la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia, comprendido como un objetivo programático de la UE que permite asegurar la libre circulación de personas¹⁴ y el reconocimiento mutuo¹⁵. Hay que entender que la referencia a la libertad de circulación de personas, presente en otros considerandos que justifican la adopción del Reglamento¹⁶, presupone anteponer esta libertad por encima del contenido material de los Derechos nacionales en materia sucesoria, aunque ello no avala un fraude¹⁷. En este sentido, el Reglamento es un instrumento de coordinación¹⁸ que solo es posible en un espacio de integración, pero –al mismo tiempo y no menos importante– es un instrumento que se adopta para posibilitar esta integración, incluso para promoverla¹⁹. La finalidad perseguida por el instrumento no está estrictamente sujeta al contenido material del Derecho sucesorio, sino a la política de libertad de circulación y residencia de la UE. El Derecho material, especialmente sensible en un ámbito como este, pasa en este sentido a un segundo plano. En realidad, el Reglamento se adopta con carácter general para beneficiar al ciudadano que se ha desplazado desde su país de origen, sea o no un Estado miembro -pero en especial si lo es-, proporcionándole seguridad jurídica y dotándole de una libertad de la que no goza, por el contrario, el ciudadano que continúa residiendo durante toda su vida en su país de origen. Igualmente, la unificación está al servicio del principio de seguridad jurídica permitiendo que las personas puedan organizar su sucesión con unas expectativas ciertas y que se ofrezca un marco en el que las personas próximas al futuro causante puedan prever cuáles son sus expectativas.

Como es obvio, ello no significa que se ignore o que se olvide el Derecho material. En realidad, junto a esta faceta dinámica, y en sentido opuesto, hay que considerar también una faceta pasiva y conservadora, que contribuye también a definir la carga material del Reglamento 650/2012. Esta otra vertiente tiene interiorizada no solo el particularismo sino también el interés por resguardar la regulación material de cada Estado en aquellos

¹⁴ Véase el cdo. 1 del Reglamento 650/2012.

¹⁵ Véase cdos. 6 y 7.

¹⁶ Así, expresamente en el cdo. 7, y en el cdo. 80. Implícitamente en el cdo. 23, cuando hace referencia a la movilidad de los ciudadanos.

¹⁷ En principio no cabe ampararse en las libertades comunitarias para defraudar los ordenamientos nacionales. El TJUE ha desplegado una jurisprudencia “anti-contournement”, véase H. Gaudemet-Tallon (2005, p. 278 y ss.), para evitar situaciones abusivas.

¹⁸ Otro instrumento más, puesto que el Reglamento 650/2012 debe verse como una pieza más en el sistema europeo de Derecho internacional privado que se va construyendo mediante sucesivos Reglamentos. Teniendo en cuenta esta construcción paulatina, puede añadirse además que el contexto en el que nace el Reglamento es el de un espacio jurídico lo suficientemente maduro como para adoptar una unificación normativa en un ámbito tan específico y asimismo tan crucial como el Derecho de sucesiones.

¹⁹ Véase el Libro Verde preparado por la Comisión (COM(2005) 65 final). Véase cdos. 1 a 8.

aspectos que se consideran de carácter imperativo. Así se reconoce en el propio Reglamento, cuando se afirma que «los sistemas judiciales de los Estados miembros, incluido el orden público» y las tradiciones nacionales en el ámbito sucesorio²⁰ son aspectos que conforman el principio de reconocimiento mutuo sobre el cual se edifica el Reglamento. De hecho, esta faceta se proyecta básicamente en el Reglamento 650/2012 mediante tres figuras: la excepción del fraude de ley, la excepción de orden público y la aplicación de disposiciones especiales que imponen restricciones a la sucesión de determinados bienes. En efecto, estos tres mecanismos de aplicación restrictiva, pero al mismo tiempo poderosísimos, permiten que aflore la divergencia material hasta el punto de que su aplicación se impone a la lógica conflictual. En la medida en que su función es la de preservar el orden público internacional de cada uno de los Estados miembros, hay que ser conscientes de que su aplicación puede llegar a condicionar el éxito del Reglamento 650/2012 si no se atiende también a lo que se ha denominado como faceta dinámica y promotora de la integración.

2.3. El procedimiento legislativo

El procedimiento con que fue adoptado el Reglamento resulta también revelador de su contexto. El artículo 65 TCE²¹ establecía que las medidas para obtener la cooperación judicial en materia civil se debían adoptar mediante el procedimiento legislativo ordinario. Este procedimiento posibilita que las medidas puedan ser adoptadas por mayoría. No obstante, la unanimidad se mantuvo como filtro para aquellas medidas adoptadas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil que hicieran referencia al Derecho de familia. El carácter particularmente sensible de esta materia en la que había importantes divergencias aconsejó establecer un procedimiento que obligara a generar consenso, de lo contrario no cabría adoptar legislación europea en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, salvo que se adoptaran por la vía de la cooperación reforzada como se demostró con el Reglamento 1259/2010 sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

En esta tesitura una de las cuestiones que se debatió era si el futuro Reglamento 650/2012 caía o no dentro de una noción amplia de Derecho de familia²², en consideración a todas aquellas cuestiones sucesorias que encontraban sus raíces en el Derecho de familia²³, o quizá mejor en la concepción de familia y de la preservación de la paz social. Obviamente,

²⁰ Véase cdo. 6, in fine. La referencia al orden público es genérica, sin ceñirse al orden público internacional, de modo que cubriría tanto la excepción de orden público como el fraude de ley.

²¹ Aunque finalmente el Reglamento 650/2012 tuvo como fundamento jurídico el art. 81 TFUE, cuando se iniciaron los trabajos para su adopción el TFUE no estaba todavía vigente. Por otra parte, la distinción efectuada en relación al Derecho de familia continúa manteniéndose.

²² Como apunta J.L. Iglesias Buhigues (2009, p. 342), la noción “Derecho de familia” no queda concretada.

²³ La división entre las instituciones integradas en el Derecho patrimonial, el Derecho de obligaciones o en los derechos reales frente al Derecho de familia y sucesiones, «áreas consideradas sensibles y especialmente vinculadas a la tradición y a la cultura legal de cada sociedad y de cada ordenamiento», era fruto de una frontera que era preciso delimitar, véase J.J. Álvarez Rubio (2008, p. 21).

se estaba pensando primordialmente en el sistema legitimario que precisamente se erige en límite al poder de disposición del disponente. Las profundas diferencias existentes en el seno de la CE determinaron que el Reino Unido abogara, en un argumento no exento de oportunismo²⁴, por situar esta materia dentro de la noción “Derecho de familia” prevista en el art. 67 TCE. No obstante, la Comisión consciente de los problemas que ello podía representar desde el primer momento situó la materia sucesoria fuera de la noción “Derecho de familia”²⁵. Finalmente, el Reglamento se adoptó siguiendo el procedimiento ordinario sin que la regla de la unanimidad fuera exigible. En otras palabras, los Estados miembros renunciaron a mantener una posición esencialista y abrieron la puerta a abordar la materia sucesoria con un perfil patrimonial, sin perjuicio de que se fuera consciente de las implicaciones sociales (y familiares) del Derecho de sucesiones²⁶.

En definitiva, el contexto del Reglamento 650/2012 proporciona criterios para mitigar las exigencias imperativas derivadas del Derecho de sucesiones de los ordenamientos de los Estados miembros. Todo ello no es un tema menor si recordamos que se trata de un instrumento, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros que están vinculados por el mismo, adoptado en el seno de una institución supranacional cuyo objetivo es desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia y sujeto a una interpretación única, auténtica y vinculante del TJUE. Las nociones autónomas que ha ido construyendo el TJUE en la interpretación de los distintos instrumentos adoptados en materia de Derecho internacional privado son una buena muestra de que se ha diseñado un sistema material de nociones cuya penetración en los ordenamientos nacionales ha sido evidente en lo que a la regulación del tráfico jurídico externo se refiere. No se trata solo de la unificación de las normas de Derecho internacional privado, sino de lo que esta unificación conlleva en un ámbito de integración supranacional. Por ello podemos afirmar que el Reglamento tiene una carga sustantiva que, con mayor o menor impacto, va a tener incidencia sobre el Derecho de los Estados miembros.

Hay que precisar, sin embargo, que el impacto directo -si lo hay y hay que ver en qué grado-, se va a producir respecto de supuestos internacionales. La regulación de los supuestos puramente internos no va a quedar directamente afectada por el Reglamento 650/2012. Como se ha demostrado en la aplicación de otros instrumentos, en buena medida las normas sustantivas nacionales han quedado incólumes. Además, desde la perspectiva de las autoridades de un Estado miembro, la afectación se va a producir si

²⁴ Véase el informe elaborado a tal efecto en la House of Lords - European Union Committee (2004: párrafos 60-63). No deja de ser paradójico que se utilizara este argumento precisamente por parte del país que posee en su ordenamiento plurilegislativo un Derecho de sucesiones, el inglés, que desconoce las legítimas. Como ponía de relieve J. Harris, (2008a, p. 186-187) bajo este argumento jurídico se escondía también una estrategia en canalizar la aprobación del futuro Reglamento mediante un procedimiento regido por la regla de la unanimidad porque ello suponía aumentar su poder de influencia. El propio autor dejaba entrever sus dudas respecto a la posibilidad de que prosperara esta perspectiva. Sobre la posición británica, véase J. Harris (2008b, pp. 347-361).

²⁵ Véase M. T. Benedito Cañizares (2015, pp. 2020-2021).

²⁶ Véase B. Bourdelois (2014, pp. 136-154), planteando reflexiones en el ámbito sucesorio.

acaso respecto de supuestos que queden regidos por un Derecho extranjero, debido al juego más o menos amplio que va a poder desplegar la excepción de orden público y el fraude de ley como mecanismos para salvaguardar el ordenamiento del foro. Por consiguiente, hay que rebajar esta especie de ansiedad que ha recorrido Europa como consecuencia de la adopción del Reglamento 650/2012.

No obstante, no puede negarse que se puede suscitar una tensión entre la finalidad, contexto, estructura y factura del Reglamento 650/2012, y los principios y disposiciones imperativas que provienen del Derecho material²⁷. Por ello, cabe plantear si el Reglamento 650/2012, o su contexto, imponen límites y/o condicionantes a la excepción de orden público y al fraude de ley

3. Límites efectivos y condicionantes potenciales a la aplicación de la excepción de orden público en el Reglamento 650/2012

3.1. Presentación

Existe un consenso general acerca de la función y carácter de la excepción de orden público. Excepcionalidad, transversalidad, relatividad, territorialidad, temporalidad y contenido vago e inaprensible, son notas definitorias comúnmente aceptadas. Ahora bien, el debate que actualmente está teniendo lugar en relación al orden público en materia de sucesiones gira en torno al contenido y, podríamos decir, la titularidad del orden público. En otras palabras, se trata de establecer quién delimita el orden público y cómo. Teniendo en cuenta lo que se ha desarrollado hasta aquí, creo que puede afirmarse que, al menos parcialmente, el origen de producción normativo de la norma de conflicto determina el contenido de la respuesta.

En efecto, si el conflicto de leyes viene regulado por una norma de conflicto autónoma no hay duda de que la jurisdicción del Estado cuyo Derecho se erige en impedimento para la aplicación del Derecho extranjero designado para regir la situación, es la titular para fijar el contenido del orden público internacional. La excepción de orden público actúa como una válvula de seguridad para el sistema con la finalidad de proteger el núcleo duro del orden público del foro, el llamado orden público internacional, y en último término para proporcionar una solución que se corresponde con el sentido de justicia material del foro²⁸. Existe una evidente vinculación entre autoridad competente, ordenamiento del foro y norma de conflicto aplicada. Se aprecia un encadenamiento lógico, sucesivo e interrelacionado que permite constatar un determinado plan normativo “nacional” para

²⁷ Véase en este sentido, la dimensión que adquiere la preocupación por las cuotas legitimarias en la Recomendación 8 del Parlamento Europeo en la que considera que el acto legislativo que se adopte deberá «evitar que la facultad de elección de la ley aplicable dé lugar a una violación de los principios fundamentales de asignación de la legítima a los parientes más cercanos determinados por la ley aplicable a la sucesión a título objetivo» (P6_TA0496), véase también el estudio que sobre ello ha realizado S. Álvarez González (2011, pp. 369-406).

²⁸ Véase W. Wurmnest (2016, p. 305); H. Gaudemet-Tallon (2005, p. 273).

regir una situación internacional. El orden público internacional así concebido y aplicado es nacional simplemente porque se ha aplicado una norma de conflicto autónoma -o incluso convencional²⁹- y porque la autoridad competente ha protegido al ordenamiento del foro.

No obstante, la discusión es más difícil de encauzar ante una norma de conflicto supranacional que posee las características que cabe atribuir al Reglamento 650/2012. Así es, como se ha visto en el epígrafe anterior, el Reglamento aporta un sistema complejo y cuasi completo³⁰ de normas de conflicto, pero hay que tener presente además que se trata de un sistema conflictual que está inserto en un Reglamento integral que aborda otras importantes cuestiones de Derecho internacional privado, como son la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución y la creación de un certificado sucesorio europeo que surte efectos probatorios y lleva aparejado una presunción de veracidad, con todo lo que ello comporta³¹. Siendo este el caso, debe establecerse primero cuándo una autoridad de un Estado miembro competente en cumplimiento del Reglamento 650/2012 debe aplicar un Derecho extranjero, puesto que solo en ese caso las disposiciones del Derecho designado serán susceptibles de vulnerar el orden público. Debe partirse de la premisa de que el legislador de la UE busca la coincidencia *forum/ius*³². No obstante, existen distintos supuestos en que una autoridad competente de un Estado miembro sujeto al Reglamento 650/2012 tiene que aplicar un Derecho extranjero:

- i. Si el causante tenía la residencia habitual en un Estado miembro sujeto al Reglamento 650/2012 en el momento del fallecimiento y eligió la ley de su nacionalidad poseída en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, siendo esta nacionalidad distinta a la de la residencia habitual en el momento de fallecer, conoce la autoridad competente del Estado en el que tenía la residencia habitual en virtud del artículo 4 y aplica la ley elegida por el causante, salvo que haya habido elección de foro en las condiciones previstas en el artículo 5, en cuyo caso si se plantea el asunto ante la autoridad competente de la residencia habitual deberá abstenerse de conocer conforme al artículo 6.b)³³.

²⁹ La afirmación puede mantenerse obviamente si se ha aplicado una norma de conflicto convencional clásica, esto es, no perteneciente al Derecho comunitario complementario -estadio, por otra parte, que ya ha sido completamente superado en la evolución del Derecho internacional privado europeo-.

³⁰ El Reglamento 650/2012 proporciona un sistema conflictual que integra tanto normas de regulación como normas de aplicación, salvo, como veremos, el fraude de ley.

³¹ Véase I. Calvo Vidal (2015, p. 311 y ss).

³² Véase el cdo. 27 del Reglamento 650/2012. Este era un objetivo que presidía ya desde el inicio los trabajos de la Comisión.

³³ Si ha habido elección de ley, pero no elección de foro, una de las partes en el procedimiento podrá instar que la autoridad competente de la residencia habitual se abstenga de conocer, en cuyo caso esta autoridad valorará abstenerse de conocer "si considera que los tribunales del Estado miembro cuya ley fue elegida están en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión, habida cuenta de las circunstancias prácticas de ésta, tales como la residencia habitual de las partes y la ubicación de los bienes".

- ii. Si el causante tenía la residencia habitual en un Estado miembro sujeto al Reglamento 650/2012 en el momento del fallecimiento y el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado, conoce la autoridad competente del Estado en el que tenía la residencia habitual en virtud del artículo 4, pero cabe la aplicación de la ley más estrechamente vinculada.
- iii. Si el causante no tenía la residencia habitual en un Estado miembro sujeto al Reglamento 650/2012 en el momento del fallecimiento pero poseía bienes que se encuentran en un Estado miembro, conocen los tribunales de este Estado miembro, bajo las condiciones del artículo 10, salvo que haya habido elección de foro en las condiciones previstas en el artículo 5.
- iv. Si el causante no tenía la residencia habitual en un Estado miembro sujeto al Reglamento 650/2012 en el momento del fallecimiento ni bienes que se encuentren en territorio de ningún Estado miembro ni sea competente ninguna autoridad de un Estado miembro en caso de elección de ley conforme a lo previsto en el artículo 7, pero resulta imposible o no puede razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el que el asunto tuviera una vinculación estrecha, podrán conocer excepcionalmente las autoridades de un Estado miembro que tenga una vinculación suficiente con el asunto de acuerdo con el artículo 11 y aplicarán la ley de la residencia habitual o, excepcionalmente, la ley más estrechamente vinculada.

Por consiguiente, basta con constatar ahora que la aplicación de un Derecho extranjero depende también, aunque sea indirectamente, de unas reglas de competencia judicial previstas en el mismo Reglamento 650/2012 concebidas para distribuir de forma coordinada la competencia entre las distintas jurisdicciones de los Estados miembros³⁴. Debe subrayarse además que se trata de un sistema completo que se basta a sí mismo, en el sentido de que agota el volumen de competencia de las jurisdicciones de los Estados miembros sujetos al mismo y que no prevé, en consecuencia, la aplicación subsidiaria de las normas internas de competencia judicial internacional.

La cuestión que cabe plantear entonces es si todas estas circunstancias alteran la función de la autoridad competente en la aplicación del correctivo del orden público internacional. Más allá aún, cabe preguntar si, en el contexto intracomunitario, se puede mantener que la configuración del orden público internacional continúe siendo una reserva del poder inalienable que tienen los Estados.

³⁴ La coordinación deriva de un sistema de reglas de competencia uniformes y que vinculan a todas las autoridades de Estados miembros sujetos al Reglamento 650/2012. Sin embargo, además de las reglas sobre comprobación de la competencia, litispendencia, conexidad o medidas provisionales y cautelares, esta característica se desprende también de otras disposiciones como el art. 6.a) o del art. 13, que demuestran el grado de coordinación impuesto por el Reglamento 650/2012.

Debe anticiparse, con todo, que los límites y condicionantes no van a suscitar la creación de un orden público internacional europeo³⁵ a imagen y semejanza de los órdenes públicos de los Estados miembros. Ni siquiera se va a configurar un orden público europeo que, más allá de los valores que se consideraran fundamentales, esenciales e irrenunciables del ordenamiento jurídico europeo, pueda tomar como referencia directa e inmediata la construcción de un orden público internacional que venga mediatizado por la pluralidad de los Derechos de sucesiones en el espacio judicial europeo, como sucede en el ordenamiento español como consecuencia de su carácter plurilegislativo. En nuestro ordenamiento, las distintas, variadas y, en ocasiones hasta contrapuestas, opciones legislativas de los distintos legisladores materiales españoles condicionan enormemente el alcance del orden público³⁶. La presunción de constitucionalidad de las opciones normativas de los distintos Derechos de sucesiones españoles impide que el orden público se erija en obstáculo para la aplicación de cualquier Derecho extranjero que contenga una institución, figura o disposición idéntica o similar a la de uno de los Derechos civiles españoles. Basta con que uno de los Derechos de sucesiones españoles contemple aquella previsión, como para que la excepción de orden público sea inoperativa. Ahora bien, un planteamiento como este no tiene fundamento alguno en el estadio en el que se encuentra actualmente el ordenamiento de la UE³⁷ y, en particular, en materia de sucesiones donde la variedad es tan acusada y la UE carece de un fundamento jurídico que la habilite para una aproximación de las legislaciones nacionales.

No obstante, como se apuntaba, cabe plantear si en el plano intracomunitario, en el marco de la libre circulación de personas y del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, actos y documentos públicos, la excepción de orden público queda de algún modo limitada o atemperada por determinados condicionantes cuando se opone frente a Derechos de otros Estados miembros sujetos al Reglamento 650/2012. Como veremos a continuación no hay duda de que se imponen límites al orden público de los Estados miembros y se puede sugerir que el carácter relativo del orden público podría tener cierta incidencia respecto de los condicionantes que se pueden configurar en el espacio judicial europeo.

³⁵ Véase al respecto S. Álvarez González (2015, pp. 146-181).

³⁶ No hay que olvidar que debe partirse de la presunción de constitucionalidad de todos los Derechos de sucesiones, de modo que no puede declararse como contrario al orden público una norma extranjera que contemple cualquiera de las previsiones, figuras e instituciones que están contenidas en una norma española. Así, el Código civil estatal, en general más restrictivo que el resto de Derechos de sucesiones españoles, no se erige en el único referente para construir el orden público internacional español. Véase M. Aguilar Benítez de Lugo/H. Aguilar Grieder (2005 a y b, en especial p. 1125, 1138 o 1147); J. Maseda Rodríguez (2007, p. 319); A. Font i Segura (2007, pp. 198-199); J. Delgado Echeverría (2011); S. Álvarez González (2014, p. 128); A. Rentería Arozena (2015, pp. 78-79).

³⁷ Véase igualmente W. Wurmnest, (2016, p. 308), manteniendo que la supresión del orden público únicamente se puede sostener si los valores fundamentales que subyacen en el ordenamiento designado son, como mínimo, muy similares a los del foro.

3.2. Límites efectivos a la aplicación de la excepción del orden público internacional

La sola pertenencia a la UE crea unos constreñimientos directos al juego del orden público internacional de los Estados miembros. Puede incluso hablarse de un orden público comunitario o de la UE, pese a las matizaciones y necesarias puntualizaciones³⁸ que puedan realizarse sobre esta afirmación. Asimismo, cabe también hablar de un orden público europeo, en la medida en que el TJUE toma en consideración el CEDH y la jurisprudencia del TEDH³⁹, aparte de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, punto al que nos referiremos a continuación. Este orden público comunitario o de la UE corre, sin embargo, paralelo al de los Estados miembros, pero ni neutraliza ni desplaza el orden público propio, genuino y distintivo de cada Estado miembro.

No obstante, puede observarse que en el Reglamento 650/2012 se pueden introducir un par de elementos que posiblemente vayan a contribuir a la elaboración de un orden público intracomunitario. Por una parte, un elemento expresamente contemplado en el considerando 58 del Reglamento 650/2012 relativo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Por otra parte, la extensión de la doctrina surgida en el caso Krombach⁴⁰ adoptada por el TJ en interpretación del Convenio de Bruselas de 1968.

En el considerando 58 del Reglamento 650/2012⁴¹ impide que los tribunales u otras autoridades competentes apliquen la excepción de orden público para descartar la ley de

³⁸ Obsérvese que el TJUE prácticamente nunca ha utilizado estas expresiones, sea orden público comunitario o de la UE, dependiendo del momento en que las sentencias fueron dictadas. Ciertamente se ha utilizado por los Abogados Generales en algunas Conclusiones (ad ex. en las conclusiones de 29 de octubre de 2015, as. C-455/15 PPU, P; las de 3 de marzo de 2015, as. C-681/13, Diageo Brands; las de 22 de junio de 1999, as. C-38/98, Renault, o en las de 25 de febrero de 1999, as. C-127/97, Eco Swiss, por citar asuntos que han generado una muy abundante doctrina en torno a la existencia y contenido del orden público comunitario), pero, en cambio, el TJUE se ha limitado a usarlas muy escasamente y, además, en casos que nada tenían que ver con el Derecho internacional privado (así, la STJUE de 16 de noviembre de 2011, C-549/09, Brank Mellir/Consejo; la STJUE de 1 de julio de 2010, as. F-45/07, Mandt/Parlamento; la STJUE de 24 de octubre de 1997, as. T-293/94, British Steel/Comisión o la STJUE de 10 de diciembre de 1969, as. C-6/69, Comisión/Francia) o que indirectamente afectaban a este ámbito (STJUE de 29 de octubre de 1980, as. C-209/78, van Landewyck/Comisión). Esta puntualización puede parecer banal e incluso debilitar un argumento estrictamente jurídico que pretendiera defender la solidez de la noción de un orden público comunitario o de la UE, pero es una muestra irrefutable del impulso e inercia que tiene el proyecto europeo. Pese al escaso uso jurisprudencial, el eco doctrinal es enorme.

³⁹ Sobre esta cuestión véase STEDH de 13 de junio de 1979, núm. 6833/74, Marckx c. Bélgica; STEDH de 28 de octubre de 1987, núm. 8695/79, Inze c. Austria; STEDH de 1 de febrero de 2000, núm. 34406/97, Mazurek c. Francia; STEDH de 13 de julio de 2004, núm. 69498/01, Pla y Puncernau c. Andorra; STEDH de 22 de diciembre de 2004, núm. 68864/01, Merger y Cros c. Francia; STEDH, de 28 de mayo de 2009, núm. 3545/04, Brauer c. Alemania; STEDH de 7 de febrero de 2013, núm. 16574/08, Fabris c. Francia. En la doctrina, entre otros, S. Álvarez González (2015, pp. 146-181); A. Bonomi (2015c, pp. 450-473); W. Wurmnest (2016, pp. 315-316); G. Contaldi y C. Griego (2016, pp. 512-516).

⁴⁰ STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, Krombach.

⁴¹ Vale la pena reproducir el considerando 58: *En circunstancias excepcionales, los tribunales y otras autoridades competentes que sustancien sucesiones en los Estados miembros deben, por consideraciones de interés público, tener la posibilidad de descartar determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para*

otro Estado (miembro? ⁴²), si ello comporta contrariar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación. El “cómo” es importante, puesto que no se trata de una disposición prevista en el contenido jurídicamente vinculante del Reglamento 650/2012, sino de un mero considerando. Se ha querido relegar al ámbito de los considerandos un elemento cuya naturaleza es verdaderamente normativa. No obstante, no cabe duda de que en el proceso de interpretación y aplicación del Reglamento, este considerando no podrá ser ignorado. La introducción de este considerando puede mover a dos reflexiones de distinta consideración. En primer lugar, la invocación al orden público nacional está sometida a un límite superior de carácter negativo que no deriva del propio ordenamiento sino del de la UE. El orden público internacional de los Estados miembros ya no es nacional, tiene un referente y un límite europeos. No obstante, este límite no proviene propiamente del considerando 58. No hay que olvidar que el considerando 81 establece también este límite superior al disponer que el Reglamento “(D)ebe ser aplicado por los tribunales y otras autoridades competentes de los Estados miembros observando” los derechos y principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En segundo lugar, se configura un orden público negativo que se mueve en el plano horizontal. El límite se impone en el seno de la UE, frente a disposiciones contenidas en alguno de los Derechos de sucesiones de los Estados miembros y frente a resoluciones originarias de otro Estado miembro. En consecuencia, se trata de un límite que pone de manifiesto que el orden público internacional de cada Estado miembro no puede ser ponderado de forma aislada y que obliga a asumir el Derecho designado, o la resolución dictada, sin que se comprometan las exigencias de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por el hecho de pertenecer a un Estado miembro. De esta manera, no solo se fija un límite al orden público nacional sino que se esboza un orden público que es propio del espacio judicial europeo. El carácter intracomunitario que efectivamente se traza es el aspecto que parece tener mayor potencial. En mi opinión, no estamos solo ante un límite negativo impuesto al orden público de cada Estado miembro. El engranaje institucional y el sistema de principios subyacente en el Reglamento 650/2012 provoca que un mero considerando y un precepto tan clásico y aséptico como el artículo 35 adquieran un sentido y un significado propios. Obviamente de las distintas instituciones de la UE, el papel que va a desplegar el TJUE es el que cobra mayor valor. La labor interpretativa del

descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación. El Reglamento (UE) n° 1259/2010 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 recoge también en el considerando 25 un texto idéntico. No está de más apuntar que este mismo Reglamento, en su considerando 16, impone también un límite a la elección de ley (La ley elegida debe ser conforme a los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

⁴² La versión española prevé que no podrá oponerse la excepción de orden público “para descartar la ley de otro Estado”, pero en otras versiones lingüísticas se precisa que esa ley debe ser la de otro Estado miembro, versión más acorde con el sentido del Reglamento 650/2012, como ha puesto de relieve S. Álvarez González (2014, p. 135).

TJUE puede dotar de una orientación material al Reglamento 650/2012 otorgándole una función que vaya más allá de su estricta literalidad.

La observación realizada no es una elucubración frívola o una hipotética proyección ad futurum, sino que se inspira en la práctica. Así es, con independencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el TJUE se irroga la función de controlar los límites a los que cabe someter la aplicación del orden público por parte de los tribunales nacionales. Así se ha demostrado en el caso *Krombach*⁴³ en el que el TJ ha declarado que “si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante”. Ciertamente, debe observarse que la sentencia se dictó en relación al derecho de defensa en el marco del Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como que la cláusula de orden público se invocaba para impedir el reconocimiento de una resolución originaria de otro Estado contratante. Sin embargo, posiblemente esta afirmación pueda extenderse también al Reglamento 650/2012 y al ámbito de la determinación de la ley aplicable. Por consiguiente, aún con la presencia de un orden público internacional propio y distintivo en cada uno de los Estados miembros, parece que la existencia de una norma europea de Derecho internacional privado impone una dinámica propia en la que el orden público está sometido a un control en relación a sus límites.

Merece la pena destacar de nuevo la relevancia ontológica del Reglamento. La inexistencia de un instrumento europeo de Derecho internacional privado, no generaría intervención alguna por parte del TJUE, más allá de que hubiera una contradicción manifiesta con las libertades fundamentales del ordenamiento comunitario o con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, considerados a tal efecto como orden público europeo⁴⁴. Este dato es importante porque de alguna manera confirma que, en efecto, la adopción de un Reglamento, en este caso el Reglamento 650/2012, imprime un contexto

⁴³ Véase también la STJCE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, *Renault*. El planteamiento ha sido confirmado igualmente por el TJ en la STJCE de 2 de abril de 2009, as. C-394/07, *Gambazzi*, donde se comprueba que la fijación de los límites implica un análisis de proporcionalidad que, a fin de cuentas, supone una determinación, ni que sea indirecta, del contenido. En la misma línea STJCE de 28 de abril de 2009, as. C-420/07, *Apostolides* y STJCE de 6 de septiembre de 2012, as. C-619/10, *Trade Agency Ltd*. Recordando la incidencia de estas sentencias en relación a las causas de denegación previstas en el artículo 40 del reglamento 650/2012, véase J.L. Iglesias Buhigues, F.J. Martín Mazuelos (2015, pp. 318-320).

⁴⁴ Véase la STJUE de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *García Avello* o la STJUE de 7 de enero de 2004, as. C-117/01, *K.B.* y el comentario de A. Quiñones Escámez, (2004, pp. 509-529). Sin embargo, véase la STJUE de 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Grunkin Paul*, donde se declara que “Si el apellido de una persona se rige por el Derecho alemán, dicha persona podrá elegir, mediante declaración ante la oficina del Registro civil, el apellido adquirido durante su residencia habitual en otro Estado miembro de la Unión y que esté inscrito en el Registro Civil de éste, siempre que no sea manifiestamente incompatible con los principios esenciales del Derecho alemán”, donde se pone en evidencia que el orden público alemán se constituye en el bastión final e irreductible de un ordenamiento de un Estado miembro; o también la STJUE de 22 de diciembre de 2010, as. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, tal como pone de relieve S. Álvarez González (2015, pp. 173-174).

que incide sobre el orden público internacional de los Estados miembros. La seguridad jurídica, la aplicación uniforme y la existencia de un instrumento normativo europeo suponen per se una inevitable influencia sobre todos y cada uno de los conceptos contenidos en la norma, incluido el orden público y los mecanismos por los que éste se hace valer.

No obstante, resulta difícil pensar cómo se van a delimitar los límites sin entrar en el contenido. Hay que tener en cuenta que en este ámbito y en este sector el orden público que se podría oponer sería de carácter material, y no procesal, como ha sucedido en las sentencias anteriormente citadas. Posiblemente esta cuestión deba abordarse no tanto desde los límites que efectivamente se imponen cuanto desde los condicionantes potenciales, cuyo alcance está todavía por concretar.

3.3. Condicionantes potenciales a la aplicación de la excepción del orden público internacional

El artículo 35 del Reglamento 650/2012 no ofrece ninguna pauta ni criterio para su aplicación. Se desprende únicamente del considerando 58 que su aplicación deberá ser discrecional, casuística y concreta. No obstante, no cabe deducir directamente ninguna otra pauta de aplicación. Ello genera una cierta incertidumbre porque si bien el contenido del orden público se va a fijar de forma independiente en cada Estado miembro, cabe suponer que el TJUE no renunciará a la posibilidad de controlar los límites de su aplicación, del mismo modo en que lo ha hecho en el ámbito Bruselas I. En este sentido, puede afirmarse que el principal condicionante a la aplicación de la excepción del orden público internacional por parte de los tribunales de los Estados miembros reside en la fuerza vinculante del TJUE. Hay que tener presente que su intervención se fundamenta en el Reglamento como norma integral de Derecho internacional privado de la UE y en la carga sustantiva que posee el Reglamento 650/2012 por este motivo.

De este modo, en mi opinión este control que asume y se adjudica el TJUE no puede suponer una intromisión sobre el contenido, salvo que haya una discriminación por razón de sexo, religión o nacimiento, en cuyo caso el límite proviene del CDEH, de la jurisprudencia del TEDH y, si procede, de la CDFUE⁴⁵. Sin embargo, más allá de este límite, la inexistencia de un fundamento jurídico para la adopción de un Derecho sustantivo en materia sucesoria en el ordenamiento de la UE impide al TJUE pronunciarse sobre aquellas disposiciones, principios y valores que constituyen el orden público en la medida en que entronquen directamente con el fondo material y estructural de un determinado Derecho de sucesiones. El TJUE, igual que los tribunales de los Estados miembros, queda vinculado por el contenido, los objetivos y el sistema del propio Reglamento y no hay que olvidar que es un Reglamento de Derecho internacional privado

⁴⁵ Si bien, como ha puesto de relieve S. Álvarez González (2015, p.180), el orden público internacional configurado por la CE ya neutraliza los efectos negativos previstos en el Derecho extranjero. Véase la SAP B de 28 de octubre de 2008 (ROJ: 10182/2008) y la nota de C. Oró Martínez, (2009, pp. 287-304) así como la RDGRN de 20 de julio de 2016 (BOE 19.9.2016, núm. 226 pp. 67004-67009) y la nota de S. Álvarez González (2016).

y que, como ya se advirtió⁴⁶, el reconocimiento mutuo tiene en cuenta el orden público de los Estados miembros⁴⁷. Ahora bien, cabría interpretar que el único ámbito material en el que pueda pronunciarse el TJUE es el de los pactos sucesorios, los testamentos mancomunados y los testamentos recíprocos habida cuenta de que se trata de figuras que están previstas y definidas en el Reglamento 650/2012 y que no generaron un rechazo frontal en el proceso de negociación y elaboración por lo que cabe concluir que son asumidas en todos los Estados miembros sujetos al Reglamento 650/2012. Re caería sobre aquellos Estados que consideraran que estas figuras suponen una contradicción manifiesta con su orden público, la carga de argumentar bajo qué circunstancias y por qué motivos los pactos sucesorios, los testamentos mancomunados y los testamentos recíprocos no podrían ser aceptados⁴⁸. Y ello, sin poder evitar, a mi juicio, que el TJUE se pudiera pronunciar desde una perspectiva material.

Por el contrario, en otros ámbitos materiales entiendo que el TJUE no posee competencias para pronunciarse y establecer, por ejemplo, que es preceptiva la existencia de un sistema legítimo⁴⁹ o un mínimo en lo que se refiere a su cuantía o que determinadas personas

⁴⁶ Véase epígrafe 2.2.

⁴⁷ Véase cdo. 6.

⁴⁸ Descartando la invocación de la excepción del orden público A. Bonomi (2015c, pp. 472-473). Igualmente, C. Azcárraga Monzonís (2015, p. 184), G. Contaldi y C. Griego (2016, pp. 517-518). Por el contrario, véase M. Grimaldi (2012, p. 755 y ss.) considerando que hay una vulneración de los principios fundamentales del Derecho francés de sucesiones en relación a prohibición de la sucesión contractual. Para un análisis en profundidad véase I. Rodríguez-Uría Suárez (2014, p. 57 y ss.).

⁴⁹ Esta cuestión parece clara en el ordenamiento español, véase STS de 15 de noviembre de 1996 (*Lowenthal*) y STS de 21 de mayo de 1999 (*Denney*), descartando *obiter dicta* que formen parte del orden público internacional español. Asimismo, véase S. Álvarez González (2011, pp. 369-406). Con carácter general se ha mantenido que la operatividad de la excepción de orden público debe ser más bien limitada, o incluso fuera de lugar, tal como pone de manifiesto, J. M. Fontanellas Morell (2010, pp. 241-244). Véase el mismo planteamiento por parte de A. Bonomi (2015c, p. 462 y ss.). Apuntando también esta tendencia, A. Daví, A. Zanobetti (2013, pp. 106-109), aunque advierte que la cuestión no está cerrada. En el mismo sentido G. Contaldi y C. Griego (2016, pp. 507-512). Igualmente, S. Álvarez González (2014, pp. 117-141). En relación al Derecho francés, véase M. Grimaldi (2012, p. 755 y ss.) quien presenta serias objeciones a la aplicación del Derecho extranjero cuando se comprometen principios fundamentales del Derecho francés de sucesiones en relación a la sucesión a una persona, prohibición de la sucesión contractual, principio de no discriminación y legítima hereditaria. No obstante, en relación a este último aspecto, la cuestión es discutida en la doctrina francesa, véase B. Bourdelois (2014, p. 143), poniendo de manifiesto las dificultades de que pueda oponerse la excepción de orden público para preservar las legítimas previstas en Derecho francés teniendo presente la jurisprudencia del TEDH o principios fundamentales del ordenamiento europeo como el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Igualmente, en p. 154. En Derecho italiano véase la sentencia de la Corte di cassazione de 24 de junio de 1996 n. 5832 (*Colombo*), *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 784 ss. En Derecho alemán véase la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 19 de abril de 2005 (<http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/2005/4/19>, con versiones alemana e inglesa) al declarar que la garantía constitucional de la herencia comprende, al menos, el derecho de los descendientes a recibir una parte como legítima, sin que este derecho quede alterado por la existencia o inexistencia de una situación de necesidad. En Derecho francés, véase la sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Cour d'Appel de Paris distinguiendo entre no respetar la legítima hereditaria prevista en Derecho francés, que no es contraria al orden público francés como lo hubiera sido una discriminación entre herederos por razón de sexo, religión o primogenitura. Aunque en el caso no era de aplicación el Reglamento 650/2012 ya que el causante había fallecido en 2009, la sentencia es un indicativo de la

deben ser consideradas legitimarias (descendientes, cónyuge supérstite⁵⁰, ascendientes, etc.), o que debe imponerse -o, al contrario, que no cabe aceptar- una determinada causa de desheredación o una causa de indignidad (o a la inversa, que debe imponerse una causa de desheredación o de indignidad), que no puede aceptarse la sustitución fideicomisaria, que debe contemplarse la reducción de disposiciones inoficiosas, que el plazo de prescripción de la acción de reducción por inoficiosidad no sea excesivamente reducido. Esta decisión corresponde a los tribunales nacionales que conocen las claves para la determinación de los principios esenciales e irrenunciables de su ordenamiento con el fin de configurar el contenido del orden público. Estas claves provienen de cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y son, como se dijo anteriormente, propias y distintivas de cada ordenamiento.

Hay, en consecuencia, un condicionante material que impide al TJUE pronunciarse sobre lo que podría denominarse como el orden público material o estructural no vinculado a libertades y derechos contenidos en la CDFUE. No obstante, teniendo en cuenta la carga sustantiva del Reglamento 650/2012, su contenido, objetivos y sistema, así como los antecedentes que provienen del ámbito Bruselas I, puede mantenerse que el TJUE controle los límites dentro de los cuales se puede recurrir al orden público, sin entrar propiamente en el contenido. Cabe, por tanto, plantearse en qué puede consistir este control.

A mi juicio creo que el TJUE puede limitar el alcance del orden público cuando se den determinadas circunstancias. En este sentido, creo que bajo determinadas condiciones puede imponer un orden público ad intra que podríamos denominar como un orden público de proximidad inversa.

El orden público de proximidad o *Inlandsbeziehung* comporta hacer valer con distinto grado e intensidad el orden público como excepción a la aplicación de las disposiciones de un Derecho extranjero en función de la proximidad que el asunto presente con el foro, a mayor proximidad mayor intensidad, y a la inversa. El orden público de proximidad exige a su

orientación que puede tomar la cuestión en Derecho francés. El tribunal declara lo siguiente: “sur l’exception d’ordre public international Considérant que les appelants soutiennent subsidiairement que l’institution juridique de la réserve héréditaire est bien incluse dans la conception française de l’ordre public international et que l’application de la loi française au présent litige permettra, après reconstitution de la masse de calcul de la succession de Q D, de leur attribuer leur part de réserve héréditaire; Considérant que si la réserve héréditaire est en droit interne, un principe ancien mais aussi un principe actuel et important dans la société française en ce qu’elle exprime la solidarité familiale, garantit une certaine égalité entre les enfants et protège l’héritier d’éventuels errements du testateur, elle ne constitue pas un principe essentiel de ce droit, tel le principe de non-discrimination des successibles en raison du sexe, de la religion, ou de la nature de la filiation qui imposerait qu’il soit protégé par l’ordre public international français de l’application de dispositions étrangères qui le méconnaissent; Que si la liberté testamentaire diffère des dispositions impératives du droit français, elle ne contrevient pas à des principes essentiels de ce droit; Considérant, en conséquence, qu’il n’y a pas lieu d’écarter la loi étrangère normalement applicable au profit de la loi française, le jugement étant confirmé de ce chef » (consultado en <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/R91F307EC2355C60A5AD5>).

⁵⁰ Esta no es una cuestión de orden público en el ordenamiento español por cuanto conforme al art. 79 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares en Ibiza y Formentera el cónyuge supérstite no ostenta la condición de legitimario. No obstante, como apunta A. Daví, A. Zanobetti (2013, pp. 108-109), debería contrastarse con el resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial.

vez distinguir entre principios esenciales de trascendencia universal y principios que, sin ser universales, resulten fundamentales para el ordenamiento del foro. Respecto a los principios esenciales de trascendencia universal se impondría una aplicación absoluta, mientras que para los valores considerados fundamentales para el Estado del foro, sería posible una modulación en el grado de intensidad en función de la proximidad⁵¹. Esta distinción no hace más que ilustrar el carácter relativo del contenido del orden público.

Lo que aquí se propone es invertir la aproximación, de manera que contra más vinculado esté el supuesto con el espacio creado a raíz de la adopción del Reglamento 650/2012, menor intensidad ha de tener el impacto del orden público. Esta idea puede sostenerse como consecuencia de un marco en el que no solo se establece de manera uniforme cuál de las jurisdicciones será competente en relación a un asunto sucesorio, sino que las decisiones, actos o certificados adoptados por la autoridad competente circularán libremente en el espacio creado por el Reglamento 650/2012. En un contexto además en el que se persigue, como objetivo general, el reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en los Estados miembros en materia de sucesiones⁵² y la creación de un certificado uniforme para la tramitación rápida, ágil y eficiente de las sucesiones⁵³, parece plausible limitar el juego del orden público. La decisión será además tomada en aplicación de un Derecho designado por igual con independencia de la jurisdicción que fuera competente.

En realidad, el TJUE se ha irrogado el control sobre los límites en el plano del reconocimiento y, por tanto, dentro del espacio judicial europeo. El TJUE no puede llevar a cabo este control respecto de resoluciones judiciales originarias de un Estado no miembro, pero sí puede hacerlo en el plano intracomunitario porque existe un entramado normativo que regula el reconocimiento y/o ejecución de resoluciones judiciales con el fin de facilitar su circulación. El Reglamento 650/2012, como Reglamento integral de Derecho internacional privado, participa de esta finalidad, de modo que nada lleva a pensar que la declaración contenida en el caso Krombach deje de invocarse en aplicación de las reglas previstas en el Reglamento 650/2012, tanto cuando se oponga el orden público como causa de denegación del reconocimiento de una resolución judicial originaria de otro Estado miembro, como cuando se oponga el orden público como excepción que impida la aplicación del Derecho extranjero de un Estado miembro. Es necesario precisar que, del mismo modo que se acaba de afirmar que el TJUE no puede entrar en el contenido del orden público de los Estados miembros, tampoco puede efectuar un control sobre los límites del orden público que vaya más allá del espacio judicial europeo. Ciertamente, el Reglamento 650/2012 tiene eficacia universal en lo que a la determinación de la ley

⁵¹ Véase A. Bonomi, (2015c, pp. 452-453); igualmente A. Daví, A. Zanobetti (2013, pp. 106-108); también W. Wurmnest (2016, p. 316 y ss.) o G. Contaldi y C. Griego (2016, pp. 506-507).

⁵² Véase cdo. 6 y cdo. 59.

⁵³ Véase cdo. 67. Sobre el juego del orden público en relación al certificado sucesorio europeo véase I. Calvo Vidal (2015, pp. 272-277), en particular p. 274, al poner de manifiesto las diferencias existentes derivadas de la aplicación de la ley de un tercer Estado o de un estado miembro, recordando los objetivos previsto en el cdo. 1 del Reglamento 650/2012; también I. Calvo Vidal (2012, pp. 104-105).

aplicable se refiere⁵⁴. Sin embargo, las normas de conflicto del Reglamento 650/2012 deben ser valoradas teniendo en cuenta el conjunto normativo en el que se integran. Una evaluación aislada de las mismas supondría olvidar la función que despliegan en el sistema. La unificación de las normas de reconocimiento es deudora de la unificación de las reglas de competencia judicial y ésta lo es a su vez de la unificación de las normas de conflicto, por consiguiente, en este último ámbito cabría establecer un límite al recurso a la excepción de orden público como mínimo equivalente al que se impone en el plano del reconocimiento⁵⁵.

El criterio que se sugiere consistiría en que se redujera el impacto de la excepción de orden público en el plano de la determinación de la ley aplicable, al menos, a la intensidad que éste tiene en el plano del reconocimiento y ejecución cuando una autoridad competente de un Estado miembro debe resolver en aplicación del Derecho de otro Estado miembro, también sujeto al Reglamento 650/2012. Esto es, la apreciación de la vulneración del orden público deberá tomarse en consideración a la proximidad que el supuesto tiene con otro/s Estado/s miembro/s sujeto/s al Reglamento 650/2012, oponiendo la excepción de orden público a la hora de aplicar el Derecho extranjero como si se tratara de ponderar si cabe oponer el orden público como causa de denegación del reconocimiento de una resolución originaria del Estado miembro cuyo Derecho debe aplicar la autoridad competente. De hecho, la coincidencia *forum/ius* perseguida por el legislador europeo tiende a relegar el uso del orden público en el ámbito del reconocimiento, más que en el del Derecho aplicable y, precisamente por ello, la *professio iuris* se limita a la ley de la nacionalidad del causante para no alterar el normal funcionamiento de la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo⁵⁶.

El sistema integral previsto en el Reglamento 650/2012 se configuraría como un sistema en el que la ley rectora de la sucesión establece una suerte de derecho adquirido figurado o, si se prefiere, de situación hipotética que no debe ser claudicante. No se ignora que una de las críticas que se efectuó a la doctrina de los derechos adquiridos⁵⁷ era que existían

⁵⁴ Sin embargo, ello no impide que se hayan mostrado ya voces manifestando la preocupación por una aplicación divergente del Reglamento 650/2012 en función de cuál sea la jurisdicción que conoce, véase J.L. Iglesias Buhigues (2015, p. 139).

⁵⁵ La clave está en el principio de reconocimiento mutuo, véase N. Bouza Vidal (2007, pp. 39-40) cuando afirma "(E)n materias, como el Derecho de familia y sucesiones, en las que con frecuencia interviene una autoridad pública con poderes decisorios o simplemente receptores de la voluntad de las partes, el principio del reconocimiento mutuo se ha convertido en la piedra angular del sistema. Las consecuencias que se derivan de este principio son, por un lado, la progresiva eliminación del *exequatur* en el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y, por el otro, la pérdida de importancia de la norma de conflicto, ya que no se trata tanto de determinar la ley que presente un vínculo más significativo con una determinada relación o situación privada internacional, como en reconocer las situaciones jurídicas creadas al amparo de la ley de un Estado miembro".

⁵⁶ Véase A. Daví, A. Zanobetti (2013, pp. 44-45).

⁵⁷ Una exposición de la evolución del planteamiento y crítica de la *vested rights theory* en la doctrina norteamericana puede encontrarse en C. Wasserstein Fassberg (2015, pp. 1019-1925).

excepciones a su admisión, como la excepción de orden público y el fraude de ley⁵⁸. No obstante, el carácter y cualidad de metanorma⁵⁹ de los instrumentos europeos de Derecho internacional privado abren la puerta -aunque todavía no pueda mantenerse en el actual estadio de articulación de los ordenamientos nacionales con el de la UE- a que los supuestos puramente domésticos queden claramente sometidos a las opciones de política legislativa del ordenamiento del Estado miembro en el que acontecen, mientras que los supuestos intracomunitarios queden sustraídos del impacto directo de esta mismas opciones y, por consiguiente, deban ser tratados de manera distinta⁶⁰. En cualquier caso, debe admitirse que no hay propiamente un derecho adquirido ni tampoco una situación claudicante, porque la controversia no está previamente resuelta en otra jurisdicción, pero el entramado normativo conformado por el Reglamento 650/2012 permitiría actuar con esta hipótesis. Si esto fuera así, la excepción de orden público quedaría mitigada⁶¹ y se mantendría dentro de los límites del mutuo reconocimiento⁶².

En este sentido, y retomando⁶³ los supuestos en que un tribunal de un Estado miembro vinculado por el Reglamento 650/2012 debe aplicar un Derecho extranjero⁶⁴:

- i. Si conocen los tribunales del Estado miembro en el que se encontraba la residencia habitual del causante y deben resolver el asunto en aplicación de la ley de la nacionalidad que éste poseía en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, deberá tener presente que podía haberse abstenido en favor de

⁵⁸ Incluso en el espacio judicial europeo, tanto en el plano del reconocimiento como en el de conflictual, el orden público es concebido como un mecanismo de control, véase M. Weller (2015, p. 73 y p. 81).

⁵⁹ Véase C. Joerges (2003). Las normas de Derecho internacional privado adquieren una función mediadora e integradora entre las diferentes opciones de política legislativa, superando el carácter "nacional" ya que no poseen una proyección singular de las opciones de un Estado miembro ni imponen una opción superior contenida en el ordenamiento de la UE.

⁶⁰ Véase E. G. Lorenzen (1923-1924, p. 751), quien -aun siendo uno de los académicos que inició la crítica a la doctrina de los derechos adquiridos sobre la que reposaba el First Restatement of Conflict of Laws- admitía "No doubt it would be better if there existed a supra-state authority with power to prescribe the rules of the Conflict of Laws. Each state would sacrifice in such event more of its local policies than it is disposed to do today, but as an equivalent for such sacrifice it would gain the advantages resulting from greater harmony in the administration of international justice.", p. 751.

⁶¹ Como apunta A. Bonomi (2015c, p. 455), en materia de reconocimiento de decisiones y de aceptación de documentos públicos, el orden público tiene un papel más restringido que en el plano de la determinación de la ley aplicable. Implícitamente, H. Gaudemet-Tallon (2005, p. 275), cuando analiza si el fórum shopping constituye un fraude de ley. Como se ha puesto de manifiesto, la atenuación de los efectos de la excepción de orden público es uno de los mecanismos para reconocer derechos adquiridos en el extranjero, véase P. Lagarde (1959, p. 55 y ss.); igualmente A. Miaja de la Muela (1974, pp. 3-28).

⁶² Sobre los riesgos de una distorsión del principio de mutua confianza en el plano conflictual, véase M. Weller (2015, pp. 78-79).

⁶³ Véase epígrafe 3.1. El último de los supuestos, basado en el fórum necessitatis previsto en el art. 11 se ha descartado por la dificultad de plantear un caso hipotético que presentara visos de verosimilitud.

⁶⁴ En todos los supuestos F es un Estado miembro ficticio o hipotético cuyo orden público quedaría afectado por las previsiones contempladas en distintos Derechos de sucesiones españoles.

los tribunales del Estado miembro cuya ley fue elegida y que, por consiguiente, bien podría haber sucedido que los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del causante en lugar de resolver el caso, se hubieran tenido que limitar a reconocer la resolución adoptada por los tribunales del Estado miembro cuya ley eligió el causante.

- a. Ejemplo: Manuel, nacional español y con vecindad civil vasca, aforado en Ayala, fallece residiendo en F (Estado miembro sujeto al Reglamento 650/2012) donde se abre la sucesión, regida por el Fuero de Ayala que conoce la total libertad de testar y cuya ley fue elegida. Manuel otorgó testamento instituyendo heredera universal a su segunda mujer y apartó a los legitimarios.
 - b. Solución: las autoridades de F deben valorar si reconocerían una resolución originaria de España, cuya eficacia se pretendiera en F, relativa a la sucesión de Manuel en la medida en que queda regida por el artículo 89 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Obviamente, las circunstancias del caso serían determinantes (nacionalidad y residencia de la viuda, nacionalidad y residencia de los legitimarios, lugar de situación de los bienes de la herencia, etc.), pero el carácter intracomunitario del supuesto debería facilitar la aplicación del Derecho extranjero (el Derecho vasco) del mismo modo que se admitiría en F el reconocimiento de una resolución dictada en España en aplicación del Derecho vasco.
- ii. Si conocen los tribunales del Estado miembro en el que se encontraba la residencia habitual del causante y deben resolver el asunto de acuerdo con la ley de un Estado miembro con el que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho, la autoridad competente deberá tener presente que aunque esta circunstancia no permite transferir la competencia a los tribunales de ese Estado miembro por estar mejor emplazados, resulta evidente que supondría un contrasentido oponer la excepción de orden público cuando el supuesto está tan estrechamente vinculado con ese otro Estado miembro y posiblemente la resolución adoptada por los tribunales de la residencia habitual deberá ser reconocida en el otro Estado miembro.
- a. Ejemplo: Clarisse, nacional de F, fallece residiendo en F, con un testamento otorgado en Figueres (España) donde había residido 24 años hasta que trasladó su residencia habitual en F el último año de su vida. En el testamento otorgado ante notario español desheredó a una de sus dos hijas en aplicación del art. 451-17.2 del Código Civil de Cataluña por falta de relación familiar continuada por causa exclusivamente imputable a esta hija e instituye heredera a la otra hija. Clarisse fallece a los 67 años.
 - b. Solución: las autoridades de F deben valorar si reconocerían una resolución originaria de España, cuya eficacia se pretendiera en F, relativa a la sucesión

de Clarisse en la medida en que queda regida por el Código Civil de Cataluña. Obviamente, las circunstancias del caso serían determinantes (nacionalidad y residencia de la hija, nacionalidad y residencia de los legitimarios, lugar de situación de los bienes de la herencia, etc.), pero el carácter intracomunitario del supuesto debería facilitar la aplicación del Derecho extranjero (el Derecho catalán) del mismo modo que se admitiría en F el reconocimiento de una resolución dictada en España en aplicación del Derecho catalán.

- iii. Si conocen los tribunales del Estado miembro en el que se entraban bienes de un causante que no tenía la residencia habitual en un Estado miembro en el momento del fallecimiento, puede que deba aplicarse la ley de un Estado miembro, sea porque el causante eligió la ley de la nacionalidad de un Estado miembro poseída en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, sea porque el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con ese Estado miembro que con el tercer Estado en el que tenía la residencia habitual. En este caso debería ponderarse si la competencia se atribuye sobre la totalidad de los bienes de la herencia en la medida en que se cumplan las condiciones del artículo 10.1 del Reglamento 650/2012 o solamente respecto de los bienes de la herencia sitos en el territorio de su jurisdicción. En el primer caso, la operatividad del orden público de proximidad inversa debería apreciarse en función de si el supuesto está o no conectado con otro Estado miembro y en atención a la incidencia que tendría la regulación de la sucesión en ese otro Estado miembro. En el segundo caso, no parece que exista una proximidad suficiente con el espacio creado por el Reglamento 650/2012 como para que el orden público vea reducido su impacto a la mínima expresión.
- a. Ejemplo (1): Josep, con residencia habitual en un tercer Estado había sido español con vecindad civil balear, ibicenca, cuya ley eligió para regir su sucesión, fallece intestado y con nacionalidad de F. La controversia surge porque el cónyuge viudo no tiene la condición de legitimario conforme al artículo 79 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares y las autoridades de F deben pronunciarse sobre la totalidad de la sucesión dado que Josep poseía bienes situados en F, aunque también en el tercer Estado y en Ibiza.
- b. Solución (1): las autoridades de F deben valorar si reconocerían una resolución originaria de España, cuya eficacia se pretendiera en F, relativa a la sucesión de Josep en la medida en que queda regida por la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. Obviamente, las circunstancias del caso serían determinantes (nacionalidad y residencia de la viuda, nacionalidad y residencia de los legitimarios, lugar de situación de los bienes de la herencia, etc.), pero la intensidad del factor intracomunitario en el supuesto es menor y podría facilitar la aplicación del Derecho extranjero

(el Derecho ibicenco, en relación a la determinación de los legitimarios) siempre que, en condiciones inversas, se admitiera en F el reconocimiento de una resolución dictada en España en aplicación del Derecho balear.

- c. Ejemplo(2): Jaime, argentino con residencia en Argentina, fallece poseyendo bienes en F, y habiendo elegido como ley rectora de su sucesión la ley aragonesa, puesto que ostentaba la nacionalidad española y la vecindad civil aragonesa en el momento de la elección. Otorgó testamento en Huesca y de acuerdo con el artículo 486 del Código de Derecho Civil Foral Aragonés instituye heredera universal a una de sus cuatro hijas atribuyéndole a ella sola la legítima colectiva. Se suscita en F un litigio instado por las tres hijas de Jaime contra la heredera.
- d. Solución (2): las autoridades de F pueden aplicar sin filtros la excepción de orden público dado que, salvo el Derecho elegido por Jaime, no aparece ningún otro vínculo con España, y el supuesto carece de carácter intracomunitario, tanto es así que si Jaime hubiera poseído también bienes en España, las autoridades españolas podrían pronunciarse, paralelamente a las de F, respecto de los bienes situados en territorio español. Desde la perspectiva de la competencia judicial, el supuesto está presidido por la territorialidad y no cabría acoger el planteamiento que aquí se presenta.

Si se invirtieran los casos se comprendería mejor el alcance de la propuesta que se presenta. Basta con invertir uno de los supuestos:

Manuel, nacional español y con vecindad civil vasca, aforado en Ayala, fallece residiendo en España (no en F) donde se abre la sucesión, regida por el Fuero de Ayala que conoce la total libertad de testar y cuya ley fue elegida. Manuel, que otorgó testamento instituyendo heredera universal a su segunda mujer y apartó a los legitimarios, tenía bienes en España y en F.

Si surgiera una controversia acerca de la aceptación y adjudicación de los bienes de la herencia, el tribunal español resolvería de acuerdo con la ley elegida por el causante, lo que supondría que en España solo heredaría la segunda mujer de Manuel mientras que la implementación de sus derechos en F dependería del reconocimiento de la resolución española. Si se reconociera, se garantizaría la continuidad del derecho creado a raíz de la resolución española y se respetaría íntegramente la voluntad del causante. Si no se reconociera, como consecuencia del orden público como causa de denegación, se alterarían sustancialmente los derechos adquiridos en virtud de la resolución española y se provocaría una fractura en la regulación unitaria de la sucesión. En cualquier caso, cabría la posibilidad de que el TJUE controlara los límites dentro de los cuales cabe recurrir al concepto de orden público en aras a preservar el principio de reconocimiento mutuo. Por consiguiente, hay aquí dos datos relevantes: la dificultad de invocar el orden público es mayor que en el plano conflictual porque impediría la eficacia de una resolución

previamente adoptada; la sucesión quedaría regulada total, si se reconoce la resolución española, o parcialmente, si no se reconoce, por la Ley de Derecho Civil Foral Vasco.

A mi juicio, la solución no puede divergir en el plano conflictual y ello conllevaría atemperar al máximo el recurso a la excepción de orden público porque si no se llegaría al absurdo de que en el plano del reconocimiento aquella sucesión quedaría regida, como mínimo parcialmente, por la Ley de Derecho Civil Foral Vasco, mientras que en el plano conflictual la sucesión quedaría profundamente alterada por un sistema legitimario que le es completamente ajeno al artículo 89 de la Ley de Derecho Civil Foral Vasco. Se puede alegar que este es el coste de la internacionalidad, pero resulta más difícil de asumir cuando se trata de un supuesto intracomunitario regido por un Reglamento que pretende integrar de forma armoniosa los distintos sectores del Derecho internacional privado. En esta tesitura se puede plantear si no cabe una “aplicación blanda” del orden público en supuestos intracomunitarios⁶⁵.

4. Límites efectivos y condicionantes potenciales a la aplicación del fraude de ley en el Reglamento 650/2012

4.1. Presentación

Los límites y condicionantes a que puede estar sometida la excepción de orden público obligan a considerar los límites y condicionantes que a su vez pueden pesar sobre el fraude de ley. La proximidad entre ambos mecanismos puede conllevar a acudir al recurso a una figura en detrimento de la otra. Si el TJUE acota el orden público, controlando sus límites, cabe la opción de que las autoridades competentes, o las partes involucradas en la sustanciación de la sucesión, sientan la tentación de aplicar el fraude de ley como mecanismo para evitar la aplicación de la ley extranjera⁶⁶. Si, por el contrario, la excepción

⁶⁵ Contra, con carácter general y sin referirse a la material sucesoria en particular, W. Wurmnest (2016, pp. 311-312). En relación al Reglamento 650/2012, tampoco asumen esta perspectiva J. Carrascosa González (2014, p. 260); en el mismo sentido G. Contaldi y C. Griego (2016, p. 506). No obstante, advirtiendo posiblemente las incoherencias que pueden manifestarse respecto de una misma sucesión en la que son subsidiariamente competentes dos tribunales de distintos Estados miembros *ex* artículo 10, J.L. Iglesias Buhigues, F. Garín Alemany, (2015, p. 96), en alusión al reenvío y a la excepción de orden público, apuntan que deberían evitarse interpretaciones divergentes entre ambos tribunales debiendo recurrirse, si fuera necesario, al planteamiento de la oportuna cuestión prejudicial. Si bien, en la medida en que se mantenga la aplicación del orden público de proximidad, la atribución de competencia fundada en el artículo 10 o en el artículo 11 permitirían descartar la aplicación de la excepción de orden público, como sostiene A. Bonomi, (2015c, p. 453), y no se suscitara este problema.

⁶⁶ Véase F. Vismara (2014, p. 807), poniendo de relieve que en el Reglamento 650/2012 se debilita el orden público, aunque sin advertir el juego que puede desplegar la excepción del fraude de ley cuando hay discordancia entre la ley aplicable al pacto y la ley aplicable a la sucesión. También C. Kohler (2012, p. 465) cuando afirma que “les effets d’un choix de la loi frauduleux peuvent être limités à l’aide de l’ordre public”. Igualmente, A. Ybarra Bores, “La sucesión mortis causa de ciudadanos ingleses residentes en

de orden público se aplica sin “contención europea”, el fraude de ley pocas veces va a ser aplicado o invocado.

El fraude de ley⁶⁷ es un principio general del Derecho que en Derecho internacional privado presenta un perfil diferenciado como consecuencia de la presencia de distintos ordenamientos y la aplicación de una norma localizadora que designa la ley rectora de la relación -la norma de conflicto-⁶⁸. El fraude se funda en un acto o conducta real y efectiva realizados al amparo de una norma -la norma de cobertura- con la finalidad de eludir una disposición legal imperativa en perjuicio del Estado o de terceros. En Derecho internacional privado, el fraude se produce por una internacionalización artificiosa de un supuesto puramente interno, utilizando la norma de conflicto como trampolín para superar el marco en el que se encuentra la situación, o bien, al contrario, porque se elimina el elemento extranjero de forma maliciosa para evitar la aplicación de la norma de conflicto o finalmente se altera la categoría para propiciar la aplicación de otra norma de conflicto o la designación de otro ordenamiento⁶⁹. Sea en la fase inicial, sea en la final del proceso fraudulento hay una situación tráfico externo⁷⁰. Esta heterogeneidad o internacionalización puede ser manipulada bien para eliminarla bien para crearla, en ambos casos de modo artificial, aunque puede que la situación sea ya internacional y continúe siéndolo, pese a que se efectúe una manipulación sobre la norma de conflicto⁷¹.

La distinción entre norma simplemente imperativa frente a la norma internacionalmente imperativa y orden público interno frente al orden público internacional, es fundamental para comprender en qué ámbito se mueve el fraude de ley. El fraude de ley es un correctivo al resultado de la norma de conflicto, como la excepción de orden público, pero a diferencia de ésta, no se aplica porque el contenido de la ley extranjera designada por la norma de conflicto ofende valores esenciales e irrenunciables, sino porque se quiere eludir la aplicación de las normas coactivas de la ley normalmente competente. El fraude de ley

España: problemas y nuevas perspectivas”, CDT, 2015, Vol. 7, 1, en pp. 243-244. Distinguiendo, por el contrario, A. Davì (2004, pp. 8-9 y p. 23). Igualmente, E. Fongaro (2014, p. 523).

⁶⁷ En relación al Reglamento 650/2012, véase P. Wautelet (2015, pp. 285-333).

⁶⁸ Sobre la diferencia entre el fraude de ley en Derecho interno y Derecho internacional privado, véase I. Maguregui Salas (1995, pp. 135-136).

⁶⁹ Aparte de la manipulación del punto de conexión, que supone la acepción restringida, clásica o simple del fraude de ley, éste puede provenir también de una manipulación sobre la categoría regulada o incluso de las normas de competencia judicial; véase M. Bogdan (2010, p. 197); igualmente P. Wautelet (2015, p. 296 y ss.).

⁷⁰ Véase A.L. Calvo Caravaca (1995, pp. 927-943).

⁷¹ Así, un español de vecindad civil común, con residencia habitual en Suecia que se desplaza al Reino Unido, concretamente a Inglaterra o Gales, para establecer allí su residencia habitual con el propósito de evitar que le sea aplicado el Derecho sucesorio sueco. Tanto para las autoridades suecas, españolas como británicas el supuesto era originariamente internacional y no deja de serlo después de la supuesta manipulación. Véase P. Wautelet (2015, p. 294).

opera sobre normas simplemente imperativas, normas que no son renunciables por las partes (o por la parte) pero que no son irrenunciables para el ordenamiento. La excepción de fraude de ley se activa porque ha habido un resultado fraudulento consistente en la elusión de la ley normalmente competente. La excepción del fraude de ley sirve pues a la justicia conflictual, no a la justicia material. Por ello su aplicación se activa por la manera en que la ley aplicable ha sido designada⁷². Así, a falta de poder utilizar un mecanismo tan excepcional y estricto como el de la reserva de orden público internacional -y dado que tampoco nos encontramos ante una norma internacionalmente imperativa cuya aplicación es necesaria, inmediata e independiente de la norma de conflicto- la excepción del fraude de ley se presenta como un expediente particularmente útil para preservar la aplicación de las normas de ius cogens o simplemente imperativas, en materia sucesoria particularmente aquéllas que regulan el sistema legitimario⁷³. No obstante, cabe advertir que en algunas legislaciones se han adoptado mecanismos que pueden calificarse como cercanos a las normas internacionalmente imperativas por medio de los cuales se limita la autonomía conflictual para proteger el sistema legitimario de la ley objetivamente aplicable o bien directamente de la ley del foro⁷⁴.

Así, el fraude de ley en Derecho internacional privado y, más específicamente en el sector de la determinación de la ley aplicable, supone utilizar la norma de conflicto como norma de cobertura, manipulándola intencionada y maliciosamente con el propósito de alterar el punto de conexión para que sea aplicable una ley distinta a aquella que hubiera sido aplicable si no se hubiera producido la alteración fraudulenta. La vinculación con el ordenamiento designado es entonces meramente formal⁷⁵. Existe pues tanto un elemento subjetivo -voluntad maliciosa, intención de eludir la ley que debería ser aplicada en circunstancias normales- como un elemento objetivo -aplicación de la ley defraudada por existir una vinculación artificiosa con la misma- que determinan la conducta fraudulenta. La manipulación debe ser voluntaria y maliciosa y ello comporta un evidente problema

⁷² Véase M. Bogdan (2010, p. 201).

⁷³ Siempre que se pueda mantener que no queda protegido por el orden público al quedar integrado en su contenido, pero esta es una cuestión que deben decidir las autoridades de los Estados miembros, sometidas a los límites impuestos por el TJUE, véase epígrafe 3.3. La vinculación entre orden público y fraude de ley es puesta de manifiesto en la RDGRN 20.7.2016 (BOE 19.9.2016, núm. 226, pp. 67004-67009), Fto. de Dº 4, p. 67008.

⁷⁴ Se trata del caso contemplado en el art. 3099.1 del Código civil del Quebec, del art. 46.2.3 de la Ley italiana de Derecho internacional privado, del art. 79.1.3 del Código belga de Derecho internacional privado, del art. 89.5 del Código búlgaro de Derecho internacional privado. El límite se establece incluso aunque no se contemple la *professio iuris*, admitiendo la posibilidad de hacer efectiva la legítima prevista en el Derecho del foro sobre los bienes situados en el foro frente a la ley designada por la norma de conflicto, tal como puede apreciarse en el art. 35 de la Ley de Derecho internacional privado venezolana. El Reglamento 1215/2012 no contiene ninguna disposición que exprese un límite como el previsto en las leyes referidas y su entrada en aplicación desplaza las normas contenidas en este sentido en los Derechos de los Estado miembros sujetos al mencionado Reglamento.

⁷⁵ Como ha apuntado J. Carrascosa González (2014, p. 271 y p. 273), el carácter de la conexión es artificial por ser “existente pero fingida, ficticia, falsificada, espuria, fabricada y trucada” o “conexión vacía”.

probatorio⁷⁶. Se ha intentado sortear el elemento subjetivo del fraude de ley por la dificultad de determinar este carácter sobre la manipulación efectuada. La objetivación del fraude de ley se consigue tomando en consideración los fundamentos sobre los que se basa la aplicación de la ley de cobertura y de la ley defraudada. Habrá fraude en la medida en que la ley eludida posea un fundamento manifiestamente superior al de la ley que se pretenda que sea aplicada⁷⁷. Este planteamiento, netamente conflictual, obliga a efectuar un examen de las circunstancias del caso para poder valorar si efectivamente la ley eludida tiene un fundamento superior para ser aplicada.

La alteración se produce en aquellos casos en los que el punto de conexión es mutable y, por consiguiente, susceptible de ser modificado con facilidad como son la nacionalidad, el domicilio, la residencia habitual o el lugar de situación de un bien. De un modo u otro, estas conexiones están presentes en el Reglamento 650/2012 y puede producirse, por tanto, una manipulación maliciosa sobre las mismas para alterar el resultado previsto en el Reglamento. En este sentido, y teniendo en cuenta los criterios que determinan la atribución de competencia y la aplicación un Derecho extranjero de acuerdo con lo expuesto en el epígrafe 3.1 y 3.3, la adquisición de la nacionalidad, el traslado de residencia habitual de un país a otro o el desplazamiento de los bienes de un lugar a otro, son reales, no mera apariencia, pero ello no impide que hayan sido objeto de una manipulación fraudulenta. Naturalmente esta circunstancia hace que el carácter subjetivo, deliberado e intencional, de la manipulación sea tan relevante en el fraude de ley⁷⁸, por más objetivada que se pretenda que sea la aplicación de la excepción.

4.2. Límites efectivos a la aplicación del fraude de ley

No cabe establecer propiamente unos límites efectivamente establecidos en relación a la aplicación del fraude de ley porque lo cierto es que el Reglamento 650/2012, del mismo modo que cualquier otro instrumento de Derecho internacional privado de la UE, no prevé norma alguna en relación al fraude de ley. No obstante, cabe señalar dos datos que, de un modo u otro, limitan el juego del fraude de ley. Por una parte, la alusión al fraude de ley en distintos considerandos del Reglamento 650/2012. Por otra parte, el tipo de conexiones utilizadas para designar el Derecho aplicable.

El Reglamento 650/2012 contempla el fraude de ley a través de los considerandos de su preámbulo. En efecto, en distintos considerandos hay alguna referencia, directa o indirecta, al fraude de ley. Para empezar el Reglamento 650/2012 contiene un enigmático

⁷⁶ Claramente la STS de 14 de septiembre de 2009 (ROJ: STS 5417/2009) cuando declara que solo será considerado fraude el cambio de la circunstancia empleada como punto de conexión cuando “persigues una probada finalidad de defraudar la norma aplicable”.

⁷⁷ Esta es la tesis mantenida por B. Audit (1974).

⁷⁸ Esencial en Derecho internacional privado, véase I. Maguregui Salas (1995, pp. 135-136). Igualmente para P. Wautelet (2015, p. 303), “Un comportement n’est frauduleux qu’en présence d’une volonté manifeste d’échapper à l’application d’une loi.”.

considerando cuya interpretación y valor normativo resulta difícil de establecer. En efecto, el considerando 26 del Reglamento 650/2012 dispone:

“Ningún elemento del presente Reglamento debe ser óbice para que un tribunal aplique mecanismos concebidos para luchar contra la elusión de la ley, tales como el fraude de ley en el contexto del Derecho internacional privado.”

La Propuesta de Reglamento no contenía referencia alguna al fraude de ley⁷⁹ y cabe señalar que, con anterioridad a la elaboración de la propuesta, una de las respuestas que indicaba la operatividad del fraude de ley en las sucesiones transfronterizas fue la del Gobierno español, lo que quizás no debería sorprender si tenemos presente la experiencia jurisprudencial en esta cuestión en los supuestos de Derecho interregional⁸⁰.

La referencia no es aislada. En el considerando 38 se ilustra perfectamente el temor a conceder una libertad de elección de ley demasiado amplia. Así, vemos cómo se expone sin pudor cuál fue el motivo que llevó a restringir la *professio iuris*:

“El presente Reglamento debe capacitar a los ciudadanos para organizar su sucesión, mediante la elección de la ley aplicable a esta. Dicha elección debe limitarse a la ley de un Estado de su nacionalidad, para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida y para evitar que se elija una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos.”

⁷⁹ Alertando sobre esta carencia, véase Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, 2010, p. 112.

⁸⁰Véase http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_sp_ain_es.pdf, las referencias al fraude están presentes en la p. 13, p. 15, p. 16, p. 22 y p. 26, aunque subrayando su aplicación restrictiva. Para la jurisprudencia española en la materia en supuestos interregionales, véase la jurisprudencia: sentencia de la AP de Teruel de 1 de julio de 2015 (ROJ: SAP TE 84/2015); sentencia de la AP de Logroño de 7 de abril de 2014 (ROJ: SAP LO 232/2014); sentencia de la AP de Madrid de 11 de junio de 2013 (ROJ: SAP M 11360/2013); sentencia de la AP de Navarra de 8 de abril de 2013 (ROJ: SAP NA 64/2013); sentencia de la AP de Donostia-San Sebastián de 26 de octubre de 2010 (ROJ: SAP SS 773/2012); sentencia de la AP de Madrid de 16 de diciembre de 2011 (ROJ: SAP M 18917/2011); sentencia de la AP de Navarra de 12 de mayo de 2011 (ROJ: SAP NA 248/2011); auto de la AP de Bizkaia de 1 de marzo de 2011 (ROJ: AAP BI 917/2011); sentencia de la AP de Lugo de 12 de noviembre de 2009 (ROJ: SAP LU 908/2009); sentencia del TS de 14 de septiembre de 2009 (ROJ: STS 5417/2009); sentencia de la AP de Madrid de 17 de marzo de 2008 (ROJ: SAP M 5662/2008); sentencia de la AP de Bizkaia de 1 de febrero de 2008 (ROJ: SAP BI 103/2008); sentencia de la AP de Bizkaia de 31 de mayo de 2007 (ROJ: SAP BI 1219/2007); sentencia de la AP de Barcelona de 4 de noviembre de 2003 (ROJ: SAP B 6137/2003); sentencia de la AP de Madrid de 29 de octubre de 2001 (ROJ: SAP M 15019/2001); sentencia de la AP de Bizkaia de 15 de junio de 2001 (ROJ: SAP BI 2713/2001); sentencia de la AP de Bizkaia de 19 de febrero de 2001 (ROJ: SAP BI 816/2001); sentencia del TS de 5 de abril de 1994. La lectura de las sentencias permite apreciar que en ocasiones se acepta la aplicación de la excepción del fraude de ley, en otras se rechaza y en otras se trata más bien de supuestos de simulación que de fraude de ley, en sentido estricto y riguroso.

Por otra parte, en el considerando 52 se alude también a la posibilidad de provocar una internacionalización fraudulenta del supuesto con el propósito de evitar la aplicación de las normas relativas a la validez formal. El considerando reza:

“El presente Reglamento ha de regular la validez formal de todas las disposiciones mortis causa consignadas por escrito a tenor de normas conformes a las disposiciones del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Al determinar si una disposición mortis causa concreta es formalmente válida en virtud del presente Reglamento, la autoridad competente no debe tomar en consideración la creación fraudulenta de un elemento internacional con miras a eludir las normas sobre validez formal.”

La falta de previsión normativa no impide pues la aplicación de figuras, como el fraude de ley, para evitar que se sustraiga a la aplicación de las normas imperativas previstas en la ley que correspondería aplicar de conformidad con el Reglamento 650/2012⁸¹. Los considerandos reproducidos son más bien advertencias puramente narrativas, ya sabidas y que deben tomarse como avisos de carácter preventivo. Es evidente que el fraude de ley o el abuso de derecho, por citar otro mecanismo a tener en cuenta, pueden ser invocados por las autoridades en aplicación de este y de cualquier otro instrumento de la UE. No obstante, no puede ignorarse que su inclusión constituye el síntoma de una preocupación latente por evitar que el Reglamento pueda ser un instrumento para evadir la aplicación de las disposiciones *cogentes* existentes en materia de sucesiones, singularmente en materia de legítimas.

Por otra parte, la cuestión estriba en determinar cuándo y cómo se produce una desnaturalización de la norma de conflicto. La advertencia narrativa contenida en el Reglamento 650/2012 expresa una inquietud, pero no es lo suficientemente precisa como para establecer los criterios en virtud de los cuales se puede activar la excepción del fraude de ley. Si se permite el juego de palabras, se alude pero se elude. En efecto, se alude al fraude de ley para que no sea eludida la aplicación de la excepción de fraude de ley. El legislador europeo se inhibe y no aporta una regla al respecto. Por consiguiente, si no hay una norma relativa al fraude de ley en el Reglamento 650/2012, ello supone una remisión a los ordenamientos nacionales⁸² con todos los inconvenientes que de ello se derivan respecto a garantizar una aplicación uniforme del instrumento europeo. Sin embargo, como se verá en el siguiente epígrafe, las conexiones empleadas en el Reglamento 1215/2012 proporcionan unos criterios de contención que hay que tener en cuenta.

En suma, la pregunta es si el juego de la excepción del fraude de ley estará sujeto a un prisma exclusivamente nacional, sin que ni quepa plantear una cuestión prejudicial al respecto al TJUE, o si se trata de una excepción que puede comprometer la correcta

⁸¹ Así lo interpreta A. Bonomi (2015a, p. 248), “En principio, el fraude de ley puede ser tenido en cuenta en la aplicación del Reglamento”. Igualmente, p. 373, en relación al considerando 52.

⁸² Véase, J. Carrascosa González (2014, pp. 272-273); P. Wautelet (2015, p. 319 y ss.). Este autor, p. 325, considera que la remisión es muestra de que los Estados miembros sujetos al Reglamento 650/2012 han querido reservarse el derecho de sancionar ciertos comportamientos que juzgan inadmisibles.

aplicación del Reglamento 650/2012, hasta el punto de que se impongan límites a la aplicación de la excepción del fraude de ley⁸³, por ejemplo por lo que se refiere a la aplicación de la excepción del fraude de ley frente a la elusión de normas imperativas extranjeras, o incluso si se considera necesaria una teoría del fraude de ley adaptada a las exigencias del espacio judicial europeo⁸⁴.

4.3. Condicionantes potenciales a la aplicación del fraude de ley

La incertidumbre es aquí mayor si comparamos la situación que se ha analizado anteriormente respecto de la excepción de orden público. En efecto, en relación con el orden público puede ya aventurarse que se mantiene un contenido “nacional” del orden público aunque sujeto a ciertos límites que provienen del ordenamiento europeo. Ciertamente no se puede establecer con precisión cuáles son estos límites y a partir de aquí todo son conjeturas, sugerencias y opiniones, pero sabemos que el TJUE puede controlar los límites dentro de los cuales se puede acudir al concepto de orden público. Por el contrario, en relación al fraude de ley, aparte de los considerandos reseñados y de las claves que puedan extraerse de las propias normas de conflicto y de los puntos de conexión empleados, se desconocen las pautas bajo las cuales se aplicará el fraude de ley y quién y cómo se establecerán estos criterios.

Cabe, en primer lugar, preguntarse si el TJUE va a poder pronunciarse sobre la aplicación del fraude de ley. Las dudas provendrían del abandono a que ha sido sometida la cláusula del fraude de ley. Si el legislador europeo no ha hecho más que una referencia en los considerandos y si, además, esta referencia implica una remisión a las reglas nacionales, se plantearía la duda de si el TJUE va a poder interpretar la remisión y, más importante aún, si va a poder controlar los límites dentro de los cuales cabe acudir al fraude de ley. A mi juicio, la reserva prevista en los considerandos, particularmente en el considerando 26, no está exenta de los límites que derivan del Derecho de la UE, como es evidente, y del propio Reglamento 650/2012. Desde luego lo propio hubiera sido incluir una cláusula relativa al fraude de ley y ajustarla a los objetivos, finalidades y necesidades del Reglamento 650/2012 para evitar las variaciones nacionales⁸⁵ y/o los “desmanes” jurisprudenciales.

⁸³ Como hizo el Tribunal de Luxemburgo respecto al correctivo del orden público en el caso Krombach.

⁸⁴ Así parecería indicarlo A. Bonomi (2015b, pp. 282-283), cuando vincula el fraude de ley -y el abuso de derecho- previsto en el considerando 26 a los principios generales del Derecho europeo.

⁸⁵ Por ejemplo, en algunos Estados miembros solo se contempla el fraude a las normas imperativas del foro (como en España, art. 12.4 CC; en Croacia, art. 5 de la Ley de Derecho internacional privado de Croacia; en Hungría, art. 8.1 del Decreto Ley n° 13 1979 o en Rumanía, art. 2564 del Código civil) mientras que en otros no hay ni una cláusula específica para el fraude de ley en Derecho internacional privado, como en Italia o Alemania.

A falta de tal norma, ello significa que cada jurisdicción va a considerar su propia concepción del fraude de ley, que puede ser más o menos liberal, más o menos restrictiva⁸⁶. Además una vez se considere la aplicación de la excepción del fraude de ley, ésta va a estar condicionada por los elementos que la estructuran en cada jurisdicción, pudiendo ser subjetivista u objetivista. Por otra parte, cabe que en cada jurisdicción el alcance de la excepción del fraude de ley sea distinto por lo que se refiere a las normas que habrían sido eludidas. Así, puede que sea aplicable solo ante la elusión de normas simplemente imperativas del ordenamiento del foro, o bien también ante la elusión de normas simplemente imperativas de un ordenamiento de un Estado miembro sujeto al Reglamento 650/2012, o bien también ante la elusión de normas simplemente imperativas de un ordenamiento de un Estado miembro -esté o no sujeto al Reglamento 650/2012-, o bien ante la elusión de normas simplemente imperativas, sea del ordenamiento del foro, de un ordenamiento de un Estado miembro- esté o no sujeto al Reglamento 650/2012- o de un ordenamiento de un Estado no miembro. Otro aspecto que puede generar controversia, pensando en las cuotas legitimarias, es el alcance de la divergencia. Es decir, hasta qué punto la dimensión de la divergencia es lo suficientemente acusada como para determinar la aplicación de la excepción del fraude de ley. Si tenemos en la cabeza las diferencias en materia de legítimas, habrá que ver si eludir un Derecho sucesorio que prevea una legítima *pars bonorum* de 2/3 para aplicar un Derecho sucesorio que contemple una legítima *pars valoris* de 1/4, supone un fraude de ley.

Por todo ello, una norma de aplicación como la del fraude de ley debe integrarse en la lógica del Reglamento 650/2012 sin que quepa abortar el efecto útil que tengan sus disposiciones. En realidad de lo que se trata es de establecer si hubo un fraude a la norma de conflicto puesto que la excepción del fraude de ley se articula en conjunción a la norma de conflicto y está a su servicio⁸⁷, particularmente cuando ésta está unificada en un espacio en el que coexisten normas dispares. La excepción del fraude de ley debería servir pues a la justicia conflictual, no a la justicia material. El carácter imperativo de la norma eludida puede oscurecer la funcionalidad de la excepción del fraude de ley en Derecho internacional privado, pero la excepción en sí misma se debe a la norma de conflicto, no a la norma imperativa. Así, el fraude deberá ponderarse bajo los principios localizadores y materiales que sustentan la propia norma de conflicto⁸⁸.

⁸⁶ Véase A. Daví, A. Zanobetti (2013, p. 37) que se refieren a la aplicación del fraude de ley “negli ordinamenti giuridici degli Stati membri che lo prevedono” (igualmente pp. 42-43), admitiendo implícitamente la diversidad existente entre los Estados sujetos al Reglamento 650/2012 en relación al fraude de ley. En aquellos Estados que no posean una cláusula de fraude de ley los referidos autores parecen indicar que se tendrá por válido y asumible el comportamiento supuestamente fraudulento, salvo que sea contrario al orden público. En este sentido parece inclinarse A. Bonomi (2010, t. 350, p. 220). Claramente, sin embargo, A. Bonomi (2015, pp. 248-249).

⁸⁷ Véase P. Lagarde (2014, p. 511). Ya F. de Castro advertía de la necesidad de tener en cuenta los fines de la norma de conflicto, véase F. de Castro (1955, p. 612).

⁸⁸ Véase el análisis de P. Wautelet (2015, p. 290).

Cabe, en consecuencia, realizar una breve aproximación a las conexiones previstas en el Reglamento 650/2012, poniendo de manifiesto, sin embargo, que el margen de interpretación de los tribunales nacionales y del TJUE, en la medida en que se planteen una cuestión prejudicial, es todavía incierta por lo que se refiere al papel que va a jugar el fraude de ley. Ante todo debe tenerse presente que los puntos de conexión previstos en el Reglamento 650/2012 responden a consideraciones de contenido material. Así, la residencia habitual y el vínculo manifiestamente más estrecho contemplados en el art. 21 son la expresión de una preocupación por determinar la ley más próxima al causante, no solo desde un punto de vista conflictual, sino también desde la perspectiva material. Se trata de una determinación centrada en el individuo como ente social. De este modo, la conexión es subjetiva -ley vinculada al sujeto causante de la sucesión- y se vincula al lugar donde desarrolla su vida, donde establece su "centro de vida". La *professio iuris*, por su parte, debe ser vista como una opción que se llena de contenido material al encarnar una política legislativa que apuesta por la libertad individual al estar concebida como un mecanismo que favorece la planificación sucesoria. La ley así designada se aplicará por la sola voluntad del disponente. La elección de ley, en este caso *professio iuris*, es ya un elemento que casi podría calificarse como estructural del sistema europeo de Derecho internacional privado que progresivamente se va construyendo⁸⁹. No obstante, también es cierto que puede que la posesión de una determinada nacionalidad no exprese una vinculación real y efectiva con el país cuyo Derecho ha sido elegido. Esta proximidad entre la sucesión y la ley aplicable -que está arraigada en consideraciones de carácter material- no impide el fraude de ley, pero desde luego lo dificulta tal como se intentará desarrollar a continuación.

Examinemos pues las conexiones empleadas por el legislador europeo.

Residencia habitual: La residencia habitual es una conexión fáctica y mutable en la medida que por su propia naturaleza puede estar sujeta a cambios que pueden producirse de forma relativamente fácil⁹⁰, lo que puede redundar en una manipulación maliciosa. El objetivo es aplicar la ley más vinculada al entorno social del causante, en un determinado contexto y con una finalidad concreta⁹¹, en la medida en que es el lugar donde está el centro de vida e intereses del causante tal como se desprende de los considerandos 23 y 24⁹², donde se

⁸⁹ Véase A. Bonomi (2015b, p. 255).

⁹⁰ Así se ha puesto de relieve, véase I. Rodríguez-Uría Suárez (2013, p. 14 y ss.), permitiendo cambios de residencia con el objeto de evitar la aplicación de aquellas normas sucesorias que restrinjan la libertad de disposición, como las legítimas, en detrimento de sus familiares más próximos, aunque no es este el mayor problema que le ve a la residencia habitual, sino la dificultad de concreción.

⁹¹ Los objetivos desgranados en el considerando 7: buen funcionamiento del mercado interior, facilitar la libre circulación de personas, proporcionar un ámbito normativo que propicie la planificación de la sucesión y garantizar los derechos de los herederos, de los legatarios, de las personas próximas al causante y de los acreedores de la herencia.

⁹² Los considerandos recogen algunas de las apreciaciones que ya aportó el TJUE en interpretación del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad

vierten algunas pautas que pueden ser útiles para concretar la residencia habitual. Así se exige un “vínculo estrecho y estable” que no deriva, en principio, del lugar en el que se encuentre el patrimonio del causante, ni del lugar en que se hayan generado deudas, ni del lugar en el que están localizados sus acreedores. El TJUE ya brindará las sutilidades que imponga la casuística. Así va a suceder también cuando haya habido una voluntad fraudulenta en el traslado de residencia habitual. Ahora bien, el mero traslado de la residencia habitual no implica más que una modificación potencial de la ley sucesoria dado que ésta no será definitiva si el causante no fallece teniendo la residencia habitual en aquel país al que se había trasladado⁹³. Por ello, deben examinarse con detenimiento las circunstancias y consecuencias del traslado⁹⁴. Cada caso impondrá sus matices.⁹⁵ De todos modos, en general, el cambio de la residencia habitual comporta el cambio del centro de vida y, por lo tanto, una apuesta relevante que difícilmente se pueda vincular a un único propósito y menos aun a un propósito fraudulento⁹⁶. No obstante, ello no impide ser conscientes de que la -hasta cierto punto- volatilidad de la residencia habitual pueda derivar en un uso torticero de la misma que pueda desembocar en un fraude de ley en

parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, como la STJUE de 22 de diciembre de 2010, as. C-497/10 PPU, Mercredi y la STJUE de 2 de abril de 2009, as. C-523/07, A. Naturalmente, La materia sucesoria impone unos matices distintos.

⁹³ Véase E. Fongaro (2014, pp. 531-532).

⁹⁴ Véase P. Wautelet (2015, pp. 320-322).

⁹⁵ En efecto, no es lo mismo a) un causante que fallece súbitamente en pleno uso de sus facultades después del traslado, b) que un causante que fallece desvalido con sus facultades mentales profundamente alteradas después de que haya sido trasladado por uno de sus familiares o c) que un causante que fallece en pleno uso de sus facultades como consecuencia de una enfermedad terminal con posterioridad al traslado, tal como sucedió en la resolución argentina “Mandl, Federico A. M. s/Sucesión” dictada por la Cámara Nacional Civil, Sala “C”, el 3 de marzo de 1981 en la que el causante, argentino por naturalización y austríaco de origen, y domiciliado en Buenos Aires, cambio su domicilio y se domicilió en Austria, donde recuperó la nacionalidad austríaca y otorgó testamento instituyendo como única heredera a su quinta esposa a pesar de tener hijos de anteriores matrimonios domiciliados también en Argentina. El disponente trasladó su domicilio a Austria entre marzo y abril de 1977 y falleció en septiembre de 1977. Los indicios que derivaban del corto espacio de tiempo entre el cambio de domicilio y el fallecimiento fueron determinantes. Así se declara “La gravedad del estado de salud y la particular situación familiar del causante examinada precedentemente, en especial lo expresado en el testamento, hacen presumir su propósito de eludir las normas imperativas de la República mediante el cambio de nacionalidad y de domicilio intentados poco tiempo antes de su muerte”. Se trata de advertir la relevancia de la “secuencia temporal”, en expresión de P. Wautelet (2015, p. 323), aunque en su opinión una residencia habitual estable y perdurable en el tiempo no elimina por completo la aplicación de la excepción del fraude de ley, p. 324.

⁹⁶ Véase A. Daví, A. Zanobetti (2013, pp. 36-37). Apuntando acertadamente que hay otros mecanismos mucho más eficaces para conseguir determinados objetivos sucesorios, como puede ser la venta de bienes para su transformación dineraria, con la finalidad de manejarlos con mayor facilidad para sustraerlos a los canales sucesorios que correspondiere aplicar. Por ello consideran, p. 44, que el traslado de residencia habitual con un propósito fraudulento es difícil de que se produzca.

según qué casos⁹⁷. Hay que tener presente que la cuestión se suscitará en el plano de la competencia judicial, puesto que es el criterio general de atribución⁹⁸.

La ley más estrechamente vinculada con el causante: Esta cláusula permite aplicar una ley diferente a la del Estado en el que el causante tenía su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Esta otra ley será la de un Estado distinto con el que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho, cuya aplicación se producirá con independencia de que comporte un aumento, una disminución o una privación de los derechos que correspondían en calidad de legitimarios de acuerdo con la ley de la residencia habitual⁹⁹. El legislador europeo, con esta disposición, lo que persigue es la justicia conflictual, no la justicia material. Se quiere aplicar la ley más próxima al causante. Ninguna de las leyes que se acaba de citar presenta por sí sola una vinculación tan relevante como para determinar su aplicación. Todo ello va a depender de múltiples factores cuyo peso e incidencia va a variar caso por caso¹⁰⁰. En cualquier caso, la cláusula de escape puede ser ciertamente relevante porque juega como correctivo a la designación efectuada en virtud de la residencia habitual en el momento del fallecimiento y, por lo tanto, entendemos que puede ser un mecanismo preventivo de la excepción del fraude de ley¹⁰¹. El carácter excepcional con que debe ser aplicada permite presentarla como una cláusula que entraría en juego dentro de la mecánica estrictamente conflictual, en combinación con el vínculo endeble que tendría la residencia habitual, y reservaría el fraude de ley como una figura auténticamente excepcional que actuaría al margen de la operación localizadora y, por consiguiente, con sus propios principios y condiciones. Ahora bien, no hay que menospreciar la posibilidad

⁹⁷ Véase A. Daví, A. Zanobetti (2013, p. 42, nota 154), cita un caso norteamericano, In Re Estate of Renard, sentencia de la Surrogate's Court de Nueva York, 108 Misc. 2d 31 (1981), 437 N.Y.S. 2d 860. Ahora bien, fundado en una concepción liberal y generosa M. Bogdan (2010, p. 204), provocativo afirma que si se admite que la gente cambie la residencia habitual por motivos fiscales, por qué no admitirlo si lo hace por motivos sucesorios.

⁹⁸ Véase A. Font i Segura (2016, pp. 245-247), apuntando esta cuestión A.L. Calvo Caravaca (2016, 144). Según R. Hausmann (2015) el criterio residencia habitual, en el contexto del Reglamento sucesorio, puede ser visto más bien como un mecanismo para garantizar la aplicación de la *lex fori* dada la coincidencia *forum/ius*.

⁹⁹ Véase A. Bonomi (2015a, p. 251).

¹⁰⁰ La ley más estrechamente vinculada al causante, la de la nacionalidad, la de la nacionalidad anterior, la de la residencia habitual anterior, la de la residencia habitual futura, la del lugar de situación de la mayor parte de su patrimonio, la de la nacionalidad de sus herederos o la de la residencia habitual de sus herederos, la duración del tiempo pasado en el país de la residencia habitual en el momento del fallecimiento, los vínculos afectivos y sociales del causante, el lugar del desempeño laboral, la frecuencia de los desplazamientos al Estado cuya ley se pretende que presenta una vinculación manifiestamente más estrecha, la integración social en el país de la residencia habitual, las intenciones del causante, por ejemplo. Véase I. Rodríguez-Uría Suárez (2013, p. 17) poniendo de manifiesto que el Reglamento sucesorio no impone límite alguno en este aspecto, señalando sin embargo que posiblemente la ley más vinculada vaya a ser la de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento.

¹⁰¹ Igualmente M. Bogdan (2010, p. 203) o E. Fongaro (2014, p. 507 o p. 531). Aunque según P. Wautelet (2015, pp. 322-323), ello no impide examinar el comportamiento de una parte a la luz de la excepción del fraude de ley. A.L. Calvo Caravaca (2016, p. 320), descarta la aplicación sistemática de la cláusula de excepción si concurren los requisitos para la aplicación del fraude de ley.

de que haya una alteración de distintos elementos vitales, sociales y patrimoniales con vistas a buscar precisamente que una ley distinta a la de la residencia habitual sea excepcionalmente aplicada. En otras palabras, la aplicación de la ley más estrechamente vinculada puede en ocasiones evitar la aplicación de la excepción del fraude de ley, pero no cierra en absoluto la puerta a que en otras ocasiones sea necesario valorar si la aplicación de la ley más estrechamente vinculada no haya sido producto de la fabricación de unas condiciones que escondan un propósito fraudulento.

La elección de ley: La introducción de la libertad de elección del disponente subraya una apuesta decidida por la voluntad del causante¹⁰². La ley elegible se reduce a la ley de la nacionalidad del disponente¹⁰³, lo que previene la realización de comportamientos fraudulentos¹⁰⁴. La prevención frente a una *professio iuris* excesivamente amplia¹⁰⁵ proviene

¹⁰² La *professio iuris* constituye una señal de identidad en el Reglamento sucesorio, pero no puede negarse que supone una característica general en el planteamiento seguido en todos los Reglamentos europeos sobre la ley aplicable, tanto en materia de Derecho patrimonial, Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) o 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 (Roma II), como en Derecho de familia, así puede constatarse en el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 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, Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Igualmente A. Daví (2016, pp. 50-51).

¹⁰³ La nacionalidad no deja de poseer una fuerte carga como vínculo de la expresión de un sentimiento de identidad cultural, pero la combinación con el domicilio o la residencia habitual acoge un sentido de pertenencia más amplio y mutable, véase N. Bouza Vidal (2007, p. 15).

¹⁰⁴ Véase los comentarios del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, 2010, p. 52. Conceder la opción por la ley de la residencia habitual como ley susceptible de ser escogida –sea en el momento de la designación o en el momento del fallecimiento–, podía haber propiciado un fraude de ley al facilitar, por ejemplo, la elección de la ley de un país en el que la residencia habitual no hubiera sido más que anecdótica. Hay que tener presente además que la elección no hubiera podido ser desvirtuada por la cláusula de escape. Sin duda, se hubieran producido comportamientos oportunistas, por no decir directamente fraudulentos, A. Daví, (2004, pp. 476-477). No obstante, A. Daví, A. Zanobetti (2013, pp. 42-43), señala que en los países en los que se admite la elección de la ley de la residencia habitual no es frecuente que surjan controversias al respecto e indica que la excepción de orden público o el fraude de ley ya bastan para evitar abusos. Igualmente, A. Bonomi, "Successions internationales: conflits de lois et de juridictions", *Rec. des C.*, vol. 350 (2010), p. 220.

¹⁰⁵ No obstante, como consecuencia del recelo que pudiera causar la *professio iuris*, no se han acogido también otras opciones que la doctrina había sugerido como la elección de la ley de la residencia habitual o la elección de la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles o de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Véase, a favor de la posibilidad de elección de todas ellas, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, 2010, p. 67 y ss.

del miedo que los disponentes hagan uso de la misma para eludir la aplicación de la ley sucesoria objetivamente aplicable en la medida en que ésta establezca unos derechos legitimarios o reservas hereditarias que no se adapten a la voluntad del disponente. En este sentido, el legislador europeo podía haber optado por reglas más restrictivas que devaluaran directamente la autonomía conflictual al preservar la aplicación del sistema legitimario establecido en la ley objetivamente aplicable o bien directamente previsto en la ley del foro¹⁰⁶. El hecho de que no se haya introducido este límite en el Reglamento 650/2012 es un elemento relevante para valorar si ha existido o no fraude de ley, la renuncia a adoptar una previsión de estas características es un factor determinante que permite poner en valor la elección del disponente por encima de la ley que debería de haber sido aplicada en defecto de elección. Así, la introducción de la *professio iuris* en el Reglamento 650/2012 puede ser considerada como una aproximación liberal, dentro de la contención.

El factor tiempo -se permite elegir la ley del país cuya nacionalidad se posee en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento- también puede plantear dudas acerca del alcance del fraude. El legislador europeo parece rechazar que la elección de la ley poseída en el momento de la elección suponga per se un fraude ya que ulteriores modificaciones en la nacionalidad poseída no alteran la elección efectuada y tampoco se exige que esta nacionalidad sea poseída en el momento del fallecimiento¹⁰⁷. Tanto si se pierde aquella

¹⁰⁶ Este mecanismo expresa claramente una prevención frente a la autonomía conflictual al poner los límites a la libertad de disposición por encima de la voluntad "conflictual" del disponente. Este no es un dispositivo aislado en Derecho comparado y puede constatar cómo se lleva a cabo en el art. 3099.1 del Código civil del Quebec ("La elección de la ley aplicable a la sucesión queda sin efecto en la medida en que la ley elegida prive, en una proporción importante, al cónyuge, al miembro de la pareja registrada o a un hijo del difunto a un derecho de naturaleza sucesoria al que tendría derecho en ausencia de elección"), el art. 46.2.3 de la Ley italiana de Derecho internacional privado ("Tratándose de la sucesión de un ciudadano italiano, la elección no perjudicará los derechos que la ley italiana atribuya a los legitimarios residentes en Italia en el momento del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata"), el art. 79.1.3 del Código belga de Derecho internacional privado ("No obstante, esta elección no puede tener por resultado privar a un heredero de un derecho a la legítima prevista en la ley aplicable en virtud del artículo 78", es decir, la ley objetivamente aplicable) o el art. 89.5 del Código búlgaro de Derecho internacional privado ("La elección de ley no debe afectar la legítima determinada de acuerdo con lo previsto en la ley designada en virtud de los párrafos 1 y 2 de la presente disposición", es decir, la ley objetivamente aplicable). Hay ordenamientos que van incluso más allá en este afán por preservar el sistema legitimario, al fijar el sistema legitimario previsto en el Derecho de sucesiones del foro como el límite máximo para ejercer la libertad de disposición, aunque no se contemple la *professio iuris*. Así sucede en el art. 35 de la Ley de Derecho internacional privado venezolana ("Los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, no separado legalmente de bienes, podrán, en todo caso, hacer efectivo sobre los bienes situados en la República el derecho a la legítima que les acuerda el Derecho venezolano."), admitiendo la posibilidad de hacer efectiva la legítima prevista en el Derecho del foro sobre los bienes situados en Venezuela frente a la ley designada por la norma de conflicto. Este temor por garantizar la aplicación del sistema legitimario del foro se manifestó también en la elaboración del Convenio de La Haya de 1989 y determinó la posibilidad de efectuar una reserva al mismo por parte de los Estados contratantes con el objetivo de no reconocer la elección de ley si, con determinadas condiciones, el cónyuge o descendientes se vieran privados totalmente o en una proporción muy importante de los derechos que les atribuyan las normas imperativas del Estado que hubiera efectuado la reserva, véase el art. 24.

¹⁰⁷ A diferencia de lo que pasa en otras normas, como el art. 25 de la Ley de Derecho internacional privado de Estonia, ahora superada ya por el Reglamento sucesorio.

nacionalidad como si se adquiere alguna otra nacionalidad, la elección continúa siendo eficaz¹⁰⁸. Cabe incluso elegir entre cualquiera de las nacionalidades poseídas, sea en el momento de realizar la elección, sea en el momento de fallecer¹⁰⁹, sin que se imponga criterio de efectividad alguno o vínculo con el país cuya nacionalidad se elige¹¹⁰. Sin embargo, cabría plantear si la adquisición de la nacionalidad de un país realizada con antelación a la elección de ley no puede suponer un fraude cuando para su obtención no hace falta un cierto grado de integración ni vinculación¹¹¹, especialmente si la *professio iuris* se ejerce en un corto período de tiempo posterior a la adquisición de la nacionalidad.

Otro aspecto a tener en cuenta es si cabe admitir la elección parcial, pese a que el artículo 23 establece claramente que la ley escogida será de aplicación al conjunto de la sucesión. El principio de unidad impide un fraccionamiento calculado de la ley aplicable a determinados bienes de la herencia. Sin embargo, se ha sostenido que, excepcionalmente, cabe un fraccionamiento de la ley rectora de la sucesión por efecto de la elección de la ley de la nacionalidad cuando ello se conjuga con el criterio de competencia subsidiario previsto en el art. 10.2 del Reglamento 650/2012¹¹², basado en el lugar de situación de los bienes de la herencia¹¹³. No obstante, una admisión de la elección parcial podría conducir seguramente a comportamientos fraudulentos como el desplazamiento de bienes a un Estado miembro, cuando el causante tuviera la residencia habitual en un tercer Estado y hubiera elegido la ley de un Estado miembro cuya nacionalidad ya no poseía al fallecer.

Finalmente, la *professio iuris* puede realizarse en cualquier momento y cabe igualmente modificar o revocar la elección efectuada, con las consecuencias que ello puede tener en el

¹⁰⁸ Véase A. Bonomi (2015b, p. 264).

¹⁰⁹ Esta posibilidad se introdujo como novedad en la versión definitiva del Reglamento dado que la Propuesta nada preveía al respecto.

¹¹⁰ Véase A. Bonomi (2015b, p. 262). Igualmente A. Daví, A. Zanobetti (2013, p. 40 y p. 42). Por el contrario, C. Kohler (2012, p. 465) considera que lo que se ha querido asegurar es que haya un vínculo auténtico ("genuine link") entre el causante y la ley elegida de tal modo que, si esto es así, los intereses de los legitimarios previstos de acuerdo con la ley de la residencia habitual no son intocables. Si se interpreta *a contrario* esta afirmación podría colegirse que cuando no exista este vínculo auténtico con la ley de la nacionalidad, los intereses de los legitimarios *son* intocables. Inclinado también a considerar la elección bajo la óptica de la excepción del fraude de ley véase P. Wautelet (2015, pp. 330-331), analizando críticamente una sentencia suiza, Hirsch c. Cohen, Sentencia del Tribunal federal de 17 de agosto de 1976, *Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 102, II, p. 136 ss., posicionándose con carácter severo respecto de aquellas elecciones de ley de un país con el que el disponente no tiene un vínculo suficiente. Alineándose con esta perspectiva E. Castellanos Ruiz (2016, pp. 329-330).

¹¹¹ Véase M. Bogdan (2010, pp. 204-205). Igualmente P. Wautelet (2015, p. 329).

¹¹² El alcance de la competencia atribuida en aplicación del art. 10.2 queda limitado a los bienes de la herencia que se encuentran situados en el territorio de un Estado miembro.

¹¹³ Véase A. Bonomi (2015b, p. 270), en la medida en que la autoridad competente no podría pronunciarse sobre los bienes de la herencia situados en un tercer Estado y, por consiguiente, se produciría igualmente una fragmentación. Es decir, los efectos de considerar válida una elección parcial serían, en estos casos, los mismos que los de una elección a la totalidad de la sucesión.

ámbito de la sucesión contractual¹¹⁴. Un pacto de institución de heredero a favor del otro otorgante puede frustrarse con una elección de ley posterior al otorgamiento del pacto por parte del disponente que había instituido heredero al otro otorgante. En efecto, la elección de una ley que prevea una cuota legitimaria más amplia que la prevista por la ley que hubiera regido la sucesión del disponente en el momento de otorgar el pacto, comporta su completa distorsión. La frustración del pacto es más evidente aún si el pacto de institución de heredero conlleva además una entrega de bienes de presente¹¹⁵. El Reglamento sucesorio no proporciona una solución eficaz para resolver las controversias que pueden suscitarse y, aparte de las propuestas de *lege ferenda* y las soluciones substantivas que pudiera proporcionar la ley que rige la sucesión, el expediente del fraude de ley o del abuso de derecho permitirían aplicar la ley defraudada¹¹⁶.

El TJUE tiene que apuntar unas pautas de aplicación o, si se quiere, los límites dentro de los cuáles va a poder acudir a la excepción del fraude de ley. Una percepción distinta sobre el fraude de ley y sobre los resortes de su aplicación va a conllevar una aplicación dispar del Reglamento 650/2012. Así, con carácter general, se han apuntado distintos elementos determinantes para poder apreciar el carácter artificioso de la conexión por efecto de una manipulación¹¹⁷. Por una parte, hay un corto espacio de tiempo entre la manipulación que lleva a sujetar la relación a un ordenamiento distinto del que correspondería aplicar y la realización del acto que se beneficia de la aplicación del ordenamiento designado por efecto de la manipulación del punto de conexión¹¹⁸. El segundo elemento es la alteración súbita y difícilmente justificable de la alteración geográfica del supuesto.

Podría haberse llevado a cabo un examen en profundidad del significado del fraude de ley en el Reglamento 650/2012, 1) estableciendo cuáles eran las normas imperativas que, sin ser internacionalmente imperativas, podían estar comprometidas; 2) planteando las situaciones típicas que en materia sucesoria son susceptibles de provocar un fraude inadmisibles; 3) adoptando así una norma especial sobre el fraude de ley para subrayar su carácter excepcional y limitar su aplicación a casos típicos o prohibiéndola en otros, como en el ejercicio de la *professio iuris*, estableciendo excepciones a tal efecto si se consideraba conveniente; 4) fijando los resortes para una aplicación sometida a la naturaleza e importancia de la ley eludida, a los efectos potenciales sobre legítimos intereses de terceros,

¹¹⁴ Como ha puesto de manifiesto I. Rodríguez-Uría Suárez (2014, p. 269 y ss.).

¹¹⁵ Véase I. Rodríguez-Uría Suárez (2014, pp. 273-275).

¹¹⁶ Véase I. Rodríguez-Uría Suárez (2014, pp. 279-281).

¹¹⁷ Véase B. Audit (1974, p. 17 o pp. 142-143).

¹¹⁸ Véase B. Audit (1974, p. 35 y ss.).

al tiempo transcurrido desde que se efectuó la manipulación y a la implicación que pudiera tener en la manipulación la parte que invoca la aplicación de la norma eludida¹¹⁹.

5. Reflexiones finales

Resulta difícil efectuar algo más que unas reflexiones finales. El Reglamento 650/2012 es el vértice sobre el cual entran en contacto distintos Derechos de sucesiones y, en particular, los de los Estados miembros sujetos al mismo. Las divergencias existentes y la acusada sensibilidad que suscita esta materia ponen de relieve los riesgos que pueden derivarse cuando el Derecho designado sea un Derecho extranjero que responde a unos principios y a una tradición distinta de la existente en el Derecho del foro. Ello explica la atención desplegada en el Reglamento para conseguir la coincidencia *forum/ius*. No obstante, esta concurrencia no siempre se da, de modo que la combinación de las reglas de competencia y de las normas de conflicto no puede evitar que en ocasiones se designe como aplicable un Derecho extranjero. Cuando esto ocurra existe el riesgo de que se comprometa esta designación recurriendo a mecanismos como la excepción de orden público o el fraude de ley. La falta de unos criterios claros que permitan establecer cuando cabe aplicar el Derecho del foro frente al Derecho designado puede comprometer el equilibrio en el que se basa el Reglamento 650/2012.

En relación a la excepción de orden público puede apreciarse una significativa limitación originaria de instrumentos internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como la jurisprudencia resultante de su aplicación, que configura un fondo común en la construcción del orden público aplicado por las autoridades de los Estados miembros sujetos al Reglamento 650/2012. No obstante, más allá de la vinculación a la que están sometidos los Estados miembros con respecto a estos instrumentos, la determinación de aquellos principios y valores que se considera irrenunciables derivados del Derecho material de sucesiones se reserva a cada uno de los Estados miembros. Frente a ello se presenta un escenario abierto y difícil de anticipar en el que el TJUE va a tener un relevante papel. En esta contribución se sugiere considerar la carga sustantiva que posee el Reglamento 650/2012 derivada de su función y finalidad como metanorma de los distintos Derechos de sucesiones de los Estados miembros sujetos al mismo. Pese a que el Reglamento posee eficacia universal, su cualidad como metanorma únicamente puede mantenerse respecto de los conflictos surgidos entre leyes de distintos Estados miembros sujetos al Reglamento 650/2012, si tenemos en cuenta su carácter integral, como instrumento que cubre tanto la competencia judicial y la determinación de la ley aplicable, como el reconocimiento de resoluciones y documentos públicos en el seno del espacio judicial europeo. La vinculación armoniosa entre los distintos sectores del Derecho internacional privado permite, en consecuencia, limitar la intensidad de la excepción del

¹¹⁹ Estas últimas consideraciones contenidas en el punto 4 se han extraído de la exposición de M. Bogdan (2010, p. 209).

orden público al mismo carácter que este desempeña como causa de denegación en el plano del reconocimiento. Yendo más allá, y como reflexión final más que como conclusión, cabe preguntar si no debería reducirse el juego del orden público en supuestos intracomunitarios a aquellos principios que están directamente vinculados con un derecho fundamental contenido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y desvinculándolo de las exigencias que derivan directamente de la regulación material típica del Derecho de sucesiones.

La práctica nos mostrará el alcance que se va a atribuir al orden público directamente ligado a la regulación material del Derecho de sucesiones. Una limitación rigurosa del mismo por parte del TJUE puede derivar en una aplicación desmesurada de la figura del fraude de ley. Su mera referencia en un considerando del Reglamento 650/2012 puede desembocar en una aplicación maliciosa del fraude de ley, como mecanismo destinado a suplir una función que su hubiera adjudicado a la excepción de orden público. La inexistencia de unos referentes claros con respecto al orden público destaca todavía más la inexistencia de referentes con respecto al fraude de ley. La contribución apunta distintos elementos para contener lo que podría ser una aplicación legeforista del fraude de ley. Por una parte, el carácter funcional que este tiene, lo que obliga a recordar su vocación al servicio de la norma de conflicto y, por tanto, a su operatividad con las conexiones empleadas. Por otra parte, a la construcción de unas pautas de aplicación que presuntamente el TJUE va a desarrollar a través de la casuística.

Por último, en esta contribución se ha rechazado que en el actual estadio de desarrollo del Derecho de la UE pueda asimilarse la coexistencia de los distintos Derechos de sucesiones de los Estados miembros con el ordenamiento plurilegislativo español. No obstante, tal y como el autor de la misma ha ido planteando en otros trabajos, no parece desproporcionado observar que existe una posibilidad real de que quepa una aproximación entre ambos espacios. Aun siendo evidente que no cabrá una total equiparación, no parece absurdo pensar que el orden público despliegue una función únicamente vinculada a los derechos fundamentales, mientras un fraude de ley constreñido a su real dimensión por el TJUE preserve el carácter doméstico de las normas simplemente imperativas del foro en aquellos supuestos en que haya habido una manipulación artificial.

6. Tablas de jurisprudencia citada

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Presidente</i>	<i>Partes</i>
Gran sala, 7.2. 2013	JUR 2013\35557	Josep Casadevall	<i>Fabris c. Francia</i>
Sec. 5, 28.5. 2009	TEDH 2009\60	Peer Lorenzen	<i>Brauer c. Alemania</i>
Sec. 1, 22.12. 2004	JUR 2005\43400	C. L. Rozakis	<i>Merger y Cros c. Francia</i>
Sec. 4, 13.7. 2004	TEDH 2004\49	Nicolas Bratza	<i>Pla y Puncernau c. Andorra</i>
Sec. 3, 1.2.2000	TEDH 2000\45	Nicolas Bratza	<i>Mazurek c. Francia</i>
28.10.1987	TEDH 1987\28	John Cremona	<i>Inze c. Austria</i>
13.6.1979	TEDH 1979\2	G. Balladore Pallieri	<i>Marckx c. Bélgica</i>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
6.9.2012	C-619/10	<i>Trade Agency Ltd. c. Seramico Investments</i>
16.11.2011	C-549/09	<i>Brank Melli Iran/Consejo</i>
22.12.2010	C-208/09	<i>I. Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien</i>
22.12.2010	C-497/10 PPU	<i>Barbara Mercredi c. Richard Chaffe</i>
1.7.2010	F-45/07	<i>Mandt/Parlamento</i>
28.4.2009	C-420/07	<i>M. Apostolides c. D. Charles Orams y L. Elizabeth Orams</i>
2.4.2009	C-394/07	<i>M. Gambazzi c. DaimlerChrysler Canada Inc. y CIBC Mellon Trust Co.</i>
2.4.2009	C-523/07	A
14.10.2008	C-353/06	<i>Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul</i>

7.1.2004	C-117/01	<i>K.B. c. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health</i>
2.10.2003	C-148/02	<i>Carlos García Avello c. État Belge</i>
11.5.2000 Formento	C-38/98	<i>Renault SA c. Maxicar SpA y Orazio</i>
28.3.2000	C-7/98	<i>Dieter Krombach c. André Bamberski</i>
24.10.1997	T-293/94	<i>British Steel/Comisión</i>
29.10.1980	C-209/78	<i>van Landewyck/Comisión</i>
10.12. 1969	C-6/69	<i>Comisión/Francia</i>

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>ROJ</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 14.9.2009	STS 5417/2009	E. Roca Trias	<i>Victorio c. Leonardo</i>
STS, 1ª, 15.11.1996	STS 6401/1996	J. Marina Martínez-Pardo	<i>Patricia y Raquel c. Rubén y Nieves</i>
STS, 1ª, 21.5.1999	STS 3532/1999	P. González Poveda	<i>Armando, Inmaculada y María Angeles c. Lorenza</i>
STS, 1ª, 5.4.1994	STS 22192/1994	F. Morales Morales	<i>Reoberto c. Alberto y Elena</i>

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sec y Fecha</i>	<i>ROJ</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
SAP Teruel, sec. 1, 1.7. 2015	SAP TE 84/2015	María Teresa Rivera Blasco	<i>Magdalena, Natalia, Pascual y Sacramento en representación de sus hijas menores Marí Jose y María Rosario c. Luis Carlos</i>
SAP Logroño, sec. 1, 7.4.2014	SAP LO 232/2014	María del Puy Aramendía Ojer	<i>Sonsoles c. Francisca, Concepción, Mercedes y Amelia</i>
SAP Madrid, sec. 21, 11.6.2013	SAP M 11360/2013	Guillermo Ripoll Olazabal	<i>Amador, Marta y Rosalia c. Cornelio, María Milagros, Ezequias, Angelica, Gervasio, Marino, Pascual, Romulo y Victoriano</i>

SAP Navarra, sec. 2, 8.4.2013	SAP NA 64/2013 José Francisco Cobo Saenz	Nuria c. Ana, Matilde y Socorro
SAP Donostia-San Sebastián, sec. 2, 26.10.2010	SAP SS 773/2012 Ana Maite Loyola Iriondo	Sagrario c. Clemente
SAP Madrid, sec. 14, 16.12.2011	SAP M 18917/2011 Pablo Quecedo Aracil	Luz c. Orden Hospitalaria San Juan de Dios, Obispado de Tui-Vigo, Congregación Hermanitas de los Pobres, Fundación San Juan de Dios de Madrid, Florencio y Soledad, Médicos Sin Fronteras España, Asociación Radio María, Flora y Arsenio
SAP Navarra, sec. 1, 12.5.2011	SAP NA 248/2011 Fermín Javier Zubiri Oteiza	Severino c. Rosaura, Araceli, Alexander y Daniel
AAP Bizkaia, sec., 1.3. 2011	AAP BI 917/2011 María Begoña Losada Dolia	Sofía c. Amelia
SAP Lugo, sec. 1, 12.11.2009	SAP LU 908/2009 María Josefa Ruiz Tovar	Soledad c. Hipólito
SAP Barcelona, sec. 4, 28.10.2008	SAP B 10182/2008 Mireia Rios Enrich	Nuria c. ignorados herederos de Ángel y Natalia
SAP Madrid, sec. 18, 17.3.2008	SAP M 5662/2008 Jesús Celestino Rueda López	María Antonieta, Luis Enrique y María Inmaculada c. María Dolores y Asunción
SAP Bizkaia, sec. 4, 1.2.2008	SAP BI 103/2008 Ignacio Olaso Azpiroz	Rogelio y Estefanía c. María Purificación, Adolfo, Héctor, Nieves y Carlos José
SAP Bizkaia, sec. 4, 31.5.2007	SAP BI 1219/2007 Ignacio Olaso Azpiroz	Alicia y Amelia c. Aurora
SAP Barcelona, sec. 4, 4.11.2003	SAP B 6137/2003 Mireia Rios Enrich	Alejandro c. Juan Miguel
SAP Madrid, sec. 1, 29.10.2001	SAP M 15019/2001 Epifanio Legido López	María Inmaculada c. María del Pilar, Luis Andrés, María Rosario y Pedro Miguel
SAP Bizkaia, sec. 4, 15.6.2001	SAP BI 2713/2001 Antonio García Martínez	Erica c. Bárbara
SAP Bizkaia, sec. 4, 19.2.2001	SAP BI 816/2001 María Lourdes Arranz Freijo	Valentín c. Ildefonso c. Marina

Dirección General de los Registros y del Notariado

<i>Fecha</i>	<i>BOE</i>	<i>Director General</i>	<i>Partes</i>
20.7.2016	19.9.2016, núm. 226, p. 67004	Francisco Javier Gómez Gállego	M. y N.A.N.M c. la calificación del registrador de la Propiedad de Cullera, Antonio Jiménez Cuadra

Alemania

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Partes</i>
Tribunal Constitucional 19.4. 2005	1 BvR 1644/00	Mr. S.

Estados Unidos de América

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Caso</i>
Surrogate's Court de Nueva York 2d 860	108 Misc. 2d 31 (1981), 437 N.Y.S.	<i>In Re Estate of Renard</i>

Italia

<i>Tribunal, Fecha y núm. sentencia</i>	<i>Ref.</i>	<i>Partes</i>
Corte di cassazione, 24.6.1996 n. 5832	NGCC, 1997, I, 164 y ss.	<i>Amato c. D. Colombo, G. Colombo y Casati</i>

7. Bibliografía

M. Aguilar Benítez de Lugo/H. Aguilar Grieder (2005a), "Orden público y sucesiones (I)", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1984, pp. 853-882.

- (2005b) "Orden público y sucesiones (y II)", núm. 1985, pp. 1123-1147

S. Álvarez González (2016), "Sobre la discriminación sucesoria por razón de sexo en el Derecho iraní y el orden público español (Comentario a la Resolución de la DGRN de 20 de julio de 2016)" en *Bitácora Millennium DIPr*, 4 (<http://www.millenniumdipr.com/ba-53-sobre-la-discriminacion-sucesoria-por-razon-de-sexo-en-el-derecho-irani-y-el-orden-publico-espanol-comentario-a-la-resolucion-de-la-dgrn-de-20-de-julio-de-2016>)

- (2015), "¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?", en N. Bouza Vidal, C. García Segura y A. Rodrigo Hernández (Dirs.) y P. Pareja Alcaraz (Coord.), *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, pp. 146-181.
- (2014), "Sucesiones internacionales. ¿Que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público?", en T. F. Torres García, A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio (Dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum*, Madrid: La Ley, pp. 117-141.
- (2011), "Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos", *AEDIPr*, vol. 11, pp. 369-406.

J.J. Álvarez Rubio (2008), "El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia", *REEL*, nº 15, pp. 1-33.

B. Audit (1974), *La fraude à la loi*, Dalloz, Paris.

C. Azcárraga Monzonís (2015), "Artículo 25. Pactos sucesorios", pp. 183-192 en J.L. Iglesias Buhigues y G. Palao Moreno (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch.

M. T. Benedito Cañizares (2015), "Comienza la apuesta europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas", *Rev. Crit. Der. Inm.*, nº 750, pp. 2017-2089.

M. Bogdan (2010), "Private International Law as a Component of the Law of the Forum", *Rec. des C.*, 2010, t 348, pp. 9-252.

A. Bonomi (2015a), "Artículo 21", en A. Bonomi, P. Wautelet, *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de Julio de 2012*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 243-253.

- (2015b), "Artículo 22", en A. Bonomi, P. Wautelet, *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de Julio de 2012*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 254-286.
- (2015c), "Artículo 35", en A. Bonomi, P. Wautelet, *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de Julio de 2012*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 450-473.
- (2010), "Successions internationales: conflits de lois et de juridictions", *Rec. des C.*, t. 350, pp. 71-418.

B. Bourdelois (2014), "Relations familiales internationales et *professio iuris*", en VVAA, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, pp. 136-154.

N. Bouza Vidal (2007), "Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho internacional privado", *La Notaría*, 42, pp. 11-40.

A.L. Calvo Caravaca (2016), "Article 4. General Jurisdiction", en *The EU Succession Regulation, A commentary*, A.L. Calvo Caravaca, A. Daví, H.P. Mansel (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, p. 127 y ss.

A.L. Calvo Caravaca (2016), "Article 21. General Rule", en *The EU Succession Regulation, A commentary*, A.L. Calvo Caravaca, A. Daví, H.P. Mansel (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, p. 298 y ss.

A.L. Calvo Caravaca (1995), "Artículo 12, apartado 4", en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2, Madrid: EDERSA, 1995, pp. 927-943.

I. Calvo Vidal (2015), *El certificado sucesorio europeo*, La Ley - Wolters Kluwer, Madrid.

- I. Calvo Vidal (2012), "El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones", *Noticias de la Unión Europea*, nº 328, pp. 97-107.

J. Carrascosa González (2014), *El Reglamento 650/2012 Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Granada: Comares.

E. Castellanos Ruiz (2016), "Article 22. Choice of law", en *The EU Succession Regulation, A commentary*, A.L. Calvo Caravaca, A. Daví, H.P. Mansel (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, p. 323 y ss.

G. Contaldi y C. Griego (2016), "Article 35. Public Policy (ordre public)", en *The EU Succession Regulation, A commentary*, A.L. Calvo Caravaca, A. Daví, H.P. Mansel (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, p. 505 y ss.

A. Daví (2016), "Introduction", en *The EU Succession Regulation, A commentary*, A.L. Calvo Caravaca, A. Daví, H.P. Mansel (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, p. 1 y ss.

- A. Daví (2004), "L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne", *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, pp. 473-498.

A. Daví, A. Zanobetti (2013), "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea", *CDT*, vol. 5, nº 2, pp. 1-135.

F. de Castro, *Derecho civil de España*, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.

J. Delgado Echeverría (2011), "El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte", *La Ley*, nº 7675 (consultado en <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEAMtMSbF1CTEAAkMzU1NzM7Wy1KLizPw8WyMDQ0MDcwNTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnGqWmaxY0FBUX5ZagpInZmhoRFQsaElAF587z9NAAAWKE>)

E. Fongaro (2014), "L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions", *JDI*, 2, pp. 476-540.

A. Font i Segura (2016), "El fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria" en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2015*, Cizur Menor Thomson Reuters-Aranzadi, , pp. 173-252.

- (2007), *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.

J. M. Fontanellas Morell (2010), *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

H. Gaudemet-Tallon (2005), "Le pluralisme en Droit international privé: Richesses et Faiblesses (Le Funambule et l'Arc-en-ciel)", *Rec. des C.*, 312, pp. 9-478.

M. Grimaldi (2012), "Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire", *Defrénois*, p. 755 y ss.

J. Harris (2008a), "The proposed EU regulation on succession and wills: prospects and challenges", *Tru. L.I.*, pp. 181-235.

J. Harris (2008b), "Understanding the English Response to the Europeanisation of Private International Law", *JPIL*, pp. 347-361.

R. Hausmann (2015), "Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo", *Riv. Dit. Int. Priv. Proc.*, 3, pp. 499-521.

House of Lords - European Union Reports (2004), 10th Report of Session 2004-5.

J.L. Iglesias Buhigues (2015), "Artículo 20. Aplicación universal", pp. 137-139 en J.L. Iglesias Buhigues y G. Palao Moreno (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch.

J.L. Iglesias Buhigues, F.J. Martín Mazuelos (2015), "Artículo 40. Motivos de denegación del reconocimiento" pp. 316-326 en J.L. Iglesias Buhigues y G. Palao Moreno (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch.

J.L. Iglesias Buhigues, F. Garín Alemany, (2015), "Artículo 10. Competencia subsidiaria", pp. 93-98 en J.L. Iglesias Buhigues y G. Palao Moreno (Dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch.

J.L. Iglesias Buhigues (2009), "Desarrollo del espacio europeo de justicia: hacia el nuevo D. I. privado de sucesiones en la U.E.", *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, pp. 337-364.

C. Joerges (2003), "On the legitimacy of europeanising private law: Considerations on a Justice-making Law for the EU Multi-level System", *EJCL*, vol. 7.3 (accessible en <http://www.ejcl.org/73/art73-3.html>).

C. Kohler (2012), "L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes", *Rec. des C.*, t 359, pp. 285-478.

P. Lagarde (2014), "La fraude en matière de nationalité", en VVAA, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, Issy-les-Molineaux: LGDJ, Lextenso eds., pp. 511-524.

- (1959), *Recherches sur l'ordre public en Droit international privé*, Paris.

E. G. Lorenzen (1923-1924), "Territoriality, public policy and the conflict of laws", *Yale. L.J.*, vol. 33, pp. 736-751.

I. Maguregui Salas (1995), "El fraude a la ley en el derecho interregional (Comentario crítico de la STS núm. 294 de 5 de abril de 1994)", *Estudios Deusto*, pp. 133-149.

J. Maseda Rodríguez (2007), "Sucesión internacional: algunos problemas relativos a la aplicación de la norma de conflicto a través de la reciente práctica jurisdiccional española", *Dereito*, vol. 16, 1, pp. 295-322.

Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht (2010), "Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession", *RebelsZ*, pp. 552-720.

A. Miaja de la Muela (1974), "Los derechos adquiridos en la doctrina española y en el sistema de Derecho internacional privado español", *AEDI*, 1, pp. 3-28.

C. Oró Martínez, "Orden público internacional y prohibiciones para suceder de la mudawana: fundamento y alcance de la excepción de orden público aplicada a la sucesión de un causante marroquí [A propósito de la SAP de Barcelona (Sección 4ª) de 28 de octubre de 2008]", *Dereito*, 2009, vol. 18, núm. 1, pp. 287-304.

W. Pintens (2011), "Need and Opportunity of Convergence in European Succession Laws", en VVAA, M. Anderson; E. Arroyo i Amayuelas (eds.), *The Law of Succession. Testamentary Freedom. European Perspectives*, Groningen: Europa Law Publishing, pp. 5-22.

A. Quiñones Escámez (2004), "Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)", *RDCE*, 18, pp. 509-529.

A. Rentería Arozena (2015), "Las sucesiones mortis-causa transfronterizas en derecho español: los convenios internacionales, el Reglamento 650/2012 y las reformas legislativas de 2015" (accesible en <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/las-sucesiones-mortis-causa-transfronterizas-en-derecho-espanol-los-convenios-internacionales-el-reglamento-6502012-y-las-reformas-legislativas-de-2015/>).

I. Rodríguez-Uría Suárez (2014), *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Universidad de Santiago de Compostela.

- (2013), "La ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento 650/2012", *InDret*, 2.

F. Vismara (2014), "Patti successori nel regolamento (UE) n. 650/2012 e patti di famiglia: in'interferenza possibile?", *Riv. dir. Int. priv. e proc.*, 4, pp. 803-818.

C. Wasserstein Fassberg (2015), "Realism and revolution in conflict of laws: in with a bang and out with a whimper", Roosevelt, Kermit III, "Legal Realism and the Conflict of Laws", *Univ. Penn. LR*, vol. 163, pp. 1919-1944.

P. Wautelet (2015), "La fraude en droit patrimonial international: le cas des successions internationales" en P. De Page; A. Culot; I. De Stefani (Eds.), *Apparences, simulations, abus et fraude - Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles: Anthemis, pp. 285-333.

M. Weller (2015), "Mutual trust: in search of the future of European Union private international law", *JPIL*, 11, 1, pp. 64-102.

W. Wurmnest (2016), "Ordre public (Public Policy)", en *General Principles of European Private International Law*, ed. S. Leible, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn.

Public policy in Succession Authentic Instruments: Articles 59 and 60 of the European Succession Regulation.

Jonathan Fitchen

School of Law
University of Aberdeen

Abstract*

This chapter indicates the scope for difficulties in establishing the meaning of the public policy exceptions provided by Article 59(1) and Article 60(3) of the European Succession Regulation. Though EU jurisprudence from other EU Regulations concerning public policy exceptions for judgments offers some guidance, the lack of jurisprudence concerning the public policy of authentic instruments, diversity among national succession laws and the novelty of Article 59's obligation of 'acceptance' may pose problems for authentic instruments in the Succession Regulation. The high probability of the Succession Regulation being operated by non-contentious probate practitioners, rather than by the courts more usually empowered by such European Regulations, is also suggested to potentially add to these difficulties. For these and other reasons it is suggested that cases involving the public policy exceptions should be capable of diversion to domestic or European courts for the determination of the public policy points at issue.

Title: Public policy in Succession Authentic Instruments: Articles 59 and 60 of the European Succession Regulation.

Keywords: Succession; authentic instruments; European law.

* The author is grateful to the Reviewers for their comments on this article. Such errors or omissions that remain are the author's

Summary

1. Introduction

2. Section One: The public policy exceptions in Articles 59 and 60 considered against other public policy exceptions provided by EU private international law.

2.1 Public policy in private international law

3. Section two: The public policy exceptions in Article 60.

4. Section three: The public policy exceptions in Article 59.

4.1 Possible future issues and challenges for the Article 59 public policy exception.

5. Conclusion

6. Bibliography

1. Introduction

As many EU Member States use authentic instruments in succession law, and in matters connected with succession, it was necessary for the European Succession Regulation² to make provision for the cross-border circulation and use of such instruments across the EU in succession matters. The provisions in the Succession Regulation were developed to reflect the varied circumstances in which authentic instruments may interact with the different types of international succession falling within the material scope of the Regulation. On this point, the goal of the Succession Regulation is that an authentic instrument drawn up in one Member State, that has (or will have) a bearing on a matter of succession in another qualifying Member State, should be able to be transmitted to and received in other Member States in such a manner and form as to allow it to produce legitimate legal and evidential effects in the other Member States equivalent to those that it would otherwise have produced in its original Member State.

Achieving this simple sounding goal by means of European private international law legislation presents several difficulties: the most basic being that three EU Member States are not party to the Succession Regulation at all.³ Among the remaining 25 Member States the authentic instrument, if considered as a legal institution, is not present in the domestic legal systems of Sweden, Finland and Cyprus: if authentic instruments are ever encountered in these three jurisdictions they are encountered as foreign documents and appear either in connection with the various cross-border 'enforcement' possibilities

² Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession OJ L 201, 27.7.2012, p. 107-134.

³ The United Kingdom, Ireland and Denmark are not party to the Regulation.

offered by other EU private international law Regulations, or, as ordinary foreign documentary evidence. Even if the matter is considered solely in relation to the legal systems of the remaining twenty-two Member States that *do* feature the authentic instrument as a domestic legal institution, there are enough divergences in the circumstances of creation, use, and its domestic legal effects, as to make clear that there is, as yet, no such thing as a European authentic instrument. Instead different domestic varieties of the legal institution have been included in a general definitional category of 'authentic instruments' initially based on a single case concerning Article 50 of the Brussels Convention of 1968 and thereafter employed with drafting subtleties to suit individual EU private international law Regulations.⁴ When the different types of domestic authentic instrument are considered in terms of their role in the differing succession laws and procedures across the legal systems found in twenty-two Member States, it is plain that the drafters of the Succession Regulation were presented with a number of technical problems concerning cross-border succession authentic instruments. These problems included how to equip such a varied category of 'authentic instrument' with the private international law provisions required to permit only *legitimate* domestic cross-border legal effects when a succession authentic instrument is sent to a foreign Member State: as will be seen below, the public policy exceptions concerning authentic instruments in the Succession Regulation have a role to play in ensuring that authentic instruments do not 'accidentally' acquire a greater international legal effect than they would domestically enjoy.

Once the text of the Succession Regulation was finalised a further practical issue was presented: how are the authorities in a Member State to understand what the evidentiary effects of a foreign authentic instrument may be when one is presented in connection with such a succession? Although standard forms are provided by the Succession Regulation to aid the cross-border circulation of, *inter alia*, authentic instruments these forms are not without weaknesses and their use is not mandatory. To provide more general answers to the question of the nature of the domestic evidentiary effects of succession authentic instruments, the European Parliament commissioned a comparative study from the University of Aberdeen into the evidentiary effects of authentic instruments in matters of succession across the immediately affected EU Member States: this paper draws upon aspects of the information received from legal academics and notaries acquired in undertaking this Study.⁵

The main question at issue in this paper however concerns the meaning and probable use of the Article 59 and 60 public policy exceptions for authentic instruments falling under the Succession Regulation. To better understand the issues concerning these public policy exceptions it is advisable to outline the basic issues concerning the use of authentic instruments in the context of the Regulation: to this end a brief consideration of the

⁴ Case C-260/97 Unibank v Christensen [1999] ECR I-3715 at paragraph 17.

⁵ The Study (hereafter called '*Authentic Act Study*') may be downloaded from [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2016\)556935](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2016)556935) <last accessed 09/11/2016>.

Regulation's intended operation is offered. The Succession Regulation has been created to address and minimise some of the difficulties that have traditionally been associated with the interaction of private international laws concerning cross-border successions: such difficulties typically arise because of the combination or cumulation of different systems of legal provisions that traditionally act to 'insulate' domestic succession laws and succession practices within each legal system. Such insulation is most problematic if, in a cross-border context, it results in a single succession being fractured by the private international laws of different legal systems into a series of different successions that are then treated as scattered across different legal systems. A succession might be so scattered by divergences in the private international laws concerning the testator's nationality, habitual residence or place of death, the location of assets (such as immovable property) and differing places of creation for Wills or for other inter vivos dispositions and post mortem probate documents. At worst, such difficulties could mean that those concerned with the succession might require multiple legal proceedings conducted in different States with the delays, costs and attendant risks of conflicting outcomes, entitlements and liabilities threatened by the multiplication of related proceedings. Considered at a high level of generality, the Succession Regulation attempts to reduce the potential for an *unnecessary* multiplication of proceedings caused by differing private international law rules. Thus it is intended to: determine the jurisdiction of a single Member State whose courts can essentially deal with the entire matter if it has become contentious; allow notaries to create and then circulate evidentially effective authentic instruments relevant to successions and to engage in non-contentious succession practice; to provide a Regulation method to allow the determination of the applicable law of different issues concerning the succession;⁶ to provide a mechanism allowing the cross-border recognition and enforcement of succession judgments and also a mechanism allowing the cross-border acceptance and / or enforcement of authentic instruments concerning that succession. This single set of private international law rules is augmented by the important, but regrettably sometimes optional, possibilities for cross-border exchanges of authoritative information between succession 'authorities' in the EU via the European Certificate of Succession and by standard forms designed to accompany judgments or authentic instruments.⁷

As the Succession Regulation is designed only to reduce the difficulties posed by the application of multiple systems of *private international law*, it does not change any substantive succession law or its associated succession procedures. Though the Regulation can operate in a global context, its basic purpose is to minimise unnecessary systemic conflicts between the private international laws of EU legal systems by providing a unified determination of the main private international law issues. The Succession Regulation

⁶ Article 22 allows the testator, subject to certain restrictions, to select a single law that is applicable to the entire succession.

⁷ For authentic instruments see Annex 2 Form II of Commission Implementing Regulation (EU) No 1329/2014 of 9 December 2014 establishing the Forms referred to in Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 359, 16.12.2014, p. 30-84.

attempts to avoid conflicting private international law rules concerning authentic instruments via Article 59 which allows succession authentic instruments to act as transmitters of evidence and evidentiary effects, and via Article 60 which allows enforceable succession obligations to be transmitted across Member State borders by authentic instruments. Articles 59 and 60 thus provide, respectively, for the acceptance and for the enforcement of a 'succession authentic instrument' as drawn up in one qualifying Member State when it is presented in another qualifying Member State.

Unless considered in the context of succession, these provisions may appear misleadingly similar to those concerning the earlier use of authentic instruments by EU Regulations belonging to the Brussels Ia or IIa traditions. This conclusion is misleading because the circulation of succession authentic instruments is designed to do more than to allow the possibility that a notary in one Member State may draw up an authentic instrument with cross-border enforceability that confirms that a sum of money must be paid because of a succession event. Though such an eventuality is still possible, it is very far from being a complete or accurate representation of the entirety of what is intended or possible in relation to authentic instruments under Articles 59 and 60 of the Succession Regulation. It is indeed possible to object that such an impression of the use of an authentic instrument is misleading even in relation to the more limited enforcement possibilities accorded by the Brussels Ia Regulation: this objection is connected with the reason why an authentic instrument may ever be domestically enforced in such a fashion, i.e. because the authorised public authority who created it has conferred sufficient evidentiary force upon the matters that it certified as true to allow the authentic instrument to be enforceable in the legal system where it was drawn up. The actual enforcement of the authentic instrument considered at the level of the Member State of origin's domestic legal system is a *possibility* rather than an inherent quality of the legal institution of the authentic instrument; enforceability proceeds (if at all) from the evidence that the authentic instrument contains and from the legal effects that such evidence is allowed to produce by the law of the place in which it was drawn up.⁸ It is significant that the definition of the authentic instrument provided by the Succession Regulation is not one that requires any such quality of enforceability for authentic instruments that fall within the scope of the Regulation.⁹ The

⁸ The evidentiary effect of an authentic instrument is a matter determined with reference to the legal system in which it was drawn up. It is however very likely that as an authentic instrument is a public document created by a public official acting in a public capacity it will benefit from a very strong, if rebuttable, presumption of evidential force appropriate to such a public document as actually drawn up by the notary or other equivalent public official. If a notary certifies the truth of a given matter that he is competent to certify, this need not then be proven again other than by the production of the authentic instrument which is assumed to be compelling evidence of that which is recorded unless and until this evidentiary presumption is rebutted or unless the formal or material validity of the authentic instrument should be successfully challenged. See section 3.5 – 3.6 of *Authentic Act Study* p 32-34.

⁹ See Article 3(1)(i) 'authentic instrument' means a document in a matter of succession which has been formally drawn up or registered as an authentic instrument in a Member State and the authenticity of which: (i) relates to the signature and the content of the authentic instrument; and (ii) has been established by a public authority or other authority empowered for that purpose by the Member State of origin.' Concerning certain issues with the definition of the authentic instruments falling within the scope of the Regulation see section 3.8 of *Authentic Act Study* p 40.

key to understanding the provisions of the Succession Regulation concerning authentic instruments is to notice the intended importance of such authentic instruments in the effective cross-border transmission and receipt of *evidence* relating to the succession across Member State borders: the incoming authentic instrument provides evidence to which the Member State addressed must, subject to public policy exceptions, give appropriate effect. Given the present level of legal integration in the EU, it is not currently feasible to provide that the legal acts or legal relationships comprising the content (or *negotium*¹⁰) of the succession authentic instrument could themselves be given direct cross-border legal effect throughout the qualifying Member States: the solution is to instead give cross-border effect to the evidentiary effects of these authentic instruments while reserving the possibility of challenging (and hence suspending) either the authenticity of the authentic instrument or its content in venues appropriate to such challenges.¹¹

Though the overwhelming impression provided by the contributors to the *Authentic Acts Study* was that the general evidence transmission function provided by Article 59 appears likely to be of greater practical relevance than the narrower 'enforcement' potential offered by Article 60, the initial drafting, organisation and design of these provisions appears to indicate that the drafters initially attempted to create a non-contentious or preventive justice analogue of the private international law provisions concerning the cross-border use of judgments arising in contentious succession proceedings. This suggestion may partially explain why during the drafting process it was initially felt advisable to propose that cross-border succession authentic instruments from one Member State should be capable of *recognition* as well as enforcement in other Member States.¹²

The *recognition* of foreign succession authentic instruments contemplated by the original Commission proposal set off a long-running and vexed dispute¹³ among the Member States. Some were of the opinion that if there was an obligation in the Succession Regulation to '*recognise*' foreign succession authentic instruments, this would, given the

¹⁰ Recital 63 indicates what might fall within the category of *negotium* concerning an authentic instrument under the Succession Regulation.

¹¹ Article 59 (2 - 3) concern challenges to authenticity and to *negotium* / material content respectively.

¹² 'Recognition' for authentic instruments was present at para 4.5, draft Recital 26 and in draft Article 34 of the Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession COM(2009)154 final. 'Recognition' was present in the text (at least notionally) until May 2011 when new political guidelines were agreed which, *inter alia*, removed all references to 'recognition' from the recitals and text concerning authentic instruments. This was replaced with the new concept of 'acceptance', see Note from Presidency on Political Guidelines Council Document 10767/11 [27 May 2011], paragraphs 23-29 of annex. The issue is also discussed at pages 42-5 of the *Authentic Act Study*.

¹³ See Summary of Discussions Council Document 14837/10 [29 October 2010] where at p.7 the Commission Official is minuted as pleading with the representatives not to re-open the discussions on the term 'recognition'.

automatic domestic consequences that their legal system associated with 'recognition', produce unwarranted *res judicata* effects from the evidence contained in the incoming succession authentic instrument.¹⁴ After much discussion between the European Commission and the Member States, it was finally agreed that the original draft text obliging the Member State addressed to 'recognise' a succession authentic instrument would be deleted and replaced in the final text with a different legal term to describe an Article 59 obligation for the Member State addressed to 'accept' incoming authentic instruments by giving equivalent domestic effects to their 'foreign' evidentiary contents.¹⁵ Given this amendment during negotiations, the Succession Regulation has *never* imposed a recognition obligation on a Member State addressed in relation to any aspect of an incoming succession authentic instrument. This is clear from the deletion of the term 'recognition' from both the Recitals and the final Article 59 text concerning authentic instruments, and from the differences between the respective provisions concerning judgments and authentic instruments. Judgments must be recognised via Article 39 and retain their recognised status until an Article 40 exception is successfully declared by a court. Article 59 does not accord authentic instruments *any* form of recognition status and even provides in its third paragraph that *as soon as such a challenge is made* to a legal act or legal relationship recorded in an authentic instrument its cross-border evidentiary effects otherwise flowing from 'acceptance' are suspended in relation to the matter so challenged.¹⁶

Despite the abovementioned differences between the Regulation's provisions concerning judgments and authentic instruments, also despite the explicit rejection of the option of requiring recognition for authentic instruments during the drafting of the Regulation, it has been suggested that Article 59(3) can be read to suggest an implicit (or negative) form of Regulation recognition concerning the validity of *unchallenged* legal acts or legal relationships (the *negotium* of the authentic instrument) declared in the incoming authentic instrument.¹⁷ With respect, this suggestion is textually unconvincing, legally unnecessary and contradicts the scheme of the final Regulation.¹⁸ The suggestion is rooted in the

¹⁴ The original obligation of recognition included in the draft text would mean that an authentic instrument with no domestic *res judicata* effects could seemingly (and accidentally) produce such effects abroad in certain Member States, e.g. Germany, but not in others.

¹⁵ For exhaustive coverage of 'recognition' in the context of authentic instruments in other EU private international law Regulations - including those that employ the term 'recognition' for authentic instruments, see J Fitchen, *The Recognition and Enforcement of Authentic Instruments in the Proposed European Succession Regulation*, (2012) *J Priv. Int. L* 8 323-58.

¹⁶ The suspension of the evidentiary effect only applies to the matter disputed; any undisputed matters continue to produce evidentiary effects despite the challenge (Recital 65).

¹⁷ See commentary by Wautelet concerning Article 59 in A Bonomi and P Wautelet *Le Droit Européen Des Successions* Bruylant 2013 Bruxelles pp 659 - 680 1st ed at paragraphs 4-5, 47-53 and in an expanded form at paragraphs 4-5, 47-53 in A Bonomi and P Wautelet *Le Droit Européen Des Successions* Bruylant 2016 Bruxelles 720 - 747 2nd ed.

¹⁸ See discussion by Wautelet, *ibid*, paras 47 -53.

doctrine of those legal systems which were on the losing side of the debate concerning the inclusion of 'recognition' for authentic instruments in the Regulation: the consequences of such 'recognition' for these legal systems would not have automatically led to unwanted *res judicata* effects but would have allowed for the establishment of overt cross-border validity assumptions for the negotium of the authentic instrument *via the Succession Regulation*. It is possible to sympathise with the losing side and to note the substantive and procedural legal difficulties resulting from the decision not to include 'recognition', but it is inadvisable to try to stretch the Regulation to resolve this unresolved matter at a European level. Article 59(1) only provides for acceptance concerning cross-border evidentiary effects (subject to its public policy exception); it does not otherwise address validity and still less does it provide for the validity of the *negotium* of authentic instruments. Article 59(2) is concerned with challenges to the authenticity of the authentic instrument. Article 59(3) indicates the necessary vulnerability of the cross-border evidentiary effects, that would otherwise benefit from acceptance flowing from Article 59(1), if the legal acts or relationships recorded in the authentic instrument should be challenged: it then clarifies that jurisdiction over non-incidental¹⁹ challenges to the *negotium* is to be determined by the jurisdictional provisions of the Regulation and that Chapter III of the Regulation shall determine the applicable law. In consequence, if there should be a challenge to the legal acts or legal relationships recorded in an authentic instrument, presented via Article 59(1), this challenge is referred by Article 59(3) back to the earlier jurisdictional and applicable law²⁰ provisions of the Regulation; this is to prevent the uncertainties that would arise without such guidance if the court in the Member State addressed inappropriately assumed the role of a challenge venue, it is not designed to confer implied or inferred validity on the *negotium* of the authentic instrument.

To attempt to infer an implied form of validity recognition concerning the *negotium* of authentic instruments from Article 59(3) distorts the text and procedures established by the Regulation. Whether a legal relationship recorded in an authentic instrument presented under Article 59(1) should be accepted, or challenged as envisaged by Article 59(3), there is no positive or negative Regulation recognition of the *negotium* of that authentic instrument. If the cross-border evidentiary effects associated with a disputed matter are suspended as per Article 59(3), the jurisdiction of the court and the applicable law over that challenge are determined via other Regulation provisions that will lead to a judgment sustaining or rejecting the challenge: in either case, it is *only* the resulting judgment that is capable of recognition under the Regulation. A judgment rejecting the challenge will allow the revival of acceptance under Article 59(1) and could additionally lead to the production of the judgment for Article 39 recognition purposes, but none of this indicates a recognition of (or recognisable properties concerning) the authentic instrument or its contents.

¹⁹ Article 59(4) and Recital 64 concern jurisdiction over matters arising incidentally.

²⁰ See commentary by Bonomi on Article 35 in A Bonomi and P Wautelet *Le Droit Européen Des Successions* Bruylant 2016 Bruxelles 2nd ed, pp 575 - 602. The applicable law provisions for this challenge would necessarily be subject to the general Article 35 public policy exception located in Chapter III rather than the exception in Article 59(1).

In attempting to maintain an authentic instrument analogue of the recognition of judgments, the validity recognition suggestion unhappily marginalises both the outcome of the debate concerning authentic instruments and the final text. The suggestion attempts to construe autonomous Succession Regulation provisions (e.g. 'acceptance' and 'recognition') via inferences and implications related to domestic, rather than EU, legal concepts and procedures. It is suggested that the so-called negative form of validity results either from confusing the recognition effects of a possible future judgment with the acceptance potential of an authentic instrument under the Regulation, or, from 'upscaling' domestic procedures and domestic evidentiary effects concerning incoming authentic instruments in the legal system in receipt. As a matter of logic there is no need to describe the process by which a given legal system agrees to receive documentary evidence via an authentic instrument as involving any 'recognition' (whether positive or negative) of the validity of the *negotium* of that incoming authentic instrument. This accords with the important point that an incoming succession authentic instrument may still be domestically received and at least partially effective as simple documentary evidence.²¹

Though the Article 59 obligation of 'acceptance' is likely to be the most generally relevant of the two operative provisions concerning authentic instruments in the Regulation, Article 60 will be important in more specific circumstances; e.g. to claim the enforcement of a succession claim evidenced in a succession authentic instrument produced for cross-border enforcement in another Member State. The general relevance of Article 59 lies in its ability to facilitate the transmission and receipt of evidence complete with the strong evidentiary effects - such as presumptions of truth and accuracy - typically associated with such evidence in the Member State of origin. Article 59 allows this evidence and its evidentiary effects to be transmitted to the succession authorities or courts in the Member State addressed. The importance of this transmission function is connected to the operation of the centralising ideas of the Regulation concerning the wide variety of inter vivos and post mortem authentic instruments that may be relevant to non-contentious or contentious succession proceedings. Without the evidence transmission function provided by Article 59, the Regulation's simplification of the interaction of private international law rules concerning jurisdiction and applicable law would be hampered by incompatibilities between different legal systems in contentious and in non-contentious succession situations.²² Uncertainties and ambiguities concerning foreign authentic instrument

²¹ Even in the absence of obligations imposed by EU private international law, e.g. Article 59 of the Succession Regulation, or by international agreements, it is usually possible for a State in receipt of an authentic instrument, and that has declined to treat it as such, to admit aspects of its evidence as general documentary evidence.

²² Notaries and their notarial actions (including the authentic instruments they have drawn up) are not subject to international jurisdictional requirements in a manner comparable to courts. Instead they are only subject to a form of territorial regulation of practice limited to the place where they are specifically entitled, because of admission to the profession, to act as a notary. The Succession Regulation contemplates the possibility that a notary may, in Member States that have notified this fact, be additionally deemed to also have a capacity to act as a court in specifically authorised matters of succession. Such a notary - when acting in this manner - is subject to the jurisdictional rules of the

evidence would be detrimental to the proper functioning and coverage of the Succession Regulation. Articles 59 and 60 of the Regulation thus facilitate the proper operation of the new private international law concerning EU successions in the many cases where authentic instruments are likely to be at issue.

In the following discussion, the nature of public policy exceptions concerning authentic instruments will be considered by referring to public policy in general and to exceptions from other EU private international law Regulations. Thereafter the discussion will address the nature, meaning and probable operation of the public policy exceptions in Articles 60 and 59 of the Succession Regulation. The article concludes with the recommendation that the public policy exceptions concerning succession authentic instruments should either all be diverted to the courts for judicial determination or that non-contentious succession authorities in receipt of such a foreign authentic instrument should be provided with a mechanism allowing them to refer the matter to a European authority to provide legal advice and authoritative guidance concerning the relevant public policy exception.

2. Section One: The public policy exceptions in Articles 59 and 60 considered against other public policy exceptions provided by EU private international law.

The public policy exceptions concerning authentic instruments provided by the Succession Regulation are, in summary, as follow. The first sentence of Article 59(1) concerning the duty of the Member State to 'accept' a qualifying incoming succession authentic instrument (by allowing it to produce the same, or most comparable, evidentiary effects as it would have in its Member State of origin) is conditional on acceptance not being manifestly contrary to public policy in the Member State addressed. For Article 60 however the enforceability allowed to a succession authentic instrument proceeds from a declaration that the relevant authority in the Member State addressed must make promptly and that initially admits of no reference to any public policy exception. The Article 60(3) public policy exception, which is the only explicit exception provided by the Regulation to allow a refusal of the *enforceability* of such an authentic instrument, only becomes relevant during subsequent court proceedings brought by an interested party seeking the revocation of the initial mandatory declaration of enforceability. The Article 60(3) public policy exception can only be applied if the court in the Member State of enforcement can be convinced that the earlier grant of the declaration of enforceability will lead to an enforcement that is manifestly contrary to its domestic public policy.²³

Regulation concerning courts. He is not subject to these court jurisdictional rules when he acts as a notary. See Recitals 20-21 of the Succession Regulation and the list of Article 79 notifications by the Member States seven of whom have thus notified concerning a notary: Belgium; Croatia; Czech Republic; Hungary; Greece; Portugal and Spain. See <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=ee89f046-7259-4259-93bc-555e6c126ce1> <last accessed 09/11/2016>.

²³ See Article 60(3) Succession Regulation; the other challenges offered earlier by Article 40 concerning judgments do not ostensibly apply to the enforcement of authentic instruments.

Though Articles 59 and 60 may sometimes be jointly relevant, it is more likely that these Articles, and their respective public policy exceptions, will operate in different circumstances and in different ways during succession proceedings. It is not necessary to presage an Article 60 application for enforcement with a prior Article 59 application for acceptance in the Member State addressed. Equally there is no need for an Article 59 application to proceed to an Article 60 enforcement application. That said, as Articles 59 and 60 each feature a public policy exception it is necessary to presage the discussions below with some reference to public policy in private international law.

2.1 Public policy in private international law

When considering public policy as a legal concept it is common to distinguish between its domestic and international forms.²⁴ The broad and locally focussed domestic form of public policy is not usually regarded as suitable for use in the more specific and obviously international context of private international law. If public policy is to be useful in the context of private international law, it must be able to accommodate routine differences of approach and possibility revealed by considering foreign legal issues. If the private international law of a legal system requires its courts to apply a foreign substantive law during 'domestic' litigation, or to recognise and enforce incoming foreign judgments, it is self-evident that it must temper such requirements with a public policy exception that is sensitive to context and will not be triggered every time the private international law provisions are at issue. In theory, this might be achieved by positively legislating to disable all public policy provisions when matters of private international law arise; in practice, however, it would be highly unusual for any State to be so trusting of the potential interactions between its legal system and any other foreign laws as to unilaterally mandate such an unquestioning domestic compliance for its legal system with *all* foreign applicable laws or judgments. That said, more limited examples of such trust based on bilateral and multilateral agreements may restrict the use of international public policy exceptions between 'contracting' States with common interests concerning, *inter alia*, geography, trade, or other factors (including the facilitation of given types dispute resolution).

If however, public policy is considered in the context of the private international law of a given theoretical State, which for present purposes will be assumed to be unencumbered

²⁴ The literature on public policy in private international law is vast but may be approached via the works of A.V.M Struycken, *Co-ordination And Co-operation In Respectful Disagreement*, Volume 311 (2004) *Recueil Des Cours* 44 - 54 and 395 - 405; J Mrazek, *Public Order (Ordre Public) and Norms Of Jus Cogens*, Volume III (2012) *Czech Yearbook Of International Law*, 79-100; A Belohlavek, *Public Policy And Public Interest In International Law And EU Law*, Volume III (2012) *Czech Yearbook Of International Law*, 117-145; B Hess and T Pfeiffer, *Interpretation Of The Public Policy Exception As Referred To In EU Instruments Of Private International And Procedural Law*, (2011) PE 453.189 available from [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2011\)453189](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2011)453189) <last accessed 09/11/2016>. Concerning public policy applicable to authentic instruments in the Succession Regulation see P Wautelet *Le Droit Européen Des Successions* A Bonomi and P Wautelet Bruylant 2013 Bruxelles pp 671 - 4 and 688; A Dutta, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 10: Internationales Privatrecht I 6*. Auflage Art. 59 rn 14 and Art. 60 rn 1. R Geimer, *Annahme ausländischer öffentlicher Urkunden in Erbsachen gemäß Art.59 EuErb VO in Dutta/Herrler Die Europäische Erbrechtsverordnung 2014* p143 at 152. Also section 3.7 of *Authentic Act Study* p 35-39.

by *any* overt international obligations, the solution to the involvement of public policy in its private international law will be a matter solely for that State.²⁵ It would be usual for that State to limit the operative role of international public policy to those exceptional circumstances in which the application of the foreign law, or the recognition or enforcement of the foreign judgment, would be seriously prejudicial and contradictory to the core legal values and principles of that State as considered in the context of the application of its private international law rules. The least intrusive form of such a public policy exception is often referred to in terms that equate it with various analogous safety devices, e.g. an emergency brake; a hand brake; a sheet anchor (etc.), which may also be exceptionally operated to avert an unwanted and hazardous form or direction of travel. If such an international public policy exception should be triggered during the process of determining the applicable law, this would allow the domestic court to restrict or amend the applicable law on one or more points to prevent the materialisation of what, for that State, would otherwise be a breach of its public policy. If the public policy exception should be triggered during an application for the recognition or enforcement of a foreign judgment, such a public policy exception would allow the court of the receiving State to wholly or partially refuse the requested recognition or enforcement because of the threatened infringement. The counterpart of these possibilities is that the domestically unobjectionable aspects of the applicable law or enforcement request would normally be allowed to proceed.

Subject to any adverse practical or political issues arising from the design and use of such international public policy exceptions, the State in question is of course notionally free to design and use public policy exceptions as it wishes in the context of its private international law: two important points flow from this fact. First, despite the above mentioned academic 'convention' that domestic public policy exceptions should not routinely be applied to private international law situations, it does not follow that domestic public policy concepts are therefore of no relevance to either the design or the use of international public policy concepts in the domestic forum. Indeed, domestic public policy and international public policy have the same origin: they are however applied differently with relation to context. A strong domestic public policy aversion to a given eventuality, especially if that eventuality should appear to be likely to run counter to fundamental and long-established domestic legal provisions, may equally produce public policy effects in private international law cases: e.g. domestic rules concerning attempted 'evasions' or 'frauds' of the domestic law or even 'abuses' of procedures concerning entitlements connected with domestic forced heirship provisions that might indicate that international public policy is likely to be relevant in the course of international successions. Second, it may be that the domestic law of the hypothetical State admits of only a restricted possibility for given legal matters to involve issues of private international law: this may occur if the State has conceptualised the relevant legal issues as being exclusively of relevance to its own legal system (or alternatively to be of exclusive relevance to a foreign

²⁵ For the purposes of the example it is also assumed that Hague Conventions concerning wills and successions are not relevant: in practice this is not the case for most EU Member States see <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=40> <last accessed 09/11/2016>.

legal system). If a domestic legal system has been thus 'cut-off' from the need or opportunity to consider examples of such practice, it may struggle to disentangle considerations of domestic and international public policy if a change in the private international law (such as the introduction of the EU's Succession Regulation) should raise the possibility of it now receiving cases involving issues that formerly could not have been admissible because of its previous restriction on the role of private international law.

There are further implications for public policy exceptions if, as is normal, the hypothetical State should not be free from overt international obligations in the abovementioned contexts. International obligations are often agreed to affect the permitted nature and uses of public policy exceptions in matters involving a State's private international law rules.²⁶ Depending on whether the State is monist or dualist, the form assumed by the international obligations may affect the drafting, if any should be required, of the relevant private international law (including its public policy provisions). Further issues flow from the State being a Member State of a body such as the European Union: for present purposes, the most significant examples of such 'international obligations' are those represented by the private international law Regulations of the European Union. The development from the restricted form of international convention used for the European private international law contained in the Brussels Convention of 1968²⁷ and the Rome Conventions of 1980²⁸ to the Regulations in which European private international law it is now found, has been considerable. EU private international law is now contained in numerous directly applicable Regulations which each contain various 'obligations' that bind the Member States and hence their respective legal systems: this private international law represents directly applicable 'sections' of an ongoing project to 'Europeanise' the private international laws of the Member States to better reflect various EU policy imperatives.

The Regulations in question are equipped with customised provisions and procedures intended to facilitate the EU policies that they embody. Accordingly, for the EU Member States subject to a given EU Regulation, the circumstances in which any applicable European public policy exception may be employed are determined via the exceptions provided by the Regulation in question.²⁹ The range of exceptions provided also affects the scope of the public policy exception in that EU Regulation. The inclusion of other exceptions will be treated as narrowing and limiting the scope of the public policy exception in that part of the Regulation: e.g. it is not permissible to include within the explicit public policy exception for judgments provided by Article 45(1)(a) of the Brussels

²⁶ For example, by restricting or removing a potential *revision au fond*.

²⁷ 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, (consolidated version) CF 498Y0126(01) OJ L 299, 31.12.1972, p. 32–42.

²⁸ 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version) OJ C 27, 26.1.1998, p. 34–46.

²⁹ The Article 60 public policy exception of the Succession Regulation cannot be considered or applied before there is a challenge to the mandatory declaration of enforceability.

la Regulation an additional (but unexpressed) public policy oversight of the matters covered by the other exceptions in Article 45(1)(b-e).³⁰

Though European private international law determines when and how its public policy exceptions will allow the authorities in the Member State addressed to refuse to confer whatever cross-border effects would normally be associated with the usual operation of the Regulation, the important question of the identity of the basic content of that public policy remains a matter determined by the domestic laws and values of each Member State addressed. Member State courts have referred many cases to the CJEU seeking clarity concerning the obligations of the Member State addressed in relation to the recognition and enforcement of *judgments* that may trigger a given EU public policy exception.

The responses of the CJEU have consistently emphasised that, in common with all such derogatory exceptions, the public policy exception *concerning judgments* is to be construed narrowly and in the specific context of the private international law instrument in question.³¹ The CJEU has also emphasised that though it will set and supervise the outer limits of the public policy exception for all Member States, the content of public policy and also the determination of whether or not a given judgment triggers a public policy exception in a given Member State remains a matter to be determined by the authorities in each Member State by making reference to their domestic legal values and also to the requirements of the Regulation.³² Because of the lack of success attending the repeated efforts of the European Commission to convince the Member States of the wisdom of abolishing or narrowing the public policy exception in either the Brussels I Regulation or in the latest Brussels I Recast Regulation, the domestic legal values of each Member State relevant to public policy should continue to be understood to include both substantive and procedural forms of public policy in whichever Member State is relevant for the application of the public policy exception (unless the Regulation explicitly provides otherwise).³³ Even though (to the best of the author's knowledge) no case involving the triggering of the public policy exception in relation to a cross-border *authentic instrument* has ever been

³⁰ See *Hoffmann v Krieg* (supra) at paragraph 21 and Case C78/95 *Hendrikman v Magenta Druck & Verlag GmbH* [1996] ECR I-4943] at paragraph 23, discussed by Fitchen in *The Brussels I Regulation Recast* supra para 13.278 p.443.

³¹ Beginning with Case 145/86 *Hoffmann v Krieg* [1988] ECR 645, the court has consistently followed the guidance in the Jenard Report that the Public Policy exception to the recognition and enforcement of judgments was to be narrowly construed and applied, see Jenard, P. (1979) Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters signed at Brussels, 27 September 1968. Official Journal C 59, 5 March 1979 at p.44.

³² See *Hoffmann v Krieg* (supra) at paragraph 21 and consistently in all subsequent case law including Case C-420/07 *Apostolodides v Orams* [2009] ECR I-3571 and Case C-619/10 *Trade Agency v Seramico* [201] ECLI:EU:C:2012:531.

³³ This conclusion follows from the unsuccessful attempts by the European Commission, during the recasting of the Brussels I Regulation, to restrict the public policy exception to procedural infringements of domestic public policy. There would be no need to try remove substantive public policy issues from the public policy exception if it did not already include them. See J Fitchen, *The Brussels I Regulation Recast*, edited by A Dickinson & E Lein, Oxford University Press 2015 in paras 13.268 – 13.263 pp.440-2.

referred to the CJEU, it seems plausible to assume that were such a case ever to arise, that court would attempt to give advice on the public policy exception that *mutatis mutandis* was broadly similar to its existing pronouncements concerning the public policy exception for judgments. One may reasonably speculate that in such a case the CJEU would be likely to continue to emphasise the need to construe the public policy exception for authentic instruments narrowly. It also seems likely that the CJEU would wish to retain its stated ability to set the outer limits of the public policy exception for the authentic instruments concerned by the relevant EU Regulation. Subject to these presumed restrictions, the operation of the public policy exception in the Member State addressed would presumably tend to follow the judgment-related case law by continuing to deem the substantive and the procedural content of domestic public policy concerning authentic instruments to be a matter for the law of the specified Member State.

Despite such presumed similarities of approach, there are important points of difference between authentic instruments and judgments. Authentic instruments should not generally be equated with judgments: each legal institution is created by different processes and has a different legal function representing the non-contentious and contentious aspects of a given legal system. Equally, despite some similarities, the cross-border use of judgments differs from the cross-border use of authentic instruments. An authentic instrument conveys evidence that would have a certain legal effect in a legal system inside the Member State of origin: European private international law additionally permits it to produce certain legal effects across borders and to do so without any overt regulation of the international jurisdiction of its creator. The cross-border effect of a succession judgment represents a conclusive and contentious judicial determination of all the admissible evidence that authoritatively expresses a final decision as to the meaning of that evidence as considered by a court with international jurisdiction over the legal dispute.³⁴ Once such a judgment is final (in the sense that it is no longer subject to appeal), it may produce domestic and international preclusive legal effects. An authentic instrument cannot produce such preclusive effects in the course of a succession: it is never able to achieve such finality as not only may its evidentiary effects be influenced (and even overridden) by conflicting evidence admissible under whatever may be the applicable law of the succession but also because it can always be challenged (even after execution) in the Member State of origin, e.g. by alleging forgery by the parties, by alleging forgery by the authority who created the authentic instrument, by demonstrating a formal defect in the competence of the authority or notary who purported to record the matters it presents as evidence, or probably, by demonstrating the misuse of the authentic instrument form by the parties to conceal an illegal or otherwise objectionable transaction behind a more respectable façade.³⁵

³⁴ There is no requirement in European private international law that the authority that draws up an authentic instrument shall have any form of international jurisdiction over either the parties or the transaction that the authentic instrument concerns.

³⁵ These categories were suggested, in the context of the Article 50 possibilities of enforcing a civil or commercial authentic instrument under the Brussels Convention of 1968, by Geimer: see R Geimer, *Vollstreckbare Urkunden ausländischer Notare* (1975) *Deutsche Notar-Zeitschrift* 461 at 477 – 8.

It is worth remembering that the most effective authentic instrument can never be more than a means of transmitting evidence of the facts that it apparently contains with the evidentiary force that the public official who created it was entitled to confer and did in fact confer upon it: it is hence always vulnerable to a counter-demonstration of truth by such other forms of admissible evidence as may be considered in the course of contentious or even non-contentious legal procedures subject to whatever may be the applicable law of the succession. Though it is clear from the applicable law provisions of the Succession Regulation that a domestic or foreign court will not be bound by the evidence in an authentic instrument if the weight of other admissible evidence tends in a direction contrary to that asserted by the contents of the authentic instrument, it is sometimes less clear (although equally obvious) that similar outcomes overriding the evidence contained in an authentic instrument can also occur in the realm of non-contentious justice: e.g. the simple production of a subsequent and later dated authentic instrument with a different evidentiary impact will normally override the evidence that is contained in a seemingly valid but earlier dated and conflicting authentic instrument.³⁶

Another important, but often overlooked, point of difference between judgments and authentic instruments is suggested, despite the use of similar wording for the public policy exception, to lie in relation to the nature and scope of their respective public policy exceptions. Comparison indicates that European private international law normally provides only one explicit exception to allow a Member State addressed to refuse to accord to an otherwise effective foreign authentic instrument the cross-border effects it would otherwise be allowed by an EU Regulation: if however the Member State addressed had instead been presented with a foreign judgment it would have had additional explicit exceptions allowing the refusal of recognition or enforcement for other reasons too. As the additional exceptions are treated as narrowing the scope of the public policy exception for judgments, it would appear to follow that without such additional reasons the public policy exception for authentic instruments may be wider than for judgments.³⁷

It is presently unclear what, if any, effect the decision to only provide an explicit public policy exception for authentic instruments may have on the nature and scope of that exception. Concerning judgments, it is clear that the existence of additional exceptions has been interpreted by the CJEU to reduce the scope of the public policy exception for judgments: the judgments public policy exception can only cover matters that are not already covered by the other explicit judgment exceptions.³⁸ The CJEU could take a narrow view of the scope of the public policy exception for authentic instruments and interpret it to accord with the restricted form of that exception provided for judgments. A better

³⁶ Recital 66 of the Succession Regulation deals with conflicting authentic instruments. It is however elementary that if the evidence presented by in a Will classified as an authentic instrument and dated 12th of June 2016 should clash with the evidence presented in another such Will by the same testator but dated 21st of August 2016, the evidence in the later Will / authentic instrument will normally be preferred.

³⁷ See Article 40 (b-d) of the Succession Regulation or Article 45(1)(b-e) of Regulation 1215/2012.

³⁸ See footnote 30 *supra*.

interpretative approach, it is suggested, would however be to resist this restrictive construction of the public policy exception and to recognise that the undoubted legal differences between judgments and authentic instruments imply differing natures and roles for their respective public policy exceptions. It is further suggested that the scope of the public policy exception for authentic instruments should be determined solely with reference to the inherent characteristics of these instruments; this would seem a better way to comply with the explicit wording of the text and also to allow the relevant exception to reflect the distinctive circumstances in which the actual or threatened misuse of a cross-border authentic instrument could and should justify the operation of the public policy exception in the Member State addressed.

The final practical difference between judgments and authentic instruments considered here is one that is perpetuated by the Succession Regulation and by the design of the preliminary reference procedure to the CJEU. If an authentic instrument remains within the realms and procedures of non-contentious justice, there is no means by which any question concerning its interaction with an EU Regulation may be referred to the CJEU. It is suggested here and below that this is unfortunate: if an area of law as important as non-contentious / preventive justice is to derive enhanced cross-border legal effects from European private international law, it seems elementary that it should also be provided with a mechanism allowing for the possibility of requesting clarification concerning the operation of the Regulation provisions as they affect non-contentious legal practice. Undoubtedly any such referral mechanism would have to operate very differently from the provisions that govern the preliminary reference procedure associated with judgments, however even a fairly rudimentary possibility for a national (or regional) professional body concerned with the provision of non-contentious justice to request guidance from an Advocate General of the CJEU on abstracted issues concerning the interaction of non-contentious practice with the private international law of the Succession Regulation would be an improvement on the current isolation concerning authentic instruments.

A cross-border judgment presented in the Member State addressed, even if it should be entitled to an automatic form of recognition or enforcement, is relatively simply brought before the courts of that Member State by means of a judicial challenge: as will be seen below, a cross-border authentic instrument is not necessarily so simply transferred into contentious proceedings in the Member State addressed. It seems both illogical and unwise to promote the cross-border circulation of authentic instruments in the field of succession³⁹ without also allowing any means by which the CJEU can provide advice concerning the interaction of these creatures of non-contentious justice with the very European private international law that has enhanced their cross-border legal potential. At present, unless the matter in which the authentic instrument is concerned is transformed into a contentious proceeding from which a preliminary reference to the CJEU may be made, or follows from

³⁹ As detailed in sections two and three below, the cross-border enforcement of succession authentic instruments appears likely to be far less common than their cross-border acceptance.

a procedure specified by the Regulation,⁴⁰ there is no means of involving the CJEU in the correct interpretation of the EU's private international law concerning the cross-border use of succession authentic instruments concerning either public policy exceptions or more general matters of coordination.

3. Section two: The public policy exceptions in Article 60.

Both the treatment of cross-border authentic instruments under Article 60 of the Succession Regulation, and the public policy exception associated with the cross-border use of that provision, are quite similar (in terms of procedure) to earlier provisions concerning the enforcement of authentic instruments via European Regulations and the original Brussels Convention. The enforcement possibility offered by Article 60 of the Succession Regulation is not too far removed from the equivalent enforcement possibility offered by Article 57 of the Brussels I Regulation. It may be however that the nature of the public policy exception in Article 60(3) is will prove to be wider than the equivalent provision in the Brussels I and Brussels I Recast Regulations.⁴¹ The foreign authentic instrument is presented in the Member State selected for enforcement and, after the formality of the grant of a declaration of enforceability, can be challenged there in the course of judicial proceedings on the basis of the alleged manifest infringement of public policy that its actual enforcement will cause in that Member State.

The Article 60 public policy exception can however only be considered or triggered by the court, or appeal court, in the Member State of enforcement once an interested party has launched a formal challenge to the earlier grant of the declaration of enforceability: there is no possibility of an 'own-motion' challenge brought independently by the court charged with granting the declaration of enforceability.⁴² Assuming that the qualifying foreign succession authentic instrument was properly presented in the Member State of enforcement (i.e. with the Article 60(2) attestation) and has received a declaration of enforceability it will, assuming that it also continues to be in force in the Member State of origin, be enforced unless the Article 60(3) public policy exception is applied to overturn the earlier declaration of enforceability. The Article 60(3) exception is the only explicit basis on which the actual enforcement of a correctly presented succession authentic instrument

⁴⁰ The public policy exception in Article 60(3) can for example only be properly applied by a court. It is suggested below, concerning the public policy exception in Article 59(1), that this provision would best be applied by a court.

⁴¹ For a general discussion see J Fitchen, *The Brussels I Regulation Recast*, edited by A Dickinson & E Lein, Oxford University Press 2015 in paras 13.268 - 13.263 pp.440-50.

⁴² See Article 50 and 51 of the Succession Regulation respectively. From the text of Article 60 and from the provisions to which it refers, it is not clear that any other court can consider this matter. The difficulty is that the enforceability of a foreign authentic instrument might also arise incidentally during other proceedings in the Member State of enforcement: though Article 59(4) gives any such court 'incidental' jurisdiction over the evidential effects of the succession authentic instrument, it does not give that court any jurisdiction over the technical enforceability of the authentic instrument. It is possible that this subtlety was overlooked when the obligation to *recognise* authentic instruments was replaced with what is now the Article 59 obligation to *accept* succession authentic instruments.

may be halted in the Member State of enforcement: the party opposing the enforcement must convince the relevant court that the actual enforcement required would be manifestly contrary to the public policy of the enforcement forum.

It seems plausible to conclude from the exceptional nature of the possibility set out in Article 60 that it should only be in unusual circumstances that it will be possible to convince a competent court in the Member State of enforcement that an earlier declaration of enforceability should be rescinded because the actual enforcement of the succession authentic instrument in question would be manifestly contrary to its domestic public policy. As however this is the only admissible challenge to Article 60 enforcement, it is to such possibilities concerning actual enforcement that we must turn to consider the possible uses of this public policy exception.

Although there are currently no cases in which the Article 60(3) public policy exception has been considered as potentially applicable, it seems plausible to assume that the use made of the exception will be likely to reflect its exceptional nature by being restrictive and subject to a proportionality requirement. Therefore, whenever it is possible the court will probably try to avoid a threatened breach of public policy automatically leading to a total refusal of all Article 60 enforcement possibilities. If it should be possible for the court to avoid the threatened infringement by dis-applying only one aspect of the actual enforcement, this would seem a proper and proportionate reaction to the application of the public policy exception to the incoming authentic instrument.

Concerning the question of what might be expected to trigger the Article 60(3) public policy exception, the current absence of jurisprudence allows only hypothetical eventualities. The size of the class of such eventualities is however capable of reduction in a number of ways: first, because many succession authentic instruments will not be 'enforceable'⁴³ via Article 60 at all; second, because the probability that an EU notary, or other EU succession authority, would blithely and knowingly create a succession authentic instrument capable of enforcement that, prior to its presentation in the enforcement venue, would obviously be likely to trigger the Article 60(3) public policy exception is very low.⁴⁴ On the other hand, the notary may not know or envisage that the properly drawn up *inter vivos* authentic instrument could eventually be produced abroad in one of the Member

⁴³ 'Enforceability' and 'enforcement' in this context refer only to aspects of the authentic instrument that are capable of being converted into a legal obligation to make or otherwise credit a money payment, or, into an obligation to transfer some form of property.

⁴⁴ A notary would advise his client of the likely difficulties of the stereotypical theoretical examples that would clearly offer a *potential* to infringe typical public policy values in the enforcement venue. It is however possible that a client could insist and that a notary might be compelled to include provisions that he believes could infringe the public policy of the enforcement venue by violating its maintenance of racial, gender or sexual equality before the law, freedom of religion (including the freedom not to follow a religion), and possibly freedom from oppressive attempts by the client to unreasonably control the succession (or those presently entitled under the succession) after his death (e.g. by forbidding re-marriage).

States subject to the Regulation. Despite this last point, it seems relevant to note that though it is conceivable that legal action to urgently oppose the actual enforcement of an enforceable succession authentic instrument might sometimes be necessary in the enforcement venue; that venue is usually not the optimal venue for such challenges. A basic condition for Article 60 enforceability is the continued enforceability of the authentic instrument in the Member State of origin, it follows that a challenge in the Member State of origin will often be preferred to or will accompany an Article 60(3) application.⁴⁵

When these practical restrictions on the circumstances in which the Article 60(3) public policy exception may be used are considered, it seems most probable that this exception will apply to unforeseen circumstances in which a foreign succession authentic instrument, unobjectionable in its Member State of origin, threatens to interact in an unacceptable manner with the essential and important legal values of the enforcement venue concerning another party's succession rights. For example, if the enforcement of a foreign authentic instrument in a Member State addressed would impermissibly reduce a given reserved share this might, in certain circumstances, if the enforcement venue in question strongly protects its reserved shares, be reason enough for the court in the enforcement venue to trigger the Article 60(3) exception when the matter is brought before it by an interested party.

It is presently unclear to what extent the succession rights of a competent interested party would have to be infringed for the court in the enforcement venue to legitimately invoke the public policy defence in Article 60(3). Clarification may eventually be provided by either the decisions of domestic courts or, in the event of a preliminary reference, by a decision of the CJEU. The limitations of the scope and design of the Succession Regulation will however necessarily affect the extent to which a direct answer may be provided to a question that, howsoever it is technically framed, essentially concerns the extent to which one substantive system of succession law must yield to another in the course of cross-border enforcement: to resolve these deeper substantive issues the Succession Regulation would have to delve into the formidable complexities associated with the reform and harmonisation of substantive succession laws and other matters currently excluded from the Regulation's scope.

4. Section three: The public policy exceptions in Article 59.

The public policy exception in Article 59 of the Succession Regulation is found in the first of its four paragraphs. Article 59(1) is initially expressed as a positive assertion that a duly established authentic instrument from one Member State shall have the same, or most comparable, evidentiary effects in other Member States as it enjoys in its Member State of origin. The reference in Article 59 to the alternative represented by the 'most comparable' evidentiary effects appears to indicate that some form of *ad hoc* adaptation must at least be

⁴⁵ See also Recital 61 and Article 59 (2) and (3).

considered by the authorities in the other Member States if they should be presented with a succession authentic instrument that is understood to disclose evidentiary effects that are unusual or unknown considered from the perspective of the Member State addressed.⁴⁶ This could occur if a Member State which lacks the authentic instrument as a domestic legal institution should be presented with a succession authentic instrument under Article 59 of the Regulation; the absence of domestic evidentiary effects associated with an 'unknown' legal institution would not in itself be a valid reason to refuse to 'accept' a foreign succession authentic instrument. Presumably some form of *ad hoc* adaptation of domestic evidence law would be required to allow the evidentiary effects said to be possessed by the incoming authentic instrument to be effected by equating them with the nearest domestic equivalents in the Member State addressed. It remains to be seen whether, and if so how, the adaptive possibilities of the 'most comparable' evidentiary effects will be recognised and thereafter used by succession authorities. It is however suggested that what may have been an inclusion motivated by the uneven employment of the authentic instrument across Member State legal systems, could potentially be construed as narrowing significantly the scope of the Article 59 public policy exception by removing the possibility of invoking that exception *simpliciter* whenever confronted by 'bridgeable' gaps attributable to systemic differences that adaptation can resolve.

It seems plausible that the Article 59 public policy exception will also be interpreted narrowly and subject to a proportionality requirement. Thus, though an authority in the Member State addressed may to refuse to 'accept' and conferring evidential effectiveness on a foreign authentic instrument if to do so would trigger the public policy exception, this should not be misunderstood to indicate that the operation of this exception will necessarily lead to the rejection of the entire foreign succession authentic instrument. Equally, it is important to note that the 'acceptance' of the foreign authentic instrument normally required by Article 59(1) refers to the Regulation obligation of allowing the domestic evidentiary effects of the foreign succession authentic instrument to be reproduced within the legal system of the Member State addressed: it is hence in the technical circumstance that the *reproduction* of the foreign evidentiary effect(s) in the Member State addressed would involve a manifest breach of its own public policy that it may apply the exception to allow it to escape from its usual duty under Article 59 to 'accept' and thus to allow the incoming succession authentic instrument to reproduce foreign domestic evidentiary effects in its own legal system.

Read strictly, the operation of the public policy exception in Article 59 should require that the court or, more probably, the other succession authority in the Member State presented with the foreign succession authentic instrument, cannot domestically reproduce the evidentiary effects of the incoming authentic instrument in its legal system without thereby manifestly breaching its own domestic public policy. The suggested narrowness of this public policy exception is intensified if the abovementioned adaptive possibility suggested

⁴⁶ The Succession Regulation explicitly recognises the possibilities of adaptation under the Regulation in Article 31 and in Recitals 16-17 that clarify that this possibility is additional to, rather than in replacement of, any domestic adaptive possibilities which are consonant with European laws and principles.

by the 'most comparable' clause in Article 59(1) is also accepted. Even if this last possibility is rejected, the scope for the Article 59 public policy exception is, it is suggested, narrowed further by the general clarification provided by Recital 58. This Recital explains that though courts and competent authorities dealing with a succession are allowed in exceptional circumstances to disregard certain provisions of foreign law if the application of those foreign provisions would be manifestly incompatible with their own public policy, such an application of the public policy exception cannot be invoked if it would be based on discrimination contrary to Article 21 of the EU's Charter of Fundamental Rights.⁴⁷ Though the reader might reasonably wonder whether it was strictly necessary to include in Recital 58 a reminder of the impermissibility of applying the public policy provisions of the Regulation so as to breach the Charter's broad and general prohibition of discrimination based on characteristics or on nationality, the fact remains that this reminder is explicitly presented in a Recital that expressly includes authentic instruments and is located in close proximity to Recitals 60 – 66 which address a variety of issues specifically associated with authentic instruments.

If the abovementioned factors concerning the intended scope of the public policy exception in Article 59 are taken together, they indicate that its public policy exception was designed and intended to operate only in a very narrow set of truly exceptional circumstances. This unsurprising and entirely orthodox conclusion is however one that, in the absence of jurisprudence or published practice, is currently theoretical. It is based on the literal text of the Regulation interpreted with reference to analogous, but not identical, provisions from other, differently operating, EU Regulations and the CJEU's explanations of aspects of those other provisions over many years. Though the theoretical accuracy of that which has been stated above is perfectly defensible, it may, in the light of the practice deficit noted above, be useful to also engage in a certain amount of informed speculation as to certain issues and challenges that have the potential to affect what has been argued above to be the intended operation of the Article 59 public policy exception.

4.1 Possible future issues and challenges for the Article 59 public policy exception.

It may be as well to commence this part of section three by noting again the difficulties facing the interpretative involvement of the CJEU in matters concerning the use of authentic instruments under the Succession Regulation. The preliminary reference procedure, so necessary to harmonise the differing interpretations and meanings attributed to EU private international law by courts across different Member State legal systems, cannot as easily interact with the non-contentious practice associated with authentic instruments. Not only does this reduce the likelihood of pan-European clarification and

⁴⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01). Article 21 reads:

1. Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.
2. Within the scope of application of the Treaty establishing the European Community and of the Treaty on European Union, and without prejudice to the special provisions of those Treaties, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

development of the law concerning cross-border EU authentic instruments, but it also may act to continue the insulation and autonomy of domestic non-contentious succession practice inside EU Member States. Cross-border successions have been empowered by EU legislation but many are likely to remain *de facto* (if not *de jure*) outside the supervisory jurisdiction of the CJEU if, as must be expected, they continue to proceed via non-contentious succession procedures.

The significance of the suggested *de facto* separation of non-contentious and contentious practice for the coordination of European private international law must however be judged against a dearth of reported cases concerning the actual application of a public policy exception to cross-border authentic instruments in the jurisprudence of European private international law.⁴⁸ That such a dearth should at present exist for succession authentic instruments is not wholly surprising; it is more surprising that the absence apparently extends across all authentic instruments empowered by EU or by domestic private international laws.⁴⁹

This last finding was expected, but still emerged with notable force from the University of Aberdeen's comparative study into the evidentiary effects of succession authentic instruments

Succession Regulation and the October 2015 deadline for the return of our questionnaires led us to expect that the chances of receiving any cases specifically involving public policy in connection with succession authentic instruments would be vanishingly small: thus, our questionnaire was designed to request information concerning *any* prior domestic experience with public policy in the relevant legal system concerning all types of incoming foreign authentic instruments and also to request data concerning *any* actual cases concerning such public policy issues arising in connection with foreign authentic instruments. This wide question was accompanied by a similarly widely drawn question asking for details of the use of public policy in any cases concerning *any* earlier foreign succession judgments. For both questions the most common response from academic and notary respondents was 'not applicable'.⁵⁰ Despite our questions on the pre-Regulation operation of a domestic public policy exceptions concerning cross-border successions and any foreign authentic instruments, none of our academic or notary reporters could provide any detail of a reported case involving the application of domestic public policy in the context of a cross-border succession in the legal system that they reviewed.

⁴⁸ Predictably the public policy exception has sometimes been raised by those desperate to avoid enforcement: it has not yet however been applied in any reported authentic instrument case known to the Author.

⁴⁹ The public policy exception has never been considered specifically by the CJEU in the context of authentic instruments, it was not germane to the *Unibank* case, *supra*, as the court found that the Danish *Gaeldsbrev* at issue could not be equated with the authentic instrument as contemplated by Article 50 of the Brussels Convention of 1968.

⁵⁰ See the discussion of an absence of actual cases of such public policy issues at pp. 37-8 of the *Authentic Act Study, supra*.

The wider significance of this general absence of reported examples involving cross-border public policy exceptions and (succession) authentic instruments is open to interpretation. It could indicate that there are very few cases; that all is well with the notarial administration of authentic instruments in private international laws; or that there is no ability (or interest) to collect or report such cases. The seeming absence of examples in which a public policy exception has been applied to a foreign authentic instrument is however suggestive of a high probability that this absence will be continued, and indeed extrapolated, by the organisation and likely operation of the Succession Regulation as it concerns non-contentious proceedings. As indicated in the introductory part of this article, the design of the Regulation will normally see a concentration of *contentious* jurisdiction via Article 4 and will also allocate the applicable law (in the absence of a competent choice) to the last habitual residence of the deceased via Article 21.⁵¹ As however the notaries, who are likely to be the creators of many inter vivos and post mortem authentic instruments of relevance to a given succession, are only specifically subject to the jurisdictional rules of the Succession Regulation in the atypical circumstance that they are deemed by their Member State to be specifically empowered to act as a court for a given succession, the concentration of jurisdiction as it concerns non-contentious creation of authentic instruments will be far weaker than in contentious cases⁵².

Despite the last comment, there will presumably be some tendency for pre-existing inter vivos foreign authentic instruments of relevance to a given succession to be attracted across borders towards the Member State in which general jurisdiction would be concentrated if matters were to be contentious: equally, a challenge to the legal acts or legal relationships recorded in the authentic instrument is directed by Article 59(3) to the court with jurisdiction over the succession. In the absence of such a challenge, the evidentiary effects of such authentic instruments will however be transmitted to the relevant succession authorities by Article 59 to then be construed by with reference to domestic procedures, domestic public policy and whatever may be the appropriate applicable law concerning the succession or concerning any other specific matter indicated in the Regulation. This may lead to the creation of further, post mortem, succession authentic instruments by the succession authorities of that Member State; these authentic instruments may, in turn, be

⁵¹ Article 4 locates general jurisdiction in the place where the deceased was habitually resident at the time of his death. Article 21 governs the applicable law (in the absence of an Article 22 choice of law) and relates the applicable law in this circumstance to the last habitual residence of the deceased.

⁵² See <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=ee89f046-7259-4259-93bc-555e6c126ce1> <last accessed 09/11/2016> for a list of the 7 Member States who have advised the Commission that they will allow a notary to act in a judicial capacity in certain circumstances. It should not however be assumed that merely because a notary is admitted to practice within such a notifying State he therefore always operates in a judicial capacity or that all his actions are subject to the jurisdictional rules of the Regulation; he will only be subject to the jurisdictional rules of the Regulation when he is 'appointed' by domestic legislation to act as a court.

sent to other Member States to produce further cross-border legal effects in connection concerning the succession.⁵³

It seems implausible to suggest that an authentic instrument concerning a matter that is merely foreign to the law of another Member State will ever, for that reason alone, trigger the Article 59(1) public policy exception.⁵⁴ It should be equally unlikely that an incoming authentic instrument that concerns a matter of law known to the receiving Member State that is differently regulated or provided for in its domestic law will, for that reason alone, trigger the exception. It is though more probable that an incoming authentic instrument appearing to give cross-border evidentiary effect to a matter that is either forbidden or not permitted by the succession law of the receiving Member State could be treated by its succession authorities as triggering the Article 59(1) public policy exception and to justify their refusal to 'accept' one or more of those evidentiary effects associated with that foreign authentic instrument. Though the actual outcome of any such case will turn on its facts and the interaction of the foreign authentic instrument and applicable laws with the non-contentious or contentious laws and procedures of the receiving Member State, it seems plausible to assume that it is only in the third scenario that there *should* be a significant possibility that the Article 59(1) public policy exception could be triggered.

Whether this assumption will be proven correct is currently difficult to judge. Some of the issues involved in any such assessment are apparent from the following deliberately vague example. Imagine that during his life the deceased entered into an arrangement concerning his succession that was recorded by a notary in an authentic instrument drawn up in Member State "A" which, after the testator's death, is presented (in the form of an official copy) to the authorities in Member State "B" who are dealing with the succession to the deceased's estate. Assuming the foreign authentic instrument to be formally and materially valid at the point of its creation, Article 59(1) requires that the succession authorities in Member State "B" accept this incoming authentic instrument by allowing it to produce the same, or most comparable, evidentiary effects in their legal system as it would produce in Member State "A". Though in most cases granting the Article 59 obligation of acceptance should be unproblematic, if the incoming authentic instrument concerns an *inter vivos* succession agreement which the law of Member State "B" would either forbid (or would not permit on the same terms as Member State "A"), it becomes more likely that the relevant succession authorities in Member State "B" may consider whether the Article 59 public policy exception applies to avoid the need to 'accept' the foreign authentic instrument by reproducing what may be expected to be its strong evidence that the deceased had earlier concluded an arrangement which therefore could now be understood to affect one or more parties otherwise entitled in the succession proceedings conducted in

⁵³ For reasons of space no consideration of the possibilities of alternative jurisdictional location or choice of applicable law (or multiple applicable laws) will be attempted, it should however be clear that such additional variable may increase the complexity attending a given succession and the possibility that an issue of public policy may occur.

⁵⁴ See Recital 58 of the Succession Regulation.

Member State “B”. Further issues of imperative domestic succession law that might suggest the triggering of the Article 59 public policy exception relate to domestic laws that establish and protect reserved shares from contradictory dealings carried out by the testator during his lifetime or post mortem.

Factors that could influence the decision to invoke the Article 59(1) public policy exception may include the circumstances in which the inter vivos authentic instrument was apparently created. In particular, whether the circumstances appear to a succession authority in Member State “B” to be consistent with an attempt by the deceased to ‘evade’ an imperative aspect of their domestic succession law or, should it differ, of the applicable law of the succession.⁵⁵ It will be recalled that the Succession Regulation only sets out to harmonise the private international laws (and the procedures it has introduced) concerning succession: it does not try to harmonise the domestic succession laws (or domestic procedures) which remain intact, diverse on points of detail and diverse concerning the protections to be accorded to imperative issues.

In view of the significant restriction on the scale of European harmonisation concerning domestic succession laws, it is presently unclear how domestic succession authorities in Member States with laws that strongly protect reserved shares against interference, will react to incoming authentic instruments from Member States which hold a laxer view of the level of legal protection required for the reserved share. The questions of how a cross-border succession authentic instrument touching on these matters will be received, and whether it will trigger the public policy exception in Article 59(1), may arise with particular force if the incoming authentic instrument is seen by the succession authority in receipt as impermissibly attempting to exploit possibilities suggested by *harmonised* European private international law to thereby interfere with *unharmonised* domestic succession law concerning the protection of a reserved share.

At present, such questions concerning tensions between harmonised and non-harmonised aspects of succession law in the EU involve difficult legal questions that have yet to be authoritatively considered or answered. Even if restricted to only the public policy exceptions applying to authentic instruments, the Succession Regulation and its various potential interfaces with domestic succession laws pose various difficult legal questions that may be expected to eventually occupy the courts. If, however these questions should arise in the context of non-contentious succession proceedings, the decisions and determinations concerning the operation of Article 59(1) will not be carried out by courts but by the public officials charged with the conduct of non-contentious probate matters in

⁵⁵ Factors such as when, where and why the authentic instrument was created will be relevant. Recital 26 reassures a court (and presumably also a succession authority classified as a court) that, ‘Nothing in this Regulation should prevent a court from applying mechanisms designed to tackle the evasion of the law, such as *fraude à la loi* in the context of private international law’. It is not quite clear whether a non-contentious succession authority may react to a scenario in which a court could invoke Recital 26: if there was a pre-existing domestic freedom for the non-contentious authority to so act it is not removed by Recital 26, on the other hand, if there was no such authority can one now be argued to apply (or to be forbidden) by analogy in situations involving the Succession Regulation? See *Authentic Act Study, supra*, p.40.

that Member State.⁵⁶ In up to twenty-two Member States this public official is likely to be a notary. With the greatest of respect to the holders of that public office, it may legitimately be wondered whether a notary located in another Member State is the best placed public authority to undertake this particularly complex type of determination. It is likely to involve not only the routine resolution of conflicting interests between differently entitled parties in light of conflicting succession laws, but also the resolution of disputed interpretations of the European private international law that has apparently allowed the enhanced presentation of the disputed foreign authentic instrument from a different Member State and also the drawing of inferences as to the motivation of the deceased in relation thereunto: it is respectfully suggested that such a task falls some way outside the normal realm of preventive justice and is one that the Regulation should have better separated from the important involvement of notaries in non-contentious successions by leaving it exclusively to the courts.

As well as receiving foreign authentic instruments concerning the inter vivos actions of the testator that are of subsequent relevance to the eventual succession, notaries and other succession authorities may also be involved in the making of determinations during their involvement in the non-contentious probate proceedings which they conduct in their own Member State. Though it is not inevitable, it is commonly the case that such determinations will be recorded in the form of an authentic instrument drawn up in that Member State, e.g. a partition determination or certain formal types of partition agreements. When such determinations are contained in an authentic instrument, they may also be sent abroad via Articles 59 or 60 of the Succession Regulation. If such an authentic instrument raises public policy concerns for the court or succession authority in receipt, the public policy provisions of Articles 59 or 60 may once again be placed at issue.

It is respectfully suggested that of the two types of succession authority that could be presented with the task of applying Article 59 to incoming notarial determinations the notary appears to have a more difficult task than a court. For such a notary to decide on the applicability of the Article 59(1) public policy exception he would have to engage in what, for such a succession practitioner, may be a most unfamiliar task involving the evaluation of foreign notarial determinations via the provisions of the Succession Regulation. Assuming the notary does not act as a court, or that he cannot transfer this task to a court, he must undertake it himself without the practical and procedural assistance routinely provided by the legal system to any court required to consider such aspects of European private international law. The suggested concern is that without the availability of such assistance, the notary may struggle in isolation to correctly apply the public policy exception of Article 59(1). Though the results of such a struggle would obviously be of great importance to the parties concerned in the succession, it is the probability of error and the isolated nature of such a struggle that concern this article. It is immaterial whether the notary should err because he regards the public policy exception as so exceptional that he

⁵⁶ It may be that such succession authorities are empowered to refer the question of the application of Article 59(1) to a domestic court; assuming this possibility to exist, and that it is exercised, the CJEU could thereafter become involved.

will never apply it, or, because he goes to the other extreme of instead assuming (potentially with justification given practice prior to the advent of the Succession Regulation) that any interference with imperative domestic succession rules by a foreign authentic instrument is impermissible and *therefore* triggers the local public policy exception: if either form of such reactions should independently occur across the legal systems of twenty-two EU Member States this would be problematic and would lead to legal errors in the course of non-contentious probate practice without anyone, including the individual notary, being aware of this fact.

Again, it is respectfully suggested that the Succession Regulation could reasonably have been drafted to avoid the need for a notary to be faced with evaluations concerning a public policy exception that should better be considered and applied by a court: it is no affront to preventive justice, nor an affront to its practitioners, to recognise this fact.

5. Conclusion

This article has attempted to indicate the considerable scope for difficulties in correctly understanding and establishing the meaning of the public policy exceptions concerning cross-border succession authentic instruments provided by Article 59(1) and Article 60(3) of the European Succession Regulation. Though it has been suggested that earlier jurisprudence concerning the public policy exceptions contained in other European private international law Regulations may offer some guidance, particularly concerning the Article 60(3) public policy exception, it has also been noted that the enduring diversity of national succession laws, the novelty of the Article 59 obligation to 'accept' foreign authentic instruments, and also the high probability of the succession being conducted via non-contentious probate procedures, by a notary rather than by a court, may complicate the nature of the necessary adjustments required to sensibly transpose existing CJEU jurisprudence concerning public policy and judgments to Succession Regulation matters involving authentic instruments.

It has been suggested that, without intervention to allow the development of a body of European law concerning succession authentic instruments, the Succession Regulation's public policy exceptions are likely to continue in their present opaque and undeveloped condition. This possibility is exacerbated by the limited interaction possible between the harmonised private international law contained in the Succession Regulation and the unharmonised substantive and procedural succession laws of the Member States. With the intention of addressing a range of otherwise problematic issues, it is suggested that for as long as domestic substantive succession laws are unharmonised, the Succession Regulation would benefit from either the diversion of cases involving the public policy exceptions to the courts, or, from the introduction of a means by which a public official charged with the non-contentious administration of a cross-border succession could refer abstracted or anonymised legal questions concerning the application of Regulation provisions to European judicial authorities for guidance on the intended operation of its public policy exceptions.

6. Bibliography

P BEAUMONT, J FITCHEN, J HOLLIDAY, (2016), *The Evidentiary Effects of Authentic Acts in the Member States of the European Union, in the Context of Successions*, PE 556.935 available from [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2016\)556935](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2016)556935).

A BELOHLAVEK, (2012), *Public Policy And Public Interest In International Law And EU Law*, Volume III Czech Yearbook Of International Law, 117-145.

A BONOMI and P WAUTELET, (2013) *Le Droit Européen Des Successions Bruylant*, Bruxelles 1st edition.

A BONOMI and P WAUTELET, (2016) *Le Droit Européen Des Successions Bruylant*, Bruxelles 2nd edition.

A DICKINSON & E LEIN (editors) (2015), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press 1st edition.

A DUTTA, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 10: Internationales Privatrecht I* 6. Auflage.

A DUTTA & S HERRLER (2014) *Die Europäische Erbrechtsverordnung Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Deutschen Notarinstituts am 11. Oktober 2013 in Würzburg*, (CH Beck München)

J FITCHEN, (2012), *The Recognition and Enforcement of Authentic Instruments in the Proposed European Succession Regulation*, J Priv. Int. L 8 323-58.

R GEIMER, *Annahme ausländischer öffentlicher Urkunden in Erbsachen gemäß Art.59 EuErb VO in DUTTA/HERRLER Die Europäische Erbrechtsverordnung 2014* (CH Beck München) p143 at 152.

R GEIMER, (1975), *Vollstreckbare Urkunden ausländischer Notare* Deutsche Notar-Zeitschrift 461.

B HESS and T PFEIFFER, *Interpretation Of The Public Policy Exception As Referred To In EU Instruments Of Private International And Procedural Law*, (2011) PE 453.189 available from [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURL_ET\(2011\)453189](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURL_ET(2011)453189).

P. JENARD, (1979), *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters signed at Brussels, 27 September 1968*. Official Journal C 59, 5 March 1979.

J MRAZEK, (2012), *Public Order (Ordre Public) and Norms Of Jus Cogens*, Volume III Czech Yearbook Of International Law.

A.V.M STRUYCKEN, (2004), *Co-ordination And Co-operation In Respectful Disagreement*, Volume 311 Recueil Des Cours.

1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, (consolidated version) CF 498Y0126(01) OJ L 299, 31.12.1972.

1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version) OJ C 27, 26.1.1998.

Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession COM(2009)154 final.

Summary of Discussions Council Document 14837/10 [29 October 2010].

Note from Presidency on Political Guidelines Council Document 10767/11 [27 May 2011].

Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession OJ L 201, 27.7.2012, p. 107.

Commission Implementing Regulation (EU) No 1329/2014 of 9 December 2014 establishing the Forms referred to in Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 359, 16.12.2014, p. 30.