

## B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Selección y coordinación a cargo de  
Joaquim J. FORNER DELAYGUA  
Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** 1. LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.—2. 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. ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—3. EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO EN MATERIA DE SUCESIONES.—4. COMISIÓN ESPECIAL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1961 SOBRE SUPRESIÓN DE LA LEGALIZACIÓN (6 A 9 DE NOVIEMBRE DE 2012).—5. COMISIÓN ESPECIAL DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA LA PREPARACIÓN DE LOS «PRINCIPIOS DE LA HAYA SOBRE LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES» (12 A 16 DE NOVIEMBRE DE 2012).—6. 22.<sup>a</sup> REUNIÓN DEL GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (GEDIP), LA HAYA, 14-16 DE SEPTIEMBRE DE 2012.—7. LA PROPUESTA DE NORMA DE CONFLICTO EN MATERIA DE ACTOS ILÍCITOS EN LOS MERCADOS DE VALORES DEL *DEUTSCHER RAT FÜR INTERNATIONALES PRIVATRECHT*.

### 1. LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

1. La publicación, en el *BOE* núm. 162, de 7 de julio de 2012, de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, nos obliga a enfrentarnos nuevamente y en menos de un año, al análisis del «nuevo» régimen jurídico general y supletorio relativo a la mediación para la resolución de los conflictos privados en España (véase nuestra Nota, en *REDI*, vol. LXIV, 2012-2, pp. 315-320). En este sentido, y como primera valoración de partida, resulta ciertamente distorsionador y no destila una depurada técnica legislativa, el hecho de contar en un tan corto lapso de tiempo (cuatro meses escasos) con un Real Decreto-ley y una Ley con objeto idéntico y con un

contenido prácticamente calcado (aunque con destacables diferencias). Únicamente se puede entender esta reiteración en el intento de cumplir (*melius* de no incumplir) con el plazo de implementación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2008/52/CE. Un objetivo loable, pero que tal vez hubiera podido desarrollarse por medio de unos cauces legislativos más convencionales y ordinarios. Sin embargo, este modo de proceder no ha resultado exclusivo en nuestros días con relación a este instrumento, como es bien sabido.

No obstante, esta obligación aconseja no reiterar los comentarios vertidos cuando se analizó el Real Decreto-ley 5/2012, sino centrar la evaluación en los aspectos diferenciadores y, sobre todo, en las novedades incorporadas en la Ley 5/2012. En esta línea, la presente Nota se entiende como complementaria a la anterior y, en consecuencia, ni volverá a compararse el resultado alcanzado por el legislador español con el contenido de la Directiva 2008/52/CE, ni entrará en el contenido del instrumento normativo español de forma pormenorizada, al tratarse de ejercicios ya llevados a cabo con anterioridad. Tan sólo los cambios y, de modo particular, los más destacables y que dibujan un nuevo panorama respecto de cuestiones cruciales, serán los evaluados en esta Nota.

2. El propio Preámbulo ha sido objeto de modificaciones y puntualizaciones que tratan de aclarar ciertos extremos. Así, de un lado, el legislador ha querido recalcar la conveniencia de acudir a la mediación en determinados supuestos, fundamentalmente ante los conflictos que afecten a derechos subjetivos disponibles, así como considerar a los tribunales de justicia como «último remedio» con el que colabora la mediación cuando las partes no fueran capaces de resolver la controversia. De este modo, refuerza la idea de que su idea es promocionar este mecanismo complementario de resolución de controversias.

De otro lado, igualmente clarifica que las exclusiones que se prevén en la Ley, por lo que respecta a su ámbito de aplicación material, tienen por objeto remarcar que ciertas controversias cuentan con un marco normativo singular, y no que las mismas no son susceptibles de ser mediables. Una adición altamente apropiada que despeja dudas acerca de la «mediabilidad» objetiva y la relación de este instrumento con otros marcos normativos reguladores de la mediación más específicos (esto es, los previstos en su art. 2.2).

3. Uno de los cambios más significativos introducidos en la Ley y que, a su vez afecta directamente a nuestra disciplina, al respecto de su Título I (disposiciones generales), se refiere a la definición de la mediación en conflictos transfronterizos (que sigue sin coincidir con la establecida en la Directiva 2008/52/CE). De esta manera, en su art. 3 se suma, a las situaciones antes contempladas (esto es, la residencia habitual o domicilio de las partes situados en Estados distintos), aquellos conflictos en los que un cambio del domicilio de alguna de las partes pudiera implicar que el pacto o que algunas de sus consecuencias deban ejecutarse en otro Estado (con independencia de que se trate de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado tercero). Un extremo que, sin embargo, incide más en un momento posterior (la circulación transfronteriza del acuerdo de mediación) que durante el proceso de mediación.

Igualmente, por lo que se refiere a este Título I, se incorpora una modificación significativa en su art. 4 (al margen de alguna innovación, como la relativa al orden de los apartados que no afecta en nada a su contenido), al establecer que el efecto suspensivo de la prescripción o la caducidad de acciones se producirá, no ya con el comienzo de la mediación (como se disponía en el Real Decreto-ley 5/2012), sino con su solicitud de inicio.

El art. 5, por su parte, incluye algunas mejoras que, en ciertos casos, cuentan con cierta relevancia. Así, al abordar las instituciones de mediación, se añade que éstas no podrán prestar servicios de mediación de forma directa, así como que darán a conocer la identidad de los mediadores, frente a la mera publicidad que se consignaba en la redacción anterior. Además, en la nueva redacción no se exige que estas instituciones deban implantar sistemas de mediación por medios electrónicos en todo caso, sino que únicamente recoge la potestad de llevarlo a cabo.

4. Por otra parte, por lo que respecta al Título II (principios informadores de la mediación) la redacción del art. 10 (las partes en la mediación) se ha visto mejorada en dos sentidos. De un lado, eliminando del texto del Real Decreto-ley 5/2012, la referencia al hecho de que la declinatoria no afectará al inicio o a la continuación de las actuaciones de mediación. De otro lado, incorporando la previsión según la cual durante el proceso de mediación cualquiera de las partes podrá solicitar medidas cautelares o urgentes que tengan por objeto evitar la pérdida de bienes y de derechos. Unas mejoras que clarifican sensiblemente ambos aspectos de indudable interés práctico.

5. Al respecto del Título III (estatuto del mediador), las condiciones para ejercer de mediador —ordenado en su art. 11— también han sufrido cambios, precisamente para garantizar su calidad. Para empezar, se ha eliminado la referencia a las materias que —de forma particular— deberán impartirse a los futuros mediadores; seguramente en vistas a que éstas cuenten con un desarrollo normativo posterior que especifique tales extremos y, por consiguiente, se aligere el precepto de contenidos innecesarios.

Junto a ello, se han incorporado elementos de alcance como son: la necesidad de que las instituciones de mediación designen a las personas que reúnan los requisitos legales para ser mediadores, que éstos deban estar en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior (al margen de la formación específica con la que deban contar para ejercer la mediación), así como que esta formación (general y específica), tendrá validez para ejercer tal actividad profesional en todo el territorio español. Una formación que, a su vez, será requerida por las instituciones públicas (véase art. 12).

Sin lugar a dudas, con esta previsión se trata de garantizar la existencia de un único «mercado» estatal *ad intra*, sin barreras que afecten a la formación de los mediadores en España (al establecerse que la formación específica recibida por la institución acreditada tendrá tal validez estatal); aunque, *ad extra*, habrá de ser consciente del juego de la libertad de prestación de servicios en la Unión Europea y la necesidad de aceptar aquellos mediadores que reúnan las condiciones establecidas en su Estado miembro de origen.

Asimismo el régimen de responsabilidad de los mediadores, previsto en el art. 14, ha sufrido mutaciones que persiguen fortalecerlo. De una parte, al objetivarse y endurecerse las condiciones de la misma, al excluirse las referencias a la «mala fe, temeridad o dolo» que se encontraban presentes en el Real Decreto-ley 5/2012. Y ello, con el resultado de que la responsabilidad no tenga por qué contar con tales factores para desencadenarse. De otra parte, al añadirse en la Ley 5/2012 la posible responsabilidad de la institución de mediación por el incumplimiento de sus obligaciones o la propia designación del mediador.

6. Las previsiones relativas al procedimiento de mediación —reguladas por su Título IV— permanecen prácticamente intactas. Por lo que éste sigue informado por la voluntad de las partes, a la que se acompañan una serie de principios que garanticen

la calidad y tutela de los derechos durante el procedimiento de mediación. Únicamente merece destacarse la reducción de seis a cuatro meses como plazo para la custodia y la conservación de los documentos por parte del mediador (art. 22.1 II); así como que el mediador hará constar en el propio acta el hecho de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta que se les va a entregar (art. 22.3 II). Un acuerdo firmado por las partes —o una de ellas— que, a diferencia de lo previsto en el Real Decreto-ley 5/2012, no contará con un plazo máximo de tiempo para que el mediador la firme (art. 23.2). Junto a ello, en el art. 23.4 se prevé la acción de nulidad contra el acuerdo de mediación, de conformidad con la normativa reguladora de los contratos.

El empleo de medios electrónicos ha contado igualmente con ciertas modificaciones de trascendencia. En primer lugar, se incorpora la posibilidad de que todas las actuaciones, incluida la constitutiva, se lleven a cabo utilizando estos medios, así como se prevé que se apoye con el empleo de videoconferencia o aquellos mecanismos que permitan transmitir la voz o la imagen. Unas previsiones que refuerzan el uso de estos dispositivos. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en el Real Decreto-ley 5/2012, los conflictos inferiores a 600 euros no tendrán que ser sometidos a mediación por medios electrónicos necesariamente, sino que en la Ley 5/2012 tan sólo se dispone su conveniencia, así como su empleo preferente en tales supuestos.

7. El régimen relativo a la ejecución de los acuerdos (incluido en su Título V) no ha sufrido grandes modificaciones al respecto del Real Decreto-ley 5/2012 (por lo que nos remitimos a lo manifestado en su momento, cuando se evaluó en *REDI*, 2012-2, pp. 315 y ss. Sin embargo, se debe reseñar, a este respecto, la innecesaria presencia del mediador a la hora de presentar las partes el acuerdo de mediación ante un notario (art. 25.1 II).

En otro orden de ideas, y al margen de las puntuales modificaciones en las que se han incluido mejoras o clarificaciones, sobresale la previsión establecida en la Disposición final novena, donde se establece un mecanismo de evaluación de las medidas que la Ley 5/2012 adopta (en el plazo de dos años), con objeto de comprobar su efectividad y, por tanto, determinar si fuera necesario adoptar otro tipo de medidas que mejoren la mediación.

8. Así pues, se puede afirmar a modo de conclusión, que el tránsito del Real Decreto-ley a la Ley 5/2012 no ha implicado únicamente un mero maquillaje o una simple mejora técnica legislativa de la normativa rectora de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles, sino que ha sido aprovechado para modificar ciertos aspectos sustanciales de su régimen legal. Con ello, se han introducido algunas mejoras y se ha salido al paso de determinadas críticas que había encontrado el texto anterior. De ahí que, en línea de principio, haya de ser bienvenido el cambio. Confiemos, por tanto, que estas mejoras y el hecho de contarse ya con un marco legislativo general y supletorio en la materia, garantice la promoción del empleo de este interesante mecanismo.

No obstante, igualmente es cierto que otros aspectos medulares del sistema, vinculados a garantizar su efectividad en el tráfico internacional y frente a otros mecanismos de resolución de controversias, quedan intactos. Por lo que, al igual que se destacó en su momento al analizar el Real Decreto-ley 5/2012 en esta misma *Revista* (*op. cit.*), el «nuevo» marco legislativo para la mediación que establece la Ley 5/2012 no elimina totalmente los obstáculos que dificultan su plena efectividad práctica y su concurrencia con otros mecanismos complementarios a la justicia estatal.

Guillermo PALAO MORENO  
Universidad de Valencia

## **2. 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. ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

1. El Real Decreto Ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (*BOE* núm. 66 de 17 de marzo de 2012) derogó la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Este Real Decreto Ley estuvo vigente hasta el 8 de julio de 2012. En esa fecha fue derogado y reemplazado por 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* núm. 162 de 7 de julio de 2012). Ambas normas fueron elaboradas para dar cumplimiento a la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 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 productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (*DOUE* L 33, de 3 de febrero de 2009). Todo este entramado normativo persigue, en palabras de la Directiva citada, «reforzar la seguridad jurídica y poner plenamente a disposición de los consumidores y las empresas las ventajas que ofrece el mercado interior» por lo que resulta «necesario aproximar más las legislaciones pertinentes de los Estados miembros». La Directiva armoniza totalmente determinados aspectos de la comercialización, venta y reventa de los productos vacacionales de larga duración y de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, así como el intercambio de estos últimos. La citada Directiva 2008/122/CE sustituyó a la precedente Directiva 1994/47/CE de 26 de octubre de 1994. La Directiva 2008/122/CE dispone de «aplicación preferente» sobre el Reglamento Roma I (art. 23 RR-I) y dispone de su propio criterio delimitador de su aplicación en el espacio.

Interesa, en esta Nota, poner de relieve, exclusivamente, los aspectos de Derecho internacional privado más notables que contiene esta Ley 4/2012.

2. La Ley 4/2012 limita su aplicación a las cuatro figuras contractuales reguladas por Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009, esto es, los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, esta Ley regula, exclusivamente, la cuestión de la Ley aplicable a estos contratos de «aprovechamiento por turnos». La misma Ley admite, en su Preámbulo, que este sector de actividad se caracteriza por «su dinamismo, constante evolución y adaptación a las circunstancias del mercado, por su dimensión internacional y por la concurrencia o conflicto de intereses entre los operadores económicos prestadores de dichos servicios y los consumidores que los reciben». En consecuencia, «dimensión internacional» y «protección del consumidor» son rasgos que han marcado la regulación legal. Por ello, la Ley afronta los aspectos internacionales de la contratación de estos productos con especial atención al adquirente-consumidor de los mismos.

3. En los casos internacionales de «aprovechamiento por turnos» existe el riesgo de que la empresa que comercializa estos productos incluya en el contrato una cláusula en cuya virtud se elige como derecho aplicable al mismo un Derecho estatal cuya

regulación favorezca especialmente a la empresa y no tanto al adquirente. En particular, la empresa puede introducir una cláusula de elección de la Ley de un tercer Estado no miembro de la UE, que, lógicamente, carece de la protección que el Derecho (material) de la UE dispensa al consumidor. Para evitar este resultado, la Ley 4/2012 arranca del hecho incontrovertible de que el Reglamento Roma I (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, en *DOUE* L 177, de 4 julio 2008, en adelante RR-I), se ocupa también de fijar la ley reguladora de estos contratos de «aprovechamiento por turnos». En esta perspectiva, debe tenerse presente que la ley aplicable al contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles se determina con arreglo a dos conjuntos normativos.

En primer lugar es aplicable el art. 6.4.c) RR-I, precepto que deja muy claro que estos contratos están ahora perfectamente cubiertos por el art. 6 RR-I y el consumidor se halla protegido por dicha norma de conflicto. Debe recordarse que los contratos de «aprovechamiento por turnos» de bienes inmuebles estaban excluidos de la protección del consumidor que ofrecía el art. 5 del Convenio de Roma de 1980. Ello provocaba ciertas incoherencias de protección del consumidor.

En segundo lugar, la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2008, antes citada, y la legislación que en cada Estado miembro desarrolla esta norma, concretamente en España, la Ley 4/2012, de 6 de julio, objeto de esta Nota.

De modo destacable, la regulación del Reglamento Roma I y la regulación de la Directiva se complementan de modo armónico. El Reglamento Roma I ha tenido el acierto de regular, en su art. 6, estos contratos de «aprovechamiento por turnos» de bienes inmuebles. La Directiva citada complementa la protección jurídica del consumidor ya ofrecida por el art. 6 RR-I. Ello refuerza la claridad legal y la certeza normativa tanto para consumidores como para los operadores jurídicos.

4. Con arreglo a lo indicado, la Ley reguladora de estos contratos de «aprovechamiento por turnos» se determina como sigue (art. 17 Ley 4/2012).

En primer término es aplicable la Ley estatal a la que conduce el art. 6 RR-I si se trata de la Ley de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (en adelante EEE). Este primer supuesto se verifica cuando la Ley elegida por las partes es la Ley de un Estado miembro o cuando, en defecto de elección de Ley, el consumidor tiene su residencia habitual en un Estado miembro. En consecuencia, si la legislación aplicable al contrato en cuestión es la legislación de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confiere la Directiva 2008/122/CE. Los derechos del adquirente serán, por tanto, los derechos subjetivos recogidos en la Ley del Estado miembro que regula el contrato.

En segundo término, si la Ley aplicable a este contrato es, con arreglo al art. 6 RR-I, la Ley de un Estado no miembro del EEE, entonces el consumidor podrá invocar la protección jurídica que le otorga la Ley 4/2012 de 6 de julio de 2012 [contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico] en cualquiera de los siguientes casos: 1) Cuando alguno de los inmuebles en cuestión está situado en territorio de un Estado miembro del EEE; 2) Cuando el contrato, no estando directamente relacionado con un bien inmueble, lo esté con las actividades que el empresario ejerza en un Estado miembro o que tengan proyección en un Estado miembro.

5. Conviene poner de relieve algunos perfiles relevantes del art. 17 de la Ley 4/2012: 1.º) El precepto está previsto para los casos en los que la Ley aplicable al contrato es

la Ley de un tercer Estado no miembro del EEE, y a pesar de ello, la situación contractual presenta un vínculo estrecho con el EEE. Tal «vínculo estrecho» es un vínculo espacial que se verifica cuando el inmueble en cuestión está situado en territorio de un Estado miembro del EEE o cuando el inmueble está situado en un tercer Estado, pero el contrato se enmarca en las actividades que el empresario despliega en un Estado miembro. En estos casos, los adquirentes tienden a creer, —y es comprensible que así sea—, que la legislación europea protege su posición contractual, visto que la situación está clara y estrechamente conectada con el EEE. Con otras palabras, puede afirmarse que con estos dos «puntos de contacto del supuesto con la UE», la Ley asegura la aplicación del Derecho (material) europeo relativo a la protección del adquirente de estos productos, a casos vinculados con el EEE, mediante un enfoque regulativo unilateral. En efecto, las normas de Derecho internacional privado de la UE contenidas en la Directiva citada y en la Ley 4/2012 sólo indican que los casos «vinculados con la UE» quedarán regulados por la legislación europea.

2.º) El inciso a) del art. 17 Ley 4/2012 está previsto para los casos en los que el contrato de «aprovechamiento por turnos» se refiere, específicamente, a un inmueble o inmuebles concretos. En tal supuesto, el «punto de contacto» con el EEE, es la situación, en un país del EEE, del inmueble o inmuebles en cuestión.

3.º) El inciso b) del art. 17 Ley 4/2012 está previsto para los casos en los que el contrato no recae específicamente sobre un concreto inmueble o inmuebles, sino que otorga, por ejemplo, derecho a disfrutar de cuotas espacio-temporales sobre inmuebles indeterminados incluidos en un club o sociedad. En tal caso, el «punto de contacto» con el EEE está constituido por el hecho de que el empresario ejerza sus actividades en un Estado miembro o tales actividades «tengan proyección» un Estado miembro.

4.º) El art. 17 resultará aplicable si el sujeto adquirente tiene su residencia habitual fuera del EEE. En efecto, si el adquirente tiene su residencia habitual en un Estado del EEE, la Ley aplicable al contrato será la Ley de dicho Estado o bien la Ley elegida por las partes que «mejora» la protección brindada a dicho adquirente por la Ley del país integrante del EEE de su residencia habitual. En este caso, no es preciso hacer aplicable la legislación europea «vía Directiva» porque tal legislación europea ya resulta aplicable al contrato a través del art. 6 RR-I. Así, por ejemplo, considérese un contrato de «aprovechamiento por turnos» entre empresa inglesa y adquirente también inglés con residencia habitual en Cádiz sobre inmueble sito en Marruecos. El contrato contiene una cláusula de sumisión al Derecho marroquí. Pues bien la ley aplicable a este contrato es la ley elegida, la ley de Marruecos, pero el adquirente podrá hacer valer la protección jurídica que le otorga el Derecho español, ley del país de su residencia habitual, con arreglo al art. 6 RR-I. La Directiva no interviene porque el art. 6 RR-I ya protege al adquirente mediante la aplicación del Derecho europeo en una situación claramente conectada con el EEE.

5.º) Este art. 17 resultará aplicable también si el sujeto adquirente tiene su residencia habitual en un Estado integrante del EEE pero no es un «consumidor pasivo». El consumidor pasivo es el que ha recibido la oferta en el país de su residencia habitual. El precepto protege al consumidor activo, que es el que se ha trasladado a otro Estado para consumir allí. En tal caso, el contrato se rige por la Ley elegida por las partes o, en su defecto, por la Ley del país de la sede del empresario [art. 4.1 letras a) y b) RR-I, fundamentalmente]. Por ello, debe intervenir la Directiva y la Ley 4/2012, para asegurar la aplicación del Derecho europeo a un caso claramente conectado con el EEE.

6.º) El art. 17 de la Ley 4/2012 es legefórista. Puede afirmarse que, en presencia de una situación vinculada con la UE pero no regulada por la Ley de un Estado miem-

bro, el precepto «corta por lo sano» y declara aplicable la Ley española 4/2012. En efecto, considérese por ejemplo el caso de una empresa griega que vende un «aprovechamiento por turnos» a un particular español con residencia habitual en Estambul en virtud de un contrato firmado en Grecia y que recae sobre una casa típica situada en la isla de Mikonos. El contrato se negoció en Grecia e indica que la Ley aplicable es la Ley turca. En el caso de controversia judicial que debieran decidir los tribunales españoles, el mencionado art. 17 de la Ley indica que el consumidor (residente en Estambul) podrá invocar la protección jurídica que le otorga la Ley 4/2012 española. Este enfoque legeforista puede incrementar los costes conflictuales de la controversia. Ello obliga a las partes a litigar con arreglo a una ley estatal —la ley española—, cuya aplicación puede comportar costes mucho más elevados que los que supondría la aplicación de la ley griega, que es la ley del país de situación del inmueble y de residencia habitual del transmitente. Una ley cuya aplicación es más previsible para las partes en contraste con la ley española, cuya aplicación al supuesto no es tan previsible.

7.º) Al menos, este art. 17 de la Ley 4/2012, aunque es legeforista, no es «imperialista». Ciertos supuestos no quedan bajo el manto infinito de la Ley española 4/2012. Así, por ejemplo, considérese el caso de un adquirente español con residencia habitual en Valencia que adquiere de una empresa dedicada a comercializar productos de «aprovechamiento por turnos» de inmuebles, una cuota inmobiliaria sobre inmueble situado en las Islas Bermudas. El contrato se negoció y se firmó en Nueva York y se somete a la ley de Nueva York. Pues bien, la ley reguladora del contrato es la ley de Nueva York, y el adquirente no puede hacer valer los derechos concedidos por la Ley 4/2012, ya que el empresario no ejerce sus actividades en un Estado miembro ni tampoco ha dirigido estas actividades a un Estado miembro y, por otra parte, el inmueble no está situado en el territorio del EEE, por lo que no concurren los «puntos de contacto» del supuesto con el EEE requeridos por el art. 17 de la Ley 4/2012. Es una situación no vinculada estrechamente con el EEE, razón por la que la aplicación del Derecho español resultaría inapropiada, al comportar costes conflictuales desmesurados para las partes. Es razonable pensar que tales partes esperen ver aplicada la ley de Nueva York, no el Derecho europeo.

8.º) La Ley 4/2012 resulta también útil para proteger a las personas jurídicas adquirentes de derechos de «aprovechamiento por turnos» (art. 1.2 Ley 4/2012). En efecto, el art. 6 RR-I sólo resulta aplicable a las personas físicas. Por tanto, este «déficit de protección subjetiva» queda ahora cubierto, aunque sólo en el caso de que el contrato se rija por el Derecho material español. Si el contrato se rige por el Derecho de un tercer Estado pero la situación presenta un vínculo estrecho con el EEE, tal y como aparece definido dicho vínculo en el art. 17 de la Ley 4/2012, toda persona jurídica adquirente de estos derechos de «aprovechamiento por turnos» podrá invocar la protección que le dispensa el Derecho europeo a través de la aplicación de la Ley española 4/2012.

Javier CARRASCOSA  
Universidad de Murcia

### 3. EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO EN MATERIA DE SUCESIONES

1. El 27 de julio de 2012, el *DOUE* publicó (L 201, pp. 107-134 y corrección de errores L 60, de 2 de marzo de 2013, p. 140) el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones (RS). Con la adopción de dicho instrumento, las instituciones europeas han culminado un largo trayecto que se inició en los albores de lo que se ha denominado la «comunitarización» del DIPr europeo, porque el Plan de Acción de Viena, de 1998, ya

invitaba a las mismas a examinar, en el plazo de cinco años, la viabilidad de «un instrumento jurídico sobre la jurisdicción internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias relativas a los regímenes matrimoniales y a las sucesiones» [apdo. 41.c) del Plan]. Los hitos principales de este dilatado proceso han sido la entrega, completada el 8 de noviembre de 2002, del «Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne» [DEUTSCHES NOTARINSTITUT (ed.), *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation*, Würzburg, Deutsches Notarinstitut, 2004, pp. 1-166 (francés) y 169-328 (alemán)], encomendado por la Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior al Instituto Notarial Alemán, bajo la supervisión científica de los profesores H. Dörner y P. Lagarde; la aprobación por la Comisión de las Comunidades Europeas, el 1 de marzo de 2005, del *Libro verde sobre sucesiones y testamentos* [documento COM(2005) 65 final], que mereció sesenta respuestas, analizadas en una audiencia pública celebrada en Bruselas el 30 de noviembre de 2006; más recientemente, el 14 de octubre de 2009, la presentación, también por parte de la Comisión, de la Propuesta de Reglamento (PR) [documento COM(2009) 154 final], que, en los últimos tiempos, ha generado un intenso debate doctrinal cuyos resultados aparecen parcialmente reflejados en el texto definitivo del Reglamento.

2. El mérito más incontestable del nuevo instrumento es el de haber sabido llevar a buen puerto la unificación, a escala europea, del Derecho internacional de las sucesiones; máxime cuando los precedentes —esto es, las vicisitudes por las que el tema había pasado en la Conferencia de La Haya— no hacían prever tamaño logro. Ciertamente, desde 1893, fecha de la *Première Conférence*, se intentó consensuar en el seno de la Organización un convenio sobre los conflictos hereditarios, pero tras los fracasos de los sucesivos proyectos, en particular del más elaborado de todos ellos, el de 1928, la Conferencia abandonó durante casi seis decenios el diseño de confeccionar un texto de alcance general y se conformó con reglamentar determinados aspectos de las sucesiones transfronterizas. Frutos de este replanteamiento fueron el —exitoso— Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (CLH61), y el —mucho menos secundado— Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la administración internacional de las sucesiones (CLH73). Hubo que esperar hasta mediados de la década de los ochenta del siglo pasado para que la Conferencia retomara, en el que a la postre se convirtió en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (CLH89), la empresa de codificar con pretensión omnicompreensiva —no materializada por entero, al renunciar el art. 7 del Convenio a incluir indefectiblemente dentro de la esfera de incidencia de la *lex successionis* las cuestiones relativas a la administración y a la transmisión de la herencia— los conflictos de leyes en el dominio sucesorio. Como habrá ocasión de comprobar, estos tres textos han tenido una gran influencia en la redacción final del Reglamento 650/2012.

3. Si de los antecedentes y del contexto del RS pasamos al análisis de su contenido, vemos que el instrumento se divide en ocho capítulos, el primero de los cuales está dedicado al ámbito material de aplicación y a las definiciones empleadas. En cuanto al radio de acción, el RS, lo mismo que los restantes reglamentos comunitarios atinentes al DIPr que pueden afectar a bienes, lleva a cabo una doble exclusión: por una parte, deja de lado materias de Derecho público como las fiscales, las aduaneras y las administrativas; por otra parte, inventaría una serie de cuestiones que, sin perjuicio de pertenecer al Derecho privado, no tienen cabida en el instrumento. De entre éstas, nos fijaremos en tres. En primer lugar, las correspondientes al régimen económico matrimonial y a los regímenes patrimoniales comparables [art. 1.2.d)], que, en

combinación con la exceptuación de los derechos hereditarios del cónyuge superviviente, que se contempla en el art. 1.3.d) de la Propuesta de Reglamento sobre regímenes económico-matrimoniales (PRREM) [documento COM(2011) 126 final], impide una solución formal objetiva —como la del art. 9.8 *in fine* CC— de los problemas de adaptación que puedan surgir entre las categorías implicadas, si bien deja abierta la puerta a una adaptación conflictual subjetiva a través de la voluntad del causante y la de los consortes, quienes, respectivamente, tienen la facultad de escoger limitadamente la ley rectora de su sucesión (art. 22 RS) y la que gobierne sus relaciones patrimoniales (art. 16 PRREM), para, si quieren, hacer que coincidan; asimismo cabría un ajuste material, al que parece aludir el cdo. 12 RS, cuando recomienda a las autoridades que sustancien una sucesión que tengan en cuenta la liquidación del régimen económico matrimonial del *de cuius* «para determinar la herencia de éste y las cuotas hereditarias de los beneficiarios». En segundo término, el art. 1.2.g) del Reglamento deja al margen del mismo a las liberalidades, lo que, sin embargo, no obsta, a nuestro juicio, para que, habida cuenta de la función que cumplen —pautar la transmisión del patrimonio de una persona a su fallecimiento—, las donaciones *mortis causa* entren dentro del campo de actuación del instrumento europeo (FONTANELLAS MORELL, J. M., «Las donaciones *mortis causa* ante la reglamentación comunitaria de las sucesiones», *AEDIPr*, XI, 2011, pp. 465-484). En última instancia, nos interesa la suerte del *trust*, porque del tenor final del Reglamento se colige que éste se desentiende de su creación, administración y disolución [art. 1.2.j)], pero que, por el contrario, siguiendo la opinión del Instituto Max Planck (MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL 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», *RabelsZ*, 74, 2010, pp. 556-559), comprende los *testamentary trusts* y los *statutory trusts upon intestacy* respecto de «la cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios» (cdo. 13). Con independencia de la notable dificultad que comporta la interpretación de estas expresiones (PAZ LAMELA, R. S., «La exclusión de los *trusts* del futuro Reglamento "Bruselas/Roma IV"», *AEDIPr*, XI, 2011, pp. 452-455), parece claro que el mencionado considerando apela a la ley sucesoria para evitar que, por medio de la constitución de un *trust*, se puedan sustraer bienes del caudal hereditario en perjuicio de los derechos legítimos de los herederos forzosos.

4. En orden a la competencia judicial —y extrajudicial— en materia sucesoria, vale la pena recordar que, pese a las reiteradas peticiones de, entre otras, la delegación española, el CLH89 nunca se decidió a incorporar normas sobre jurisdicción, siendo esta carencia uno de los déficits primordiales del texto convencional [BORRÁS, A., «La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'Espagne», en A. BORRÁS *et al.* (ed./coord.), *E pluribus unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1996, pp. 9-11]. De ahí que la primera iniciativa que quepa reseñar en esta parcela sea la del GEDIP, adoptada en su reunión de Heidelberg de 1993 (<http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-3pf.html>), cuyas líneas maestras se recogen en el estudio del Instituto Notarial Alemán [DEUTSCHES NOTARINSTITUT (ed.), *op. cit.*, pp. 43-46 (francés) y 206-208 (alemán)] y están en la base de la regulación del Reglamento 650/2012. En cuanto a ésta, debe antes de nada decirse que, al igual que el Reglamento 4/2009, pero a diferencia del Reglamento 44/2001 y del Reglamento 2201/2003, el RS acoge un catálogo cerrado de foros cuya articulación descarta, en todo caso, el recurso a reglas estatales para atribuir competencia a las autoridades judiciales y extrajudiciales [singularmente, los notarios cuando ejer-

zan funciones jurisdiccionales (cdos. 20 y 21 en relación con el art. 3.2)]. Señalar, a continuación, que, con una cautela difícil de entender en un terreno marcadamente patrimonial, en el que la voluntad de los litigantes habría de tener más protagonismo [GAUDEMET-TALLON, H., «Les règles de compétence dans la proposition de règlement communautaire sur les successions», en G. KHAIRALLAH y M. REVILLARD (dirs.), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales*, París, Defrénois, 2010, p. 124], el RS accede a una *prorogatio fori* en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado cuya ley el *de cuius* ha escogido para regir su sucesión (arts. 5-9), a fin de conseguir siempre que sea posible la coincidencia entre el *forum* y el *ius* (cdos. 27 y 28). Cuando no se efectúe la elección de foro o cuando la misma no sea factible por no concurrir una *professio iuris* o por ser ésta en provecho de la legislación de un país extracomunitario, operan los criterios objetivos de competencia, entre ellos, de manera prioritaria, la residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento, conexión que las más de las veces ha de permitir que el tribunal competente aplique su propio Derecho (art. 4 en relación con el art. 21.1 RS). Si el difunto no tenía a su muerte la residencia habitual en uno de los Estados miembros, mas sí bienes en cualquiera de ellos, los órganos jurisdiccionales del país donde tales bienes estén sitos tendrán subsidiariamente competencia para pronunciarse sobre la totalidad de la herencia si el causante era nacional de dicho Estado o, en su defecto, si había tenido su residencia habitual en el mismo menos de cinco años antes del inicio del pleito sucesorio (art. 10.1 RS). Cuando no se den estas circunstancias, los tribunales del país en que se encuentren bienes relictos serán competentes para dirimir los litigios hereditarios que les incumban (art. 10.2 RS). Esta última regla rompe la idea —presente en toda la regulación— de que el juez apto para conocer decida sobre el conjunto de la sucesión, quiebra que el art. 12 RS extiende a los casos en que se vean envueltos bienes situados en un tercer Estado, en los que el tribunal competente podrá, a instancia de parte, no pronunciarse sobre los citados bienes si teme que su resolución no sea reconocida ni ejecutada en ese país, por ejemplo, por otorgar su normativa competencia exclusiva a sus órganos jurisdiccionales para este tipo de controversias. El sistema se completa con un *forum necessitatis* (art. 11 RS) —no previsto en la PR, pero reclamado por los expertos [BONOMI, A., «La compétence des juridictions des États membres de la Union européenne dans les relations avec les États tiers à l'aune des récentes propositions en matière de droit de la famille et des successions», en LORANDI, F. y STAEHELIN, D. (ed.), *Innovatives Recht. Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2011, p. 679]— y las usuales normas complementarias tanto regulatorias como de funcionamiento. Para un examen crítico de todo el entramado competencial, véase ÁLVAREZ TORNÉ, M., *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales: el nuevo Reglamento de la UE*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

5. En el sector del Derecho aplicable, la ordenación del Reglamento 650/2012 tiene carácter universal (art. 20 RS), o sea, que lleva a observar el Derecho que la misma designa aunque sea el de un Estado no miembro o el de uno de los Estados de la Unión, Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, no vinculados por el instrumento (cdos. 82 y 83 RS) se ha inspirado en el CLH89, cuyo ascendiente se percibe no sólo en incontables detalles, sino ante todo en las cuatro grandes decisiones de política legislativa adoptadas —tratamiento unitario de la sucesión, empleo de la última residencia habitual del causante como conexión objetiva, reconocimiento de la profesión de ley, regulación de los pactos sucesorios—, que procedemos a comentar sucintamente. En primer lugar, en el eterno —e irresoluble— debate entre la unidad y el fraccionamiento de las sucesiones internacionales, el RS opta por la aplicación de una sola y misma ley al conjunto de los bienes hereditarios con independencia de su naturaleza mobiliaria

o inmobiliaria y de su lugar de situación, lo que simplifica —la totalidad del *iter* sucesorio es supervisado por una única normativa— y homogeneiza —todo el caudal relicto queda sujeto al mismo régimen jurídico, evitándose soluciones dispares a cuestiones idénticas por razón de la clase o ubicación de los bienes— la transmisión del patrimonio hereditario, pero conlleva el riesgo de que una eventual resolución judicial basada en la *lex successionis* devenga ineficaz cuando el país —extracomunitario— de emplazamiento de los bienes —inmuebles— supedite la sucesión de los mismos a la *lex rei sitae*. En segundo término, el Reglamento consagra como conexión objetiva la última residencia habitual del *de cuius* (art. 21 RS), solución que merece una valoración positiva, porque es mucho más operativa que la del CLH89 —que exigía que la residencia postrera del causante coincidiera con su nacionalidad o, en su defecto, que se hubiera prolongado por un período no inferior a cinco años antes del óbito—, y porque concuerda perfectamente con la preferencia que, en la esfera del Derecho de familia, los instrumentos o proyectos de instrumento comunitarios conceden a la residencia habitual como elemento conectivo personal (véanse el art. 8 del Reglamento 1259/2010 o el art. 17 PRREM). En tercer lugar, el Reglamento 650/2012 admite la *professio iuris*, es decir, la posibilidad de que, en ejercicio de la autonomía conflictual que le es reconocida, el testador escoja limitadamente la ley rectora de su sucesión (art. 22 RS). Con arreglo a este precepto, la designación de ley, obligada a abarcar el conjunto de la herencia, solamente se puede hacer en beneficio del Derecho nacional, tiene que estar contenida en una disposición por causa de muerte, ha de ser materialmente válida según la *lex electa*, y, en lo que concierne a su modificación o revocación, debe disfrutar de un régimen formal análogo al de la modificación o revocación de una disposición de última voluntad. Respecto de la PR (analizada en nuestro trabajo «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», *De re iuris*, 20, 2011-2, pp. 83-129), la versión definitiva del RS introduce un par de sensibles variaciones: primera, precisa que el profesante puede seleccionar cualquiera de las leyes nacionales que ostente tanto en el momento de la opción como al tiempo del fallecimiento; segunda, advierte que la designación no sólo puede hacerse *expressis verbis*, sino que también vale la verificada tácitamente siempre que resulte indudablemente de los términos de la disposición *mortis causa*. En última instancia, queda la regulación de los pactos sucesorios —a los que el art. 3.1.b) RS equipara explícitamente los testamentos recíprocos—, cuya estructura bilateral blindada la sucesión voluntaria al afectar directamente a la libre revocabilidad del negocio dispositivo por causa de muerte que la ordena. En su art. 25, el Reglamento disciplina el Derecho objetivamente aplicable al contrato relativo a la sucesión de una persona, a la de varias personas, así como la posibilidad de que los otorgantes elijan la legislación rectora del pacto. Tres son los cambios que, en relación con las previsiones de la PR (estudiadas por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones», *La Ley*, XXXII, 2011-4, D-407, pp. 1798-1806), incluye el redactado final: la eliminación, en caso de conflicto móvil, de una aplicación alternativa en favor de la validez del pacto tocante a la sucesión de una persona de la *lex hypothetici successionis* (la que habría sido la ley sucesoria si la defunción se hubiera producido el día de la conclusión del acuerdo) y de la *lex successionis*; la sustitución de una solución igualmente alternativa *in favorem validitatis*, fundada en la observancia de la ley potencialmente aplicable a la sucesión de cualquiera de los intervinientes en un pacto referente a la sucesión de diversas personas, por una conexión cumulativa que sujeta la admisibilidad de dichos pactos al visto bueno de la *lex hypothetici successionis* de cada uno de los estipulantes (por contra, la validez y los efectos del contrato quedan en manos de aquel Derecho, de

entre los anteriores, con el que esté más estrechamente vinculado); la supresión de la alusión expresa a la legítima de los terceros, que la *lex hereditatis* protegía frente a una eventual lesión causada por la *lex contractus*; a la luz del cdo. 50 RS, el silencio actual debe interpretarse en el —único— sentido lógico: la ley reguladora del pacto no puede interferir en la protección que la ley sucesoria brinda a los derechos legitimarios de todos los herederos forzosos, hayan participado en el otorgamiento del contrato sucesorio o no lo hayan hecho. De las muchas normas que el instrumento dedica a los conflictos de leyes que todavía restan por comentar, nos detendremos en tres más, en las cuales el texto definitivo se ha apartado del proyecto de reglamentación. Primera, la incorporación, como había solicitado el Instituto Max Planck (MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW, *op. cit.*, pp. 620-624), de una regulación conflictual de la forma de las disposiciones por causa de muerte (art. 27 RS), copiada de la del CLH61, cuyo añadido se ha considerado necesario para unificar las soluciones en este ámbito, teniendo en cuenta que el Convenio de La Haya solamente abarca la validez formal de los testamentos —y no la de los pactos sucesorios u otros negocios mortis causa— y que once países europeos no lo han suscrito. Ahora bien, para los Estados comunitarios, como España, que son parte del CLH61, éste continuará primando sobre el Reglamento 650/2012, de conformidad con el art. 75.1 del mismo. Segunda, contradiciendo lo que preceptuaba el art. 26 PR —y lo que preceptúan el art. 20 del Reglamento 593/2008, el art. 24 del Reglamento 864/2007, y el art. 11 del Reglamento 1259/2010—, el art. 34 RS da entrada al reenvío —de primer y de segundo grado—; decisión a nuestro parecer muy desafortunada, ya que, como se ha evidenciado en la práctica jurisprudencial española —especialmente a propósito de las sucesiones— este mecanismo remisivo constituye un foco permanente de inseguridad jurídica, que, la alambicada redacción del Reglamento 650/2012, no ayudará a disminuir. Tercera, del art. 35 RS ha desaparecido el segundo apartado que contenía el art. 27 PR, en el que, con la loable finalidad de facilitar la armonización conflictual en el seno de la Unión, se especificaba que las disparidades legitimarias entre los ordenamientos de los Estados miembros no habían de servir de pretexto para la intervención del correctivo del orden público. Carente a la postre el Reglamento de una fórmula concreta, la tutela de la legítima está al cuidado de la cláusula general del art. 35 RS, cuya operatividad frente a una eventual vulneración de los derechos hereditarios que la ley del foro atribuya a los sucesores necesarios podrá variar de un país al otro [véase, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», *AEDIPr*, XI 2011, pp. 385-388].

6. A la vista de que el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales que establece el Reglamento 650/2012 se amolda, con pocas novedades, a los parámetros comunitarios que son tributarios del Reglamento 44/2001, nos ocuparemos finalmente de una de las grandes aportaciones del nuevo instrumento: la creación del «certificado sucesorio europeo» (CSE). Este documento tiene un precedente en el «certificado internacional» instituido por el CLH73, aun cuando este último tenía un alcance mucho más modesto, pues sólo confería poderes para administrar la herencia mobiliaria. Las instituciones comunitarias, conscientes de que la tramitación de las sucesiones transfronterizas debe ser lo más ágil y eficiente posible, han dado carta de naturaleza a este certificado uniforme, que, sin embargo, ni es obligatorio ni sustituye a los documentos internos de los Estados miembros (art. 62 RS). El CSE se expedirá, para poder utilizarse en otro país comunitario, por las autoridades del Estado cuyos tribunales —entendidos en el sentido lato del art. 3.2 RS— tengan competencia judicial internacional para la tramitación de la sucesión (art. 64 RS), y servirá para acreditar la cualidad y/o los derechos de los herederos y legatarios,

así como las cuotas hereditarias de los mismos, la atribución de bienes concretos a los sucesores y las facultades de la persona designada en el certificado como ejecutor testamentario o administrador de la herencia (art. 63 RS). Sin necesidad de acudir a ningún procedimiento ad hoc, el CSE surtirá en todos los Estados miembros sus dos efectos fundamentales: el probatorio —se presumirá que el certificado prueba los extremos en él testimoniados (art. 69.2 RS)— y el de protección de terceros de buena fe —cualquiera que entregue bienes a una persona o los reciba de otra que, según el certificado, esté facultada para, respectivamente, percibirlos o enajenarlos, se beneficiará de la presunción de legitimación del adquirente o del transmitente (art. 69.3.4 RS)—. Por contra, el CSE no tendrá fuerza ejecutiva (cdo. 71 RS); y, en cuanto a la eficacia registral, el certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en un registro público (art. 69.5 RS), pero el acceso al mismo dependerá del cumplimiento de los requisitos que exija la ley del país del registro, siendo asimismo esta legislación la que gobernará las consecuencias derivadas de la inscripción —o no inscripción— del certificado [HEREDIA CERVANTES, I., «El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones», *La Ley*, XXXIII, 2012, semanal 4 (24-30 de septiembre), p. 23].

7. Acabaremos resaltando que, por su ambición, sus dimensiones y su complejidad, el Reglamento 650/2012 —íntegramente aplicable a partir del 17 de agosto de 2015— está llamado a jugar un papel preeminente en el DIPr comunitario del futuro. Efectivamente, por un lado, su propósito de regular por completo —esto es, desde todas las vertientes de nuestra disciplina— el Derecho sucesorio internacional; y, por otro lado, su extensión —84 artículos— ponen de relieve la amplitud y diversidad de las cuestiones abordadas, lo que, unido a la problemática que las mismas suscitan, permite vaticinar una ímproba labor exegética, que va a tener sumamente ocupados a los internacionalprivatistas durante los próximos años.

Josep M. FONTANELLAS MORELL  
Universidad de Lleida

#### **4. COMISIÓN ESPECIAL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1961 SOBRE SUPRESIÓN DE LA LEGALIZACIÓN (6 A 9 DE NOVIEMBRE DE 2012)**

1. Constituye ya una tradición en los Convenios de La Haya que implican una cooperación de autoridades de los Estados miembros la convocatoria de Comisiones Especiales para el control del funcionamiento de los Convenios y, de esta forma, se han celebrado diversas reuniones de Comisiones Especiales sobre diversos Convenios.

En este caso, la novedad respecto a las reuniones anteriores en materia de cooperación judicial civil radica en que es la primera vez que se examina únicamente el funcionamiento del Convenio de 1961 en materia de supresión de la legalización (Convenio Apostilla), ya que en 2003 y 2009 (véase nota de A. BORRÁS en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2009-1, pp. 320-326) se examinó juntamente con otros Convenios de cooperación, el Convenio de 1965 sobre notificaciones en el extranjero, el Convenio de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero y, en 2009, el Convenio de 1980 sobre acceso a la justicia. En este caso, es de destacar la presencia de Estados que no son todavía parte en el Convenio, pero tienen intención de adherirse al mismo y de Estados que, siendo ya parte en el Convenio, desean implementar la apostilla electrónica. Toda la información puede encontrarse en la página web de la Conferencia, <http://www.hcch.net>, en la «Sección apostilla».

2. Abrió la reunión el Prof. P. Vlas, Presidente de la Comisión de Estado neerlandesa para el Derecho internacional privado, que propuso como Presidente de la Comisión Especial al Sr. Fernando Marani (Argentina), que fue elegido por aclamación. Intervino seguidamente el Secretario General de la Conferencia de La Haya., Sr. J. H. A. van Loon que agradeció el esfuerzo realizado por los Estados miembros y/o parte en el Convenio para asistir a esta reunión, así como la presencia de las delegaciones de los Estados que han sido invitados y las delegaciones de organismos y organizaciones internacionales acreditadas. Expresó también el agradecimiento a los países que han hecho posible la amplia utilización del español y que, en esta ocasión, además de España, han sido Estados Unidos, Argentina, México y Costa Rica, así como Perú, que se ha encargado de la traducción al español del *Handbook* sobre el funcionamiento práctico del Convenio. Intervino a continuación el Sr. Ch. Bernasconi, Secretario General Adjunto de la Conferencia, para presentar los trabajos, destacando que el punto central sería el examen y aprobación del *Handbook* (Documento preliminar núm. 2), elaborado por la Oficina Permanente de la Conferencia, sobre la base de un cuestionario (Documento preliminar núm. 1, con un resumen de las respuestas en el Documento preliminar núm. 3) con el concurso de un Grupo de expertos que se reunió a principios de 2012 y en el que participó Javier Parra, pionero en España de la utilización de la apostilla electrónica. Destaca el valor del *Handbook*, juntamente con otros instrumentos dirigidos a audiencias específicas, que son *El ABC de las apostillas*, destinado al público en general, y la *Breve Guía sobre la Implementación*, destinada a las autoridades de los Estados que están considerando adherirse al Convenio.

3. Se trata, sin duda, del Convenio de La Haya que ha tenido mayor éxito hasta este momento, habiendo alcanzado 104 ratificaciones, a lo que debe añadirse el elevadísimo número de apostillas realizadas al amparo de este Convenio. Tras la reunión de 2009 se han producido nueve adhesiones, cumpliéndose así la recomendación de ese año en el sentido de que los Estados miembros que no lo hubieran hecho ratificaran el Convenio y se procurara que otros Estados también se incorporaran (Documento de información núm. 4). Entre estos Estados se encuentran algunos latinoamericanos y en la reunión intervienen Uruguay, Nicaragua y Costa Rica, expresando las dificultades que han tenido, el resultado obtenido y agradeciendo, en el caso de Uruguay, la ayuda española. También intervienen diversos Estados que están considerando adherirse al Convenio, como Vietnam, Guatemala, Paraguay (que agradece la ayuda del Ministerio de Justicia de España), Brasil, Filipinas y Chile los cuales plantearon el problema de la pérdida económica que significa la supresión de las legalizaciones y, en otro orden de cosas, mostraron que existe una gran confusión entre lo que significa la apostilla y el valor de las traducciones de los documentos. Finalmente, intervienen algunos Estados que hace tiempo son parte en el Convenio, incluyéndose en este grupo la intervención española, en la que se valora positivamente el Convenio y la pionera intervención de nuestro país en la experiencia que constituye la apostilla electrónica.

Asimismo, se insta a los Estados parte que objetaron a algunas adhesiones a que examinen si se reúnen las condiciones para retirar tales objeciones, problema que se plantea ante las dudas respecto a los documentos apostillados y los problemas encontrados por determinados Estados. Finalmente, se subraya la utilidad que tiene este Convenio en relación con los documentos necesarios para la formalización de las adopciones internacionales, por lo que se insta a los 24 Estados partes en el Convenio de 1993 que aún no lo han hecho, se incorporen al Convenio de 1961.

4. Se examinan también los desarrollos regionales, dados los trabajos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), el interés mostrado en América

Latina a través de una creciente participación en este Convenio y las esperanzas puestas en la apertura de la Oficina Regional de Asia-Pacífico en Hong Kong.

En ausencia de representante de la Comisión o del Consejo de la Unión Europea se hace constar, no obstante, que se está estudiando la posibilidad de supresión total de legalización de los documentos públicos entre los Estados miembros, sobre la base del reconocimiento mutuo. Con un libro verde en 2010 [*Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los certificados de estado civil*, documento COM (2010) 747 final, de 14 de diciembre de 2010], la Comisión presentará una propuesta de Directiva a principios de 2013. Debe indicarse que diversos Estados miembros, entre ellos Alemania y el Reino Unido, manifiestan su malestar al respecto, entendiéndose que, con excepción de los temas relativos al estado civil, en que apoyarían una supresión de la apostilla, debe seguir aplicándose el Convenio Apostilla, del que son parte todos los Estados miembros.

5. A continuación tienen lugar dos intervenciones que ilustran el interés del Convenio. La primera de ellas corresponde al Banco Mundial y sirve para poner de relieve la importancia del Convenio para el comercio internacional y, en particular, en cuanto que, junto a otros indicios, sirve para mostrar que un país es más seguro para invertir. La segunda intervención, en forma de *position paper*, corrió a cargo del Prof. Peter Zablud, del *Australian and New Zealand College of Notaries* sobre «Aspects of the Apostille Convention» (Documento de información núm. 5), que incluye un interesante apéndice sobre el Notariado en los sistemas de Derecho civil, de *common law* y en Estados Unidos.

Puede también aquí hacerse referencia a la interesante intervención de Interpol en relación con la utilización del Convenio en casos de extradición (apdo. 159 del *Manual*), por lo que se recomienda que continúen los contactos entre la Oficina Permanente y la Interpol para explorar las posibles acciones en el ámbito de la cooperación internacional en materia penal.

6. Una especial atención se dedica a la «Sección Apostilla» de la página web de la Conferencia, destacándose su utilidad y la necesidad de que los Estados parte comuniquen, al menos una vez al año, las modificaciones que se hayan producido en las informaciones pertinentes. Se explican en este caso las mejoras introducidas para facilitar la consulta. Debe señalarse que esta sección es la más visitada de la página web de la Conferencia. Su consulta a veces puede considerarse compleja, pero contiene elementos de gran interés. Se ponen de relieve las mejoras introducidas en los últimos tiempos que permiten realizar consultas mucho más precisas.

7. Esta primera parte termina con un examen de las características del Convenio, que lo hacen especialmente atractivo. Por una parte, no es invasivo, ya que no afecta al Derecho interno, no pretende crear nuevas formalidades sino disminuirlas y cada Estado organiza su servicio de apostillas. Por otra parte, tiene un efecto limitado, pues sólo certifica la autenticidad de la firma y la calidad en que se firma, sin afectar al contenido del documento en que se inserta. Finalmente, la apostilla electrónica significa un avance, en cuanto permite un mayor control, utilizándose ya por 150 autoridades en 15 países al menos uno de los dos componentes del sistema.

8. La determinación del ámbito de aplicación del Convenio constituye uno de los puntos clave. En este caso, se reiteran las conclusiones de la Comisión Especial de 2009, en el sentido de que la lista de documentos públicos del art. 1 del Convenio no es exhaustiva y que la denominación «documento público» se aplica de acuerdo con la

ley del Estado que emite la apostilla, por lo que el Convenio tiene lo que se denomina un «ámbito asimétrico». La inclusión de las traducciones y documentos médicos en el ámbito del Convenio dependerá de que sean expedidos por personas a las que el Derecho confiera la facultad de emitir documentos públicos. Se manifiestan especiales reticencias respecto a los títulos académicos, dada la frecuencia con que se producen fraudes, y Holanda presenta un programa que está implantando para suprimir todo problema, con procedimientos absolutamente digitales, sin utilizar documentos en papel.

9. Se reiteran también las conclusiones en lo que se refiere a la problemática cuestión de la situación de las copias. No cabe duda que las copias simples no son documentos públicos y que, por tanto, no pueden apostillarse. Las dudas se refieren a las copias certificadas, que pueden ser expedidas por la misma autoridad que emitió el documento original o por un tercero (en el caso normal, por un notario). En el primer caso, la copia certificada es considerada como un duplicado del original o como una copia certificada, vinculándose la apostilla a la autenticidad sea del documento original, sea del certificado. En el segundo caso, no existe acuerdo, ya que si bien muchos Estados consideran que el certificado es el documento público que debe apostillarse, algunos Estados permiten que se expida una apostilla para el propio documento copiado. No obstante, se constata que estas diferencias no causan mayores problemas en la práctica.

10. La Comisión considera que debe examinarse con mayor atención la aplicación del Convenio a los documentos públicos emitidos por organizaciones internacionales, mencionando expresamente la Oficina Europea de Patentes y la Unión Europea. Así, en el caso de las patentes tendría especial interés en relación con los «*priority documents*», en cuanto que, p. ej., permitirían proteger una solicitud realizada en dicha Oficina frente a una solicitud posterior realizada en un Estado no europeo y parte en el Convenio Apostilla. Interviene en este tema el Secretario de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), Prof. W. Pintens, y diversos Estados, sobre todo aquellos que son sede de organizaciones internacionales y constatando que se funciona caso por caso, sin que de ello se ocupen los acuerdos de sede. La particularidad del tema podría conducir a elaborar un Protocolo que permitiera a las Organizaciones internacionales expedir las apostillas para sus documentos.

11. Una cuestión particular es la relativa a la exclusión del Convenio de los documentos administrativos «que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera» [art. 1, apdo. 3.b)], que muestra nuevamente el «enfoque asimétrico». Como ya se indicó en ocasiones anteriores, respecto a ellos la situación ha evolucionado notablemente, ya que en el momento de la conclusión del Convenio, estos documentos no necesitaban de legalización entre los Estados europeos. En la actualidad, los Estados gustan de la legalización o apostilla, ya que estos documentos se ven como documentos públicos. La Comisión concluye que la exclusión debe interpretarse de manera restrictiva, para aplicar el Convenio al mayor número de casos posible, destacando que en algunos Estados se expiden apostillas para documentos tales como licencias de importación y de exportación o certificados de origen o de conformidad. El problema radica en que los demás Estados lo acepten y, por eso, en las conclusiones se insta a los Estados a aceptar, si pueden, tales apostillas, aunque ellos no las emitirían para tal tipo de documentos.

12. En lo que se refiere a la expedición de las apostillas, el primer punto es la designación de las autoridades apostillantes. En este tema, cada Estado lo organiza de la forma que considera más adecuado, pero lo único que se requiere es que se comu-

nique adecuadamente. Por otra parte, si se trata de facilitar la vida al ciudadano, es preciso descentralizar los servicios ofrecidos por las autoridades competentes.

13. La cuestión del procedimiento para expedir las apostillas es complicada. En efecto, si bien la mayoría de los Estados utilizan lo que se denomina «procedimiento de un escalón», algunos Estados exigen el «procedimiento en varios escalones». En realidad, la historia del Convenio muestra que lo que se perseguía es un proceso con un solo paso, en el que se acude a una única autoridad competente, incluyéndose en este supuesto cuando tal autoridad consulta a una o varias autoridades para ver si la firma es de quien dice. En el procedimiento en varias etapas, el documento es primero autorizado por una autoridad determinada cuya firma, a su vez, es autorizada por otra. Recomendando la simplificación de obstáculos innecesarios, la Comisión Especial reitera su conclusión de 2009, en el sentido de que la apostilla sólo autentica el origen del documento público y no significa una evaluación del contenido del mismo, aunque a veces las autoridades competentes adopten medidas, p. ej., para abordar casos de fraude o similares. Se trataría, por tanto, de intensificar en la medida de lo posible el proceso «en un escalón».

14. En lo que se refiere a la propia apostilla, se examinan de forma sucesiva diversas cuestiones. En primer lugar, se señala la conveniencia de utilizar los modelos multilingües elaborados por la Oficina Permanente. En el caso de España, se utiliza el modelo francés/inglés/español. Se recomienda a los Estados que elaboren modelos con otros idiomas y los transmitan a la Oficina Permanente.

Otra cuestión se refiere a la medida de la apostilla, pues a veces se rechaza por ser de medida superior a la que aparece en el Convenio (p. ej., por el uso del modelo multilingüe). En este caso, se trata de no rechazarla si es reconocible como tal apostilla y, en particular, examinando que contenga los diez campos que aparecen en el formulario de apostilla (la denominada «*magic box*»). En este caso, se señala la necesidad de incluir la información correspondiente a cada uno de ellos y si alguno de ellos no fuera aplicable, se hará constar expresamente, para evitar que se considere como incompleta.

Fijada, pues, la integridad de la apostilla con sus 10 campos, puede ser conveniente dar alguna información complementaria. Se trata de no dar mayor importancia a la apostilla de la que tiene y de no aplicarla a cuestiones para las que no está hecha. De ahí que en la reunión anterior se propusiera introducir fuera del recuadro de la apostilla la siguiente advertencia: «La presente apostilla sólo certifica la firma, la capacidad del signatario y el sello o timbre que ostenta. La apostilla no certifica el contenido del documento para el que se expidió», como consta en la apostilla española. Pueden introducirse también otras informaciones que se consideren útiles, pero siempre han de quedar fuera de lo que constituye propiamente la apostilla y se ha de comunicar a la Oficina Permanente.

La firma constituye un elemento fundamental de la apostilla, como resulta de los apdos. 260 y siguientes del *Manual*. Más adelante se verán algunos problemas relativos a la firma electrónica.

En lo que se refiere a los medios aceptables para poner la apostilla, se pone de relieve que es perfectamente válido que se grape la apostilla al documento apostillado, si bien se reconoce la posibilidad de fraude, sustituyendo el documento apostillado, lo cual puede solucionarse con un sello adicional o similares. En este caso, se pone el acento en mejorar los métodos que permitan detectar posibles alteraciones en la colocación de apostillas.

Se insiste también en la necesidad de que los Estados mantengan un registro de las apostillas que emiten, animándose a todos a establecer un registro electrónico (apdos. 277 y ss. del *Manual*). España en este caso presenta las características del Registro electrónico, que funciona desde 2010 y ofrece tres opciones de verificación: de firma, de apostilla y de documento público.

Finalmente, se aborda la cuestión de las variaciones en el precio de la apostilla, que oscila entre ser gratuito y alcanzar cantidades elevadas, por lo que se recomendó en 2009 que tuvieran «precios razonables», sin que fuera posible ir más allá. Para tratar de comprender el panorama general, en esta ocasión se presentó el Documento de información núm. 9 con algunos ejemplos que muestran las grandes diferencias que presentan. Debe indicarse que, además de ser incorrectas las tasas que figuran en relación con Macao y Ucrania, no aparece España en este documento.

15. Debe también hacerse mención de las «malas prácticas», es decir prácticas que deben ser desechadas. La primera de ellas afecta al Estado apostillante, en el sentido de que efectuar la legalización cuando lo que debe hacerse es emitir una apostilla, es contrario a los arts. 3 y 5 del Convenio. La segunda afecta al Estado de destino, que no debe requerir una confirmación de la apostilla a la autoridad que la ha emitido, debiendo esta última negarse a hacerlo. Del mismo modo, no puede rechazar una apostilla antigua, puesto que no expiran, aunque no se excluya que el Estado de destino puede decir que desearía una nueva.

16. China, apoyada por Israel, presentó una curiosa propuesta (Documento de trabajo núm. 2) que pretendía que los Estados no partes en el Convenio pudieran aceptar o rechazar las apostillas, en virtud de su Derecho interno, basándose formalmente en que con ello facilitan la vida a los ciudadanos. España entiende que con ello se produce inseguridad jurídica y se ignoran los límites del Convenio, en el marco del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados. La propuesta no recibió apoyos, por lo que fue rechazada. En definitiva, si se sabe que la apostilla va a ir a un Estado no parte, hay que indicar al solicitante que lo que procede es la legalización.

17. Como en ocasiones anteriores, una parte importante de la reunión se dedicó al Programa Piloto de Apostillas Electrónicas (*e-APP*), iniciado por la Conferencia de La Haya y la Asociación Nacional de Notarios de los Estados Unidos de América. Se explican en este punto los foros celebrados a partir de 2009 y, en particular, el de Madrid (BORRÁS, A., «VI Foro internacional sobre el programa piloto de apostillas electrónicas (*e-app*) celebrado en Madrid, 29-30 de junio de 2010», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2010-1, pp. 335 y ss.) y el de Izmir (Turquía). En este caso, la Comisión Especial toma nota con satisfacción de que se aplique en diversos lugares. Particular relieve se concede en este apartado a España, informándose a la Comisión Especial de la implantación generalizada del sistema y su funcionamiento. A continuación, diversos Estados explican el proceso de implantación. De forma curiosa, se plantean diversos problemas relativos al reconocimiento de las apostillas electrónicas, pese a que el Sr. Bernasconi señala que no ve motivos para que haya una desconfianza hacia la apostilla electrónica, puesto que, en definitiva, sólo incorpora las nuevas tecnologías a la tradicional apostilla, tomando en cuenta que hay distintas formas de firmar y de certificación digital.

Diversos Estados (Rusia, Alemania y Holanda) entienden que decir que la firma electrónica es lo mismo que la manual es ir demasiado lejos. Por el contrario, otros Estados como España, Estados Unidos, Argentina o Canadá, consideran que el Convenio es neutral en cuanto a los medios y, en consecuencia, la firma digital debe recibir la misma aceptación que la manual, siendo inconcebible que pueda rechazarse en el

siglo XXI, pues rechazarlo significa un paso atrás. Ante esta curiosa situación, no se incluye la necesidad de aceptar la apostilla electrónica, sino que se deja para examinarlo en el Foro que tendrá lugar en Montevideo en 2013.

Como un problema particular en este apartado se presenta el caso de Colombia, que implantó la apostilla electrónica al incorporarse al Convenio y que, según los expertos, puede incluirse en el grupo de las más seguras (al respecto, véase la presentación de Ch. Bernasconi en la reunión de París, de celebración del cincuentenario del Convenio, en la página web de la Conferencia, que muestra la particularidad de cada uno de los sistemas, y en la *Revista Española de Derecho Internacional*, nota de A. BORRÁS, 2012-1, pp. 252 y ss.). El problema radica en que entregan al solicitante un papel al que denominan «original» y que tiene el simple aspecto de una fotocopia. Según la representante colombiana, si se tiene cualquier duda se acude al registro a través de la referenda alfanumérica y fácilmente se comprueba su existencia y contenido. Se le hacen numerosas observaciones al respecto, en el sentido de que la apostilla sea absolutamente electrónica o, en caso contrario, tenga la apariencia de una verdadera apostilla, la complejidad de la consulta, etc. Se le pone como modelo la emisión de apostillas en España.

18. La reunión debe valorarse positivamente, pues ya quedó demostrado en 2009 que el funcionamiento del Convenio Apostilla tiene entidad propia, que así lo aconseja. Del mismo modo, se valora también positivamente la duración de la reunión, pues tres días es suficiente, trabajándose a buen ritmo, sin alargar innecesariamente el tiempo dedicado a cada tema y limitando, por tanto, el tiempo de estancia en La Haya.

Como ya se ha indicado, la ayuda de diversos Estados y en particular de España ha hecho posible nuevamente la utilización del español. En la práctica debe decirse que se ha utilizado muy ampliamente y, sin duda, mucho más que el francés. No puede, por tanto, olvidarse este punto para próximas reuniones, pues sólo la continuidad permitirá consolidar el uso de nuestra lengua. A ello hay que añadir, en esta materia, el papel pionero que España tiene en lo que se refiere a la utilización de la apostilla electrónica.

Se fija una horquilla entre tres y cinco años para la celebración de una nueva Comisión Especial sobre este Convenio. Ello debe examinarse con cautela, dada la limitación de recursos y el hecho de que, antes de la celebración de esta nueva Comisión Especial, deberá reunirse una Comisión Especial relativa a los Convenios de cooperación procesal, es decir, el Convenio sobre Notificaciones de 1965, el Convenio sobre Obtención de Pruebas de 1970 y el Convenio sobre Acceso a la Justicia de 1980.

Alegría BORRÁS  
Universidad de Barcelona

## **5. COMISIÓN ESPECIAL DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA LA PREPARACIÓN DE LOS «PRINCIPIOS DE LA HAYA SOBRE LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES» (12 A 16 DE NOVIEMBRE DE 2012)**

1. Tras la adopción del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro de 30 de junio de 2005 [BORRÁS, A., «La XX Sesión diplomática de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (14-30 de junio de 2005)», *Revista Española de Derecho*

*Internacional*, 2005-1, pp. 513-520], la Comisión de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de 2006 decidió considerar la necesidad de desarrollar un instrumento relativo a la elección de la ley aplicable. En el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de 2008 se decidió que la Oficina Permanente, en cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes y los expertos interesados, examinará la viabilidad de un instrumento no vinculante, incluyendo la forma específica que tendría tal instrumento [BORRÁS, A., «Consejo sobre los asuntos generales y la política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1-3 de abril de 2008)», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2008-1, pp. 339-346]. Es al año siguiente, en 2009, cuando el Consejo, tras decidir continuar los trabajos en esta materia, invita a la Oficina Permanente a formar un grupo de trabajo constituido por expertos en las áreas de Derecho internacional privado, Derecho comercial internacional y arbitraje internacional, con el objeto de preparar un documento.

2. El Grupo de trabajo estuvo presidido por el Prof. Daniel Girsberger (Suiza) y entre sus 18 miembros, todos ellos profesores en diversas Universidades del mundo, se encuentra el Prof. Francisco J. Garcimartín. Por parte de la Oficina Permanente, se ocupa del tema la Prof. Marta Pertegás. El Grupo de trabajo, además de los contactos no presenciales, se ha reunido en La Haya en tres ocasiones: 21-22 de enero de 2010, de 15-17 de noviembre de 2010 y 28-30 de junio de 2011. El resultado de estos trabajos fue presentado al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de 2012, que consideró que había llegado el momento de reunir una Comisión Especial para examinar el texto teniendo en cuenta, en particular, que será la primera vez que la Conferencia de La Haya aborde la elaboración de un instrumento no obligatorio [BORRÁS, A., «La reunión del Consejo sobre los asuntos generales y la política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (17-20 de abril de 2012)», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012-2, pp. 303-308].

3. En esta ocasión, pues, se trataba de examinar los «*Draft Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*» que, juntamente con sus comentarios, se encuentran en el Documento preliminar núm. 1 de la reunión, que contenía el proyecto de texto elaborado por el Grupo de trabajo y los comentarios a los artículos. La Sra. Marta Pertegás, primera Secretaria de la Conferencia, señaló, en primer lugar, las características generales del texto presentado.

Antes de entrar en la discusión, se discutió la forma del instrumento a adoptar, por las diferencias que pueden derivarse del hecho de denominarlo «Principios» o «Reglas modelo». Desde el principio, la opinión más generalizada se inclinó por el término «Principios». Finalmente, esta fue la decisión adoptada, destacándose el papel que deben tener los comentarios a dichos principios y dando una serie de instrucciones sobre el contenido de los mismos.

4. Se discutió en primer lugar el art. 2, por su carácter central (*cornerstone*) y fundamental. No se discute el principio fundamental de la «*choice of law*», pero inmediatamente surge el problema, planteado por la Unión Europea, de lo que se denominan «reglas de Derecho» (*rules of law*), es decir, la posibilidad de acogerse a normas no estatales (como los principios UNIDROIT o los principios Lando). La Unión Europea se manifiesta en contra de esta posibilidad, en particular porque genera mucha incertidumbre legal en relación con las cuestiones no reguladas por el cuerpo normativo elegido por las partes o por las dudas que plantea el propio término «*rules of law*». Otras delegaciones, en cambio, se manifiestan a favor de su inclusión. Una opción de compromiso que se propone es referir esta cuestión a la *lex fori* (bien como una suerte de mecanismo de *opting in* o de *opting out*, según cuál sea la posición que se

adopte en los principios) o mantenerla pero permitiendo que se expanda el concepto de orden público para facultar que el juez de un Estado tenga en cuenta el orden público de otro Estado (no sólo el propio). Finalmente, la cuestión se resuelve haciendo referencia en el art. 2, apdo. 1, únicamente a la elección de «la ley» aplicable al contrato, sin hacer referencia alguna a las *rules of law*, que son objeto de un nuevo artículo específico, el art. 3, en el que se dice que «la ley» incluye a tales reglas siempre que reúnan dos características: *a)* aceptación a nivel internacional, supranacional o regional; *b)* que constituyan un conjunto de reglas neutrales y equilibradas, todo ello sometido a que la ley del foro no diga otra cosa. Esto es, finalmente se opta por una suerte de *opting out*.

Las otras cuestiones que regula el art. 2 no plantean graves problemas. El párr. 2 contempla la posibilidad de un *depeçage* contractual, esto es, de que las partes elijan la ley aplicable sólo a una parte del contrato o diferentes leyes para diferentes partes. Este párrafo se aceptó unánimemente. El párrafo tercero prevé la posibilidad de un cambio de ley aplicable, pero salvaguarda los derechos adquiridos por terceros y la validez formal del contrato. Este párrafo tampoco plantea problemas, salvo el tema de hasta qué momento procesal puede modificarse la ley elegida por las partes. Se decidió que esta cuestión estaba inextricablemente vinculada a los aspectos procesales y que los Principios no prejuzgaban estos aspectos. Se acuerda, por ello, mantener, en este punto, el texto original sin grandes cambios y explicar el problema de los límites procesales en el comentario. Por último, el párr. 4 aclara que la ley elegida no tiene que estar vinculada objetivamente al contrato. Tampoco este punto se cuestiona.

5. El art. 4 establece que la elección puede ser expresa o tácita, esto es, derivarse claramente de los términos o circunstancias del contrato. Y aclara que una cláusula de jurisdicción o una cláusula arbitral no equivalen *per se* a una cláusula de ley aplicable. La Unión Europea expresó su apoyo general a este precepto, pero manifestando una duda sobre la necesidad de aclarar el tema del significado de una cláusula de jurisdicción o arbitral en el propio precepto. Entiende que sería mejor remitirlo al comentario. Hay delegaciones que prefieren, en cambio, mantenerlo en el texto, para dejar claro este extremo que resulta cuestionable en algunos países, sobre todo en los países emergentes. Finalmente, se mantiene en el texto, pero en un párrafo separado y con la condición de aclarar en el comentario que la cláusula de jurisdicción sea «uno de los elementos» que se debe valorar para decidir si ha habido una elección de la ley aplicable o no.

El art. 5 establece que la elección de la ley aplicable no está sujeta a ningún requisito formal, salvo que así lo hayan decidido las partes. Durante las negociaciones se plantea la relación con el art. 4, pues éste establece el principio de espiritualidad: no se requiere forma alguna. No obstante, se alega que el art. 4 puede tener sentido por la referencia a que las partes pueden acordar una determinada forma y en tal caso, dicha forma prevalece. Al final se acuerda mantener el precepto. Se remite al comentario la cuestión de qué pasa si las partes han pactado que las modificaciones deben hacerse por escrito y luego hay una modificación verbal.

6. El art. 6 establece que la validez del consentimiento sobre la ley aplicable se somete a la ley hipotéticamente aplicable si dicho consentimiento fuese válido. Originariamente, el párr. 2 incluía una remisión a la ley del país del establecimiento de una de las partes para alegar que dicha parte no consintió. La regla es en gran parte equivalente a lo que establece el Reglamento Roma I. El problema que se discute es en relación con las cláusulas de ley aplicable incluidas en condiciones generales

de contratación, cuando ambas partes contratantes utilizan sus propias condiciones generales, pero la cláusula de ley aplicable es distinta en cada una de ellas: lo que se conoce como *battle of forms* (batalla de formularios). Tras acordar la oportunidad de resolver este precepto en los principios, se proponen distintas soluciones más o menos de detalle, pero todas inspiradas en la propia *ratio* del art. 6. Finalmente, en el apdo. 1, se establecen normas distintas para el caso de elección de una ley en una cláusula principal o de condiciones generales, incluida la batalla de formularios, pero haciéndose la salvedad de que ello se hace «con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2» (una inclusión fundamental para Estados Unidos), que se remite a favor de la ley del lugar del establecimiento de una parte, cuando no sea razonable utilizar los criterios del apdo. 1.

7. Por último, el art. 7 establece el principio de la autonomía de la cláusula de elección de la ley aplicable respecto al contrato al que se refiere. La cláusula de elección de ley aplicable no deja de ser válida por el mero hecho de que el contrato sea inválido. El Reglamento Roma I no recoge expresamente la misma solución, pero ha sido consagrada por la jurisprudencia del TJUE (asunto C-269/95, *Benincasa c. Dentalkit*). Lo único que se acuerda es cambiar el título del precepto para evitar confusiones entre el concepto de «autonomía» de la cláusula y «autonomía» de la voluntad, hablándose así de «separabilidad». Por lo demás, se acepta sin oposición.

8. El art. 11 establece excepciones a la aplicación de la ley elegida por las partes. Por un lado, se refiere a las leyes de policía o normas internacionalmente imperativas. Se acepta sin oposición el párr. 1, esto es, la salvaguarda de la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del foro.

En relación con las normas imperativas de otros Estados, se propone cambiar la formulación por una más neutral y extenderla también al orden público de otros Estados, en particular al del Estado cuya ley sería objetivamente aplicable al contrato, como posible compensación a permitir la elección de una ley no estatal. En tercer lugar, incluye una cláusula de reserva del orden público del foro. Tanto en relación con esta cláusula como a la relativa a las normas de policía se pone de manifiesto la necesidad de que en el comentario se pongan algunos ejemplos y, como acabamos de señalar, de extender la cláusula de orden público al del Estado cuya ley sería objetivamente aplicable. Finalmente y tras mucha discusión, tanto en relación con las normas imperativas como en relación con el orden público se establece que la ley del foro determina cuándo un tribunal puede o debe aplicar o tomar en consideración las normas imperativas de otro Derecho, limitándolo en el caso del orden público al Estado cuya legislación sería aplicable en ausencia de elección de la ley aplicable.

Y, por último, el párr. 5 incluye una remisión al arbitraje, dejando abierta la posibilidad de que los árbitros puedan aplicar normas de policía o la excepción de orden público. Sobre este precepto simplemente se hacen modificaciones para mejorar su redacción y aclarar su significado.

9. Otras cuestiones que contemplan los principios son la exclusión del reenvío y el ámbito de la ley aplicable. El art. 8 excluye el reenvío en términos prácticamente semejantes a los del Reglamento Roma I. La remisión a una ley no incluye sus normas de conflicto salvo que las partes expresamente prevean otra cosa.

El art. 9 delimita el ámbito de cuestiones que se sujetan a la ley elegida por las partes. En particular, la ley elegida por las partes incluye cuestiones como: *a*) la interpretación del contrato; *b*) los derechos y obligaciones que derivan de él; *c*) el cum-

plimiento y los remedios ante un incumplimiento, incluido el cómputo de los daños; *d*) las formas de extinción de las obligaciones, incluida la caducidad y prescripción; *e*) la validez y las consecuencias de su invalidez; *f*) la carga de la prueba y las presunciones legales y *g*) las obligaciones precontractuales. No incluye una referencia a la ley del lugar de cumplimiento, a diferencia del Reglamento Roma I. La discusión se centra, en particular, en la relación entre la *lex contractus*, esto es, la ley elegida por las partes, y las normas procesales, aunque no hay grandes cambios en relación con la formulación original de este precepto. Sólo cabe destacar la inclusión de un nuevo apdo. 2, para aclarar que la inclusión en el ámbito de aplicación de la ley de la validez y las consecuencias de la invalidez del contrato no impide la aplicación de otras disposiciones que mantengan la validez formal del contrato.

En relación con este precepto, el art. 10 delimita la ley aplicable en los supuestos de cesión de créditos. Por un lado, las relaciones entre el cedente y el cesionario se someten a la ley elegida en el contrato de cesión. Su oponibilidad al deudor cedido se rige por la ley aplicable al crédito cedido. La solución es idéntica a la establecida en el Reglamento Roma I.

10. El art. 1 delimita el ámbito de aplicación de los principios. Sólo se ciñen a la elección de ley aplicable a los *contratos comerciales internacionales*. El texto no se aplica a los contratos que puedan celebrarse en el contexto de relaciones de familia o sucesorias (por ejemplo, queda claro que el texto no alcanza ni los pactos matrimoniales, ni los pactos sucesorios, ni los pactos sobre obligaciones alimenticias), ni a los contratos de consumo o trabajo (individuales o colectivos). La fórmula empleada es que se trate de contratos celebrados entre dos personas en el ejercicio de su actividad comercial o profesional. En el título del instrumento se utiliza la expresión «contratos comerciales», que está tomada de los Principios UNIDROIT. De todos modos, se añade una exclusión expresa de los contratos de consumo y trabajo.

Por otro lado, los principios se aplican sólo a los contratos «internacionales». La propuesta del grupo de trabajo arrancaba de la idea de que los Principios sólo se aplicasen a los contratos *objetivamente internacionales*, esto es, los contratos que presentan un elemento relevante y objetivo de extranjería. El mero hecho de que las partes, en un contrato puramente interno, hayan escogido como ley aplicable una ley extranjera no sería suficiente para justificar la aplicación del futuro instrumento. Este punto fue discutido hasta el último momento, y se llegó a un acuerdo justo al final. Conforme a éste, se introduce un nuevo artículo que delimita lo que constituye un «establecimiento» a los efectos de los principios, artículo cuya ubicación ha sido difícil, al ser la única disposición relativa a definiciones. Se incluye como último artículo del texto (art. 12).

11. La reunión debe valorarse positivamente, pues ha permitido la adopción de los principios. A partir de este momento, deberá mandarse un informe al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia, que tendrá lugar en el próximo mes de abril, conteniendo los principios y, probablemente, las actas de las sesiones de la reunión, que se distribuirán próximamente. Corresponderá al Grupo de trabajo concluir los comentarios, sin que pueda fijarse aún el tiempo que este trabajo le tomará y las consultas que deberán hacerse. No se ha especificado de forma clara cómo se procederá a partir de este momento con este texto, tratándose de la primera vez que la Conferencia de La Haya adopta un instrumento de carácter no obligatorio.

Alegría BORRÁS y Francisco J. GARCIMARTÍN  
Universidades de Barcelona y Autónoma de Madrid

## 6. 22.<sup>a</sup> REUNIÓN DEL GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (GEDIP), LA HAYA, 14-16 DE SEPTIEMBRE DE 2012

1. La 22.<sup>a</sup> reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado tuvo lugar en La Haya, los días 14 a 16 de septiembre de 2012. La reunión del Grupo debía haberse celebrado en Łódź (Polonia), a invitación del Prof. T. Pajor, pero su inesperado fallecimiento hizo que debiera anularse la celebración en aquella ciudad. La reunión en La Haya fue posible gracias a las gestiones de H. van Loon y T. Struycken.

2. La primera jornada de trabajo comenzó con una exposición del Prof. E. Jayme sobre el régimen de las cláusulas de elección de ley aplicable en el ámbito del Derecho de familia y sucesorio. El Prof. Jayme señaló, en primer lugar, la progresiva expansión de la autonomía de la voluntad en ese ámbito, tomando como ejemplos el nuevo Reglamento de sucesiones y el Reglamento sobre ley aplicable al divorcio (Roma III). Una de las razones que apuntó para explicar este hecho fue el desplazamiento de la conexión «nacionalidad» por la conexión «residencia habitual»: en dichos instrumentos se parte de este último criterio como conexión principal, pero se utiliza la autonomía conflictual para flexibilizar su aplicación pensando en la opción de las partes —o del causante— por su ley nacional. A pesar de valorar positivamente esta opción, criticó la técnica seguida, en particular, el hecho de que la validez de la cláusula de elección se someta a la ley hipotéticamente aplicable. Esta solución, tomada del Reglamento Roma I, no se ajusta bien a las especialidades que presenta el ámbito del Derecho de familia o sucesorio por los controles de contenido sobre la ley elegida que pueden existir en este sector. Para ilustrar esta idea puso como ejemplo el art. 10 del Reglamento sobre ley aplicable al divorcio, donde la aplicación de la ley de un tercer Estado se condiciona a que las condiciones de acceso al divorcio no sean discriminatorias entre los cónyuges.

3. En la siguiente intervención el Prof. Ch. Kohler analizó la relación entre la propuesta de Reglamento sobre un Derecho europeo uniforme en materia de compraventa y las reglas de Derecho internacional privado. Además de señalar la complejidad que introduce la determinación de las condiciones de aplicación de aquel instrumento, en particular su relación con el art. 6 del Reglamento Roma I, expuso con detalle los problemas que plantea su base jurídica. Tanto en su intervención como en el coloquio subsiguiente, se discutieron las dificultades que suscita la utilización de los arts. 114 o 352 TFUE como base jurídica para un instrumento de esa naturaleza, esto es, un instrumento de Derecho uniforme completo y excluyente, pero alternativo a los Derechos nacionales. En su intervención posterior, la representante de la Comisión Europea, K. Vandekerckhove, aclaró que la intención de la propuesta es que la aplicación del Reglamento sobre compraventa excluya, en relación con los contratos con consumidores, el principio de trato más favorable consagrado en el art. 6 del Reglamento Roma I.

4. A continuación, H. van Loon, Secretario General de la Conferencia de La Haya, resumió el *status quaestionis* de los instrumentos en vigor adoptados por la Conferencia y los trabajos futuros. En relación con estos últimos, destacó el interés que tienen los Principios sobre elección de ley aplicable a los contratos internacionales, pues pueden servir de «ley modelo» para todos aquellos Estados que aún no reconocen la autonomía conflictual como regla de base en el ámbito contractual, al menos en los contratos entre profesionales.

5. Por último, la representante de la Comisión Europea, K. Vandekerckhove, expuso la actividad de esta institución en el ámbito del Derecho internacional pri-

vado. Dio un breve repaso a los instrumentos adoptados desde la última reunión del Grupo y a la cargada agenda de trabajo para los próximos meses. Entre los numerosos proyectos futuros, hay dos que pueden presentar un interés particular. Por un lado, anunció el inicio de conversaciones con los Estados parte del Convenio de Lugano con el fin de extender, por vía convencional, los Reglamentos de notificación y prueba *vis à vis* dichos Estados. Por otro lado, en relación con un futuro Reglamento sobre libre circulación de instrumentos públicos en cuestiones de estado civil, anunció que la Comisión ha decidido separar el proyecto en dos textos, adoptados sucesivamente. El primero suprimiría los requisitos formales al reconocimiento de los instrumentos públicos y el segundo aseguraría el reconocimiento de sus efectos sustantivos.

6. La siguiente jornada se dedicó principalmente a analizar los trabajos que está realizando el Grupo en relación con una parte general del Derecho internacional privado europeo. En primer lugar, tomando como punto de partida las discusiones de la reunión anterior (sobre ella, información en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012-1, pp. 249 y ss.), la Prof. S. Bariatti expuso las dificultades que presenta el empleo de la nacionalidad con criterio de conexión en el Derecho internacional privado europeo, en particular en los casos de doble nacionalidad. A partir de estas dificultades, en el documento de trabajo se proponen dos opciones alternativas para regular la cuestión. La primera se limita a resolver los conflictos de nacionalidad que pueden surgir en los textos europeos ya vigentes. La segunda es más ambiciosa: se formula como parte de un futuro código europeo de Derecho internacional privado y, por consiguiente, con vocación de aplicarse con alcance más general, incluyendo el ejercicio de derechos adquiridos al amparo de la ley de un Estado miembro. Se mantiene el criterio de establecer una solución adaptada a las particularidades de cada sector del Derecho internacional privado: competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento y ejecución. Entre otros aspectos, hubo dos que resultaron especialmente polémicos. Primero, el alcance de dichas reglas, esto es, si su aplicación debe ceñirse únicamente a las normas de Derecho internacional privado o puede extenderse a otros sectores. Y, en segundo lugar, si la jurisprudencia del TJUE en la materia es razonable, ya que al poner en pie de igualdad todas las nacionalidades puede acabar facilitando estrategias de *forum shopping*.

7. Seguidamente, el Prof. P. Lagarde expuso los trabajos del subgrupo especial sobre el reconocimiento recíproco de las actas de estado civil. En primer lugar, describió los problemas que plantea la circulación de instrumentos públicos en materias de estado civil: la autenticidad del documento, su traducción y su actualización periódica. El Prof. Lagarde utilizó los diferentes convenios de la Comisión Internacional del Estado Civil para ver las diferentes soluciones que se pueden dar a esos problemas. A continuación describió los dos posibles modelos que se pueden utilizar ante el problema del reconocimiento de los efectos sustantivos asociados a los instrumentos públicos de estado civil: o aplicar el principio de reconocimiento mutuo, tal y como ha sido formulado por el TJUE, o armonizar las normas de conflicto. En relación con este segundo aspecto, y tras resumir las ventajas e inconvenientes de cada opción, subrayó que la mayoría de las respuestas al Libro Verde presentado por la Comisión abogan por la armonización conflictual.

8. La jornada continuó con una intervención de H. Van Loon, quien informó sobre los avances del subgrupo constituido para analizar el régimen del Derecho extranjero. Tras hacer referencia a los trabajos del Instituto de Lausanne y de la propia Conferencia de La Haya, examinó la cuestión particular de si el Derecho europeo impone algún tipo de obligación a los jueces de los Estados miembros de aplicar *ex*

*officio* la ley extranjera designada por las normas de conflicto europeas. Su conclusión provisional, así como la de la mayoría de los miembros del subgrupo de trabajo constituido al efecto, fue negativa. A partir de aquí, el debate giró en torno a las dificultades prácticas que presenta la aplicación de una ley extranjera para el juez nacional y las posibles soluciones. El Grupo acordó seguir estudiando estas cuestiones, vinculándolas a los aspectos procesales, por ejemplo, a la posibilidad de que el juez advierta a las partes de la cuestión conflictual. También se sugirió buscar una posible especialización de las soluciones por ámbitos materiales, separando las materias patrimoniales y no patrimoniales.

9. En la tercera jornada, P. Kinsch resumió la jurisprudencia reciente del TEDH en materia de Derecho internacional privado. Dentro de esta jurisprudencia, destacó el asunto *Granos Orgánicos S. A. c. Alemania*, donde, en una disputa sobre el alcance del derecho de asistencia judicial gratuita, el TEDH afirma que el principio de reciprocidad es razón suficiente para justificar una diferencia de trato entre las sociedades nacionales o europeas y las sociedades de terceros Estados. Junto a esa decisión, y otras dos en materia de exequátur (donde el Tribunal se limita prácticamente a confirmar alguna jurisprudencia anterior), P. Kinsch revisó las distintas decisiones del TEDH sobre el Convenio de La Haya de sustracción internacional de menores. En el asunto *X c. Letonia*, el TEDH confirma que las autoridades letonas vulneraron el art. 8 del CEDH al ordenar el retorno de un menor sin haber examinado suficientemente la situación de dicho menor y de su madre. En el asunto *B. c. Bélgica*, el Tribunal alcanza una conclusión parecida. El ponente subraya la relativa contradicción entre esta jurisprudencia y la efectividad en la aplicación de los mecanismos del Convenio de La Haya de 1980. En cambio, en el asunto *M. R. et L. R. c. Estonia*, el TEDH aplica el mismo razonamiento pero concluye que, en esta ocasión, las autoridades de Estonia sí que tuvieron suficientemente en cuenta todas las circunstancias relevantes para decidir sobre el retorno del menor. Quizás con el fin de matizar sus decisiones anteriores, en los fundamentos de este fallo, el Tribunal subraya la eficacia de los mecanismos del Convenio de La Haya como un elemento fundamental para proteger el interés del menor y, por consiguiente, en el carácter excepcional que deben tener las decisiones que deniegan ese retorno.

10. Por último, el Prof. T. Hartley presentó una ponencia sobre el problema que plantea la determinación de la ley aplicable a la oponibilidad a terceros de las cesiones o prendas de créditos. Esta cuestión quedó abierta en el Reglamento Roma I, si bien en este texto se prevé que la Comisión presente una propuesta que colme esta laguna. En su exposición, tras analizar las posibles soluciones y las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, el ponente resumió el resultado del estudio llevado a cabo, a iniciativa de la Comisión, por el *British Institute of International and Comparative Law*, donde se aboga por una solución combinada entre la aplicación de la ley que rige el crédito cedido y de la ley de la residencia habitual del cedente. El Prof. Hartley valoró positivamente esta opción.

11. La próxima reunión del GEDIP tendrá lugar en Lausanne (Suiza) a invitación del Prof. A. Bonomi.

Alegría BORRÁS y Francisco J. GARCIMARTÍN  
Universidades de Barcelona y Autónoma de Madrid

## 7. LA PROPUESTA DE NORMA DE CONFLICTO EN MATERIA DE ACTOS ILÍCITOS EN LOS MERCADOS DE VALORES DEL *DEUTSCHER RAT FÜR INTERNATIONALES PRIVATRECHT*

1. La ley aplicable en supuestos de actos ilícitos que se producen en los mercados de valores, caso de la responsabilidad civil derivada del folleto en ofertas públicas sobre valores (OPVs), la responsabilidad civil por informaciones engañosas difundidas en los mercados secundarios o la responsabilidad de las agencias de calificación, se determina de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). Tal determinación plantea una serie de problemas que han llevado a la doctrina a afirmar la necesidad de reformar el texto para la introducción de una norma de conflicto especial en esta materia.

2. La interpretación de la regla general *lex loci damni* en casos de daños puramente financieros, esto es, daños que no se derivan ni de un daño a la persona ni de un daño a la propiedad, como aquéllos que se producen como consecuencia de actos ilícitos en los mercados de valores, es sin duda problemática por cuanto tales daños carecen de localización geográfica. Piénsese, por ejemplo, en el daño patrimonial que sufre el inversor que adquiere unos valores en el mercado confiando en determinada información sobre el emisor de éstos, información que después resulta ser falsa, lo que a su vez produce la depreciación de los valores en el mercado. El daño patrimonial sufrido lo constituye la diferencia entre el precio pagado por los valores en su momento y el precio al que se negocian posteriormente en el mercado. Para localizar este daño que carece de localización geográfica alguna, la doctrina ha recurrido a diferentes ficciones.

3. En particular, son dos las interpretaciones del *locus damni* que la doctrina ha manejado mayoritariamente:

En primer lugar, se ha sostenido que el daño puede localizarse en la residencia habitual del inversor. Sin embargo, esta opción debe descartarse tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en el asunto *Kronhofer* (STJUE de 10 de junio de 2004, *Rudolf Kronhofer c. Marianne Maier, Christian Möller, Wirich Hofius, Zeki Karan*, C-168/02) cuyas conclusiones, aunque referidas a la interpretación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I) y no a la cuestión de la ley aplicable, pueden hacerse extensibles a estos casos: no cabe entender que el lugar de producción del daño sea el lugar de residencia habitual de la víctima por el mero hecho de que sea allí donde se localice el centro de su patrimonio.

En segundo lugar, se ha entendido que el *locus damni* es el lugar donde se localice la cuenta donde se tienen los valores (véase LEHMANN, M., «Where does the economic loss occur?», *Journal of Private International Law*, vol. 7, 2011, núm. 3, pp. 527-550, pp. 543-544). Descartada la residencia habitual del inversor como lugar de producción del daño, esta interpretación se perfila como la posición dominante. Se parte de la existencia de unos activos concretos del inversor que han sido dañados: los valores negociables. Habida cuenta de que los valores negociables, por definición, carecen de *situs*, se hace la ficción de asimilar el valor negociable a su representación, de forma tal que se acaba por atender al lugar de situación de los títulos-valor o de las anotaciones en cuenta. Dado que cada inversor puede decidir libremente la localización de la cuenta donde tiene los valores, es de aplicación —potencialmente— la ley de

cualquier país del mundo, resultado por completo imprevisible para las personas cuya responsabilidad se alega. Si tenemos en cuenta que los afectados suelen ser múltiples, a ello hay que añadir que el responsable se habrá de enfrentar a una multiplicidad de leyes, de acuerdo con la teoría del mosaico.

4. Con el fin de evitar este resultado, otros autores han propuesto la posibilidad de acudir en estos supuestos a la cláusula de los vínculos más estrechos del art. 4.3 del Reglamento, aunque tampoco existe unanimidad en cuanto al país con el que estos vínculos más estrechos se presentan. Algunos autores consideran que éstos se dan con el Estado miembro de situación del domicilio social del emisor. Esta solución tiene la virtud de permitir la aplicación de una ley única, lo que presenta indudables ventajas desde el punto de vista de la integración de los mercados de valores (véase VON HEIN, J., «Finanzkrise und internationales Privatrecht», en FASSBENDER, B. *et al.*, *Paradigmen im internationalen Recht. Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht*, pp. 369-427, pp. 416-418). Otros autores, por el contrario, entienden que los vínculos más estrechos se presentan con el mercado afectado (WEBER, C., «Internationale Prospekthaftung nach der Rom II-Verordnung», *WM*, 34/2008, pp. 1581-1588, pp. 1586-1587. Nótese que la mayor parte de la doctrina que trata esta cuestión se refiere al caso concreto de la responsabilidad civil derivada del folleto, mientras que en esta Nota nos referimos a los actos ilícitos en el mercado de valores en general. No obstante, las conclusiones alcanzadas en estos trabajos son igualmente válidas). Por último, no ha faltado quien ha propuesto concretar el lugar de producción del daño en el mercado afectado por analogía con el art. 6 en materia de ilícitos concurrenciales que, de acuerdo con el tenor literal del considerando 21, no incorpora más que una concreción para tales supuestos de la regla general *lex loci damni* (véase EINSELE, D., «Internationales Prospekthaftungsrecht –Kollision-rechtlicher Anlegerschutz nach der Rom II-Verordnung», *ZEuP*, 1/2012, pp. 23-46, pp. 38-40).

5. Más allá de lo adecuado —o no— del resultado al que lleva cada una de las posibilidades que se han barajado tanto en la interpretación del *locus damni* como a la hora de proponer soluciones alternativas a la regla general, lo cierto es que no existe acuerdo entre la doctrina. Este escenario de inseguridad jurídica resulta especialmente insatisfactorio en un ámbito, el mercado de valores, en el que el incremento del riesgo asociado a las operaciones puede tener consecuencias muy negativas.

6. Recientemente se ha presentado la primera propuesta de reforma del Reglamento Roma II en esta materia. La subcomisión de Derecho del mercado de valores del *Deutschen Rat für internationales Privatrecht* (Consejo alemán de Derecho internacional privado) se reunió el 30 y 31 de marzo de 2012 en Würzburg y adoptó la siguiente resolución (la traducción ha sido realizada por la autora; se puede encontrar la versión original en alemán en *IPRax* 5/2012, pp. 470-471, y traducciones realizadas por el propio ponente de la propuesta, el Prof. Dr. Matthias Lehmann, en *IPRax* 5/2012, pp. 471-472, al inglés y en la *Rev. crit. DIP*, pp. 679-681, al francés; véanse asimismo sendos comentarios a la propuesta realizados también por el ponente en LEHMANN, M. «Proposition d'une règle spéciale dans le Règlement Rome II pour les délits financiers», *Rev. crit. DIP*, (3) juillet-septembre 2012, pp. 485-519; «Vorschlag für eine Reform der Rom II-Verordnung im Bereich der Finanzmarktdelikte», *IPRax*, 5/2012 pp. 399-405):

«En opinión de la subcomisión las soluciones actuales que prevé el Reglamento Roma II para la determinación de la ley aplicable a los ilícitos en el mercado de valores son inadecuadas y son necesarias nuevas reglas. Estas nuevas reglas deben de partir de la conexión con el mercado. Se propone la adopción de un art. 6.a) con el siguiente tenor:

Art. 6.a), Reglamento Roma II: ilícitos en el mercado de valores (nuevo).

1) La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que derivan de un ilícito en el mercado de valores es la ley del país en el que el instrumento financiero afectado esté admitido a negociación en un mercado regulado. En caso de cotización múltiple, la ley aplicable será la del país donde el instrumento financiero se haya adquirido o enajenado. Lo mismo será de aplicación en caso de negociación fuera de un mercado regulado salvo que la persona cuya responsabilidad se reclama no pudiera razonablemente prever la aplicación de tal ley.

2) Si del conjunto de las circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el apartado 1, se aplicará la ley de este otro país.

3) Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo al apartado 1, la obligación extracontractual se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.

4) Cuando el acto ilícito afecte a mercados en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta la demanda ante el tribunal del domicilio del demandado puede optar por basar la demanda en la legislación del foro, siempre que el instrumento financiero haya sido admitido a negociación en un mercado regulado de ese Estado miembro o haya sido ofrecido al público en éste.

5) Cuando un acto ilícito en el mercado de valores afecte exclusivamente a los intereses de un sujeto en particular, se aplicarán los arts. 4 y 14.

6) La ley aplicable con arreglo a los apartados 1 a 4 sólo podrá ser derogada mediante acuerdo posterior al hecho generador del daño.

La subcomisión propone asimismo la creación de un nuevo considerando núm. 20 a con el siguiente tenor:

Considerando 20.a) (nuevo):

El objetivo de una norma de conflicto para actos ilícitos cometidos en el mercado de valores es asegurar la protección de los inversores, el funcionamiento de los mercados de valores y la previsibilidad en la determinación de la ley aplicable. En el caso de negociación en un mercado regulado, esto se garantiza con la aplicación de la ley del país en cuyo mercado el instrumento haya sido admitido a negociación. No obstante, este criterio de conexión no proporciona una respuesta suficiente si los instrumentos han sido admitidos a negociación en varios mercados o se ha negociado fuera de mercados regulados. En ese caso, la ley del país en el que el instrumento se haya adquirido o enajenado debería ser aplicable. La «cláusula de escape» del apartado 2 del art. 6 a debería aplicarse, *inter alia*, si los hechos del caso presentan vínculos más estrechos con el Estado de origen del emisor. Tal podría ser el caso, por ejemplo, en relación con la responsabilidad derivada de una calificación errónea del emisor.

La subcomisión es partidaria de dejar el art. 17 del Reglamento Roma II tal y como está. Sin embargo, el considerando núm. 34 debería ser modificado. La nueva redacción sería la siguiente:

Considerando 34 (modificado):

Para obtener un equilibrio razonable entre las partes deben tenerse en cuenta, en la medida de lo posible, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el país en el cual el acto perjudicial se produjo, incluso cuando la obligación extracontractual esté regulada por la ley de otro país. Los términos «normas de seguridad y comportamiento» deben interpretarse como referidos a todas las normas relacionadas de algún modo con la seguridad y el comportamiento, incluyendo, por ejemplo, las normas de seguridad vial en caso de accidente o las normas del mercado de valores en caso de actos ilícitos en los mercados de valores. Para la determinación del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño, ha de tenerse en cuenta que éste no ha de coincidir necesariamente con el lugar donde el acto se cometió sino que puede tratarse de otro lugar como, por ejemplo, el lugar donde cierta información debió proporcionarse o la localización del mercado al que el acto o la información afecta.

La subcomisión considera necesario discutir nuevamente en detalle si una disposición comparable al art. 17 del Reglamento Roma II debe incluirse en el Reglamento Roma I, tomando en consideración las cuestiones adicionales que surgen en el ámbito del Derecho de los contratos».

7. La regla está inspirada en la norma de conflicto que se establece en el art. 6 del Reglamento en materia de ilícitos concurrentes. Se opta así por atender al mercado afectado y se descarta con ello la otra opción teórica, esto es, estar a la ley del emisor. Ello se justifica, como pone de manifiesto el nuevo considerando 20a que se propone, por la doble función que la responsabilidad civil desempeña en este ámbito. No solamente cumple una función compensatoria, y así individual, que exige que la solución sea previsible para las partes, sino que también desempeña una función supraindividual de protección del propio mercado, quizás no tan marcada como en el ámbito del Derecho de la competencia, pero que en cualquier caso debe también proyectarse sobre la elección del criterio de conexión.

8. De esta manera, el criterio de conexión principal por el que se ha optado es el mercado regulado donde se solicite la admisión a negociación del instrumento financiero en cuestión y, caso de haber varios, en aquel en el que se haya producido la adquisición/enajenación de éste. La misma regla se establece en el caso de que se trate de mercados no regulados, salvo que la aplicación de tal ley no fuera razonablemente previsible para la persona cuya responsabilidad se alega. La propuesta tiene en mente las adquisiciones en sistemas de negociación multilateral o adquisiciones *over the counter* u OTC en un Estado diferente de aquel donde están los valores admitidos a negociación, supuestos en que será habitual que el resultado no sea previsible para los sujetos responsables. Cabe la duda de si esa misma previsión es de aplicación en el caso de las adquisiciones realizadas en el mercado primario tras una OPV, por cuanto se utiliza la expresión «negociación» que parece hacer referencia en exclusiva a los mercados secundarios. En caso de respuesta negativa se haría necesario acudir en esos supuestos a la cláusula de cierre.

9. El criterio de conexión principal se acompaña, de un lado, de una cláusula de escape y de una cláusula de cierre, y, de otro lado, de una regla inspirada en el art. 6.3.b) del Reglamento. Adicionalmente se permite la elección de ley pero únicamente *ex post*.

En el caso de las cláusulas de escape y de cierre se establece la aplicación de la ley del país con el que el hecho dañoso presente vínculos manifiestamente más estrechos que, como aclara el nuevo considerando 20a, pueden darse con el país del emisor; p. ej., en casos de responsabilidad de una agencia de calificación por una calificación errónea del emisor.

Por lo que hace a la regla inspirada en el tenor del art. 6.3.b), se permite como en aquel caso que, cuando el acto ilícito afecte a mercados de más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta la demanda ante los tribunales del domicilio del demandado opte por basar la demanda en la legislación de tal Estado. Se exige para ello que el instrumento hubiera sido admitido a negociación en un mercado regulado de ese Estado u ofrecido allí al público los valores. La función fundamental que cumple esta previsión es diferente, sin embargo, de la que desempeña en el art. 6.3.b), pues lo que pretende es facilitar las acciones colectivas en un ámbito en el que resultan especialmente necesarias por cuanto, también a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Derecho de la competencia, las víctimas serán múltiples y los daños sufridos por cada una de ellas tendrán previsiblemente escasa cuantía.

10. Por último se establece una remisión a los arts. 4 y 14 del Reglamento cuando el acto ilícito afecte sólo a los intereses de una persona en particular; regla que es paralela a la previsión que realiza el art. 6.2 en materia de competencia desleal. Es difícilmente pensable que vaya a existir en el ámbito extracontractual un acto ilícito en el mercado de valores que afecte a los intereses de un sujeto en concreto. Más bien se tratará, en su caso, de supuestos en que haya una relación contractual entre las partes, por ejemplo entre un inversor y su intermediario, de forma que probablemente, de no tratarse de una obligación contractual, se enmarcaría en todo caso en el art. 12 del Reglamento relativo a la *culpa in contrahendo*.

11. En definitiva, la propuesta tiene en primer lugar la virtud de poner de relieve la existencia de una carencia grave en el Reglamento Roma II que en la actual coyuntura económica, en que es de prever que los litigios en esta materia puedan multiplicarse, resulta acuciante resolver. En segundo lugar, se trata de un punto de partida para la reforma del texto bien trabado, en el que se da una solución previsible para las partes y que además se compadece con los objetivos de política legislativa que el régimen sustantivo de responsabilidad civil pretende alcanzar.

Sara SÁNCHEZ FERNÁNDEZ  
Universidad Autónoma de Madrid