

Aunque la digitalización y modernización de la Administración es inevitable y no puede frenarse, debe hacerse de forma consciente y ofrecer una solución, ya sea mediante una asistencia telefónica o personal, o campañas de educación y formación de la población, para asegurar que esta modernización no deje al margen a ningún colectivo. Sin embargo, es evidente que la brecha digital que evidencia diferencias de clases y generaciones, es también difícil de salvar.

En un proyecto de modernización y digitalización, pocas veces se tiene en cuenta a las personas con pocos recursos o digitalmente poco activas. Es por ello que es necesario tomar consciencia y, adoptar soluciones, que deben ser a largo plazo. La capacitación y formación en tecnología de los ciudadanos, la democratización del acceso a la innovación y la conversión de esta en un derecho efectivo, deben ser los instrumentos en que la Administración debe invertir para conseguir su fin<sup>25</sup>.

La Administración debe incorporar en sus planes, medidas para personas sin recursos que son propiamente las que más acceso necesitan a las ayudas y programas que ofrece en nuestras instituciones. Es necesario incorporar esta visión social para ofrecer cobijo a los más vulnerables y que los trámites y procedimientos administrativos sean, verdaderamente accesibles para todos para hacer llegar a la sociedad, lo que verdaderamente debe representar la administración, una estructura creada para la protección de los intereses del ciudadano.

Un ejemplo claro de esta consideración es el Ayuntamiento de Lleida que desde diciembre del 2021 ha puesto en marcha el servicio "OAC 360", un servicio de asistencia de tramitación electrónica, gratuito que está orientado al ciudadano, y pretende acompañar y ayudar a la ciudadanía en la tramitación telemática. Puesto en marcha en diciembre del 2021 realizó más de 1.500 asistencias en sus seis primeras semanas de funcionamiento, datos que muestran lo necesario que es este acompañamiento humano en la era digital. Ahora, trámites como peticionar cita previa en un servicio municipal, dar de alta, cambiar o dar de baja en el padrón municipal, instalar el certificado digital, etc... son las consultas más realizadas en este servicio.

Este es un claro ejemplo de cómo la transformación de la administración se lleva a cabo teniendo en cuenta a toda la población. Capacitar a la ciudadanía, generando en ella autonomía y acercando a la población a la administración local es lo que este servicio está consiguiendo con la población leridana.

Es por ello que, digitalizar, avanzar y adaptarse, sí, pero sin perder la perspectiva de que, cuanto más queremos evolucionar, más debemos proteger al ciudadano que, por su condición, no puede hacerlo. Es por ello que podemos afirmar que la incorporación de las redes sociales en la estrategia comunicativa de las administraciones parece ser, a su vez que necesaria, problemática si no se adoptan medidas que permitan que aquellos digitalmente incompetentes, queden desconectados de la administración. Debemos asegurarnos que la conexión no genere más desconexión entre la sociedad y la administración.

25. ESTEBAN VALLÉS, N. *El posible efecto de las redes sociales como herramientas de comunicación de la Administración Pública*, Universidad Internacional de la Rioja (2021), pp. 86-fin. Extracción de una parte de la entrevista realizada al Sr. Navarro, Jefe de Sistemas CISO de la Diputación de Lleida.

## Relaciones transfronterizas y vulnerabilidad patrimonial\*

SALOMÉ ADROHER BIOSCA

DIEGO AGULLÓ AGULLÓ

Universidad Pontificia Comillas de Madrid – ICADE

### 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho internacional privado (DIPr.) regula las relaciones privadas con elementos de extranjería con la pretensión de procurar su continuidad transfronteriza y, por tanto, su seguridad jurídica. Pero esta última no siempre está garantizada, y ello puede producir vulnerabilidad personal o patrimonial por diversas razones<sup>1</sup>.

Una de estas razones o causas tiene que ver con la diversidad o pluralidad de los sistemas jurídicos, tanto en su vertiente positiva como de DIPr., ya sea de carácter estatal, europeo o convencional. Esta relatividad de los ordenamientos jurídicos implica relatividad y diversidad en las respuestas jurídicas a un mismo problema según las autoridades estatales ante las que se plantee, las cuales aplican exclusivamente su propio sistema de DIPr<sup>2</sup>.

Otra de las razones se encuadra en el diverso nivel de protección que el Derecho sustantivo y el DIPr. otorgan a situaciones en las que existe una parte débil. No

\* Salomé Adroher Biosca ha realizado el trabajo en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos", IIPP Mª Victoria Mayor del Hoyo y Sofía de Salas Murillo.

1. Interesa mencionar aquí la perspectiva de MUIR WATT en relación con la "privatización" del Derecho internacional y su pérdida de eficacia para proporcionar un mayor bienestar social: "to a large extent, 'privatising' international law meant reducing its status –like that of classical private law– to the merely facilitative. Used to enable but not to discipline, it was prevented from identifying and regulating private economic power, which it was complicit in unleashing from public constraints. By taking the 'private' seriously, its participation in the politics of international law could ensure that interests beyond the state-of which some require tethering while others strive for recognition-work towards the planetary good". MUIR WATT, Horatia, "Private International Law beyond the Schism", *Transnational Legal Theory*, vol. 2, núm. 3, 2011, p. 427.

2. FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO argumentan que "este pluralismo, como es lógico, presenta como resultado la eventual contradicción entre dos o más ordenamientos jurídicos respecto a un mismo hecho, acto, relación o situación jurídica". FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2001, p. 25.

siempre las normas de DIPr. incorporan los principios y valores del Derecho material, protegiendo adecuadamente a la parte más débil de la relación jurídica<sup>3</sup>. Por otro lado, podemos considerar, en sí, el elemento de extranjería como generador de vulnerabilidad. Entre los colectivos considerados vulnerables en la doctrina de los derechos humanos se encuentran los extranjeros, y estos son, por definición, los sujetos del DIPr<sup>4</sup>.

En este trabajo, se analizarán algunos casos jurisprudenciales, en diversos sectores del Derecho, referidos a los cuatro pilares fundamentales del DIPr—competencia judicial internacional (CJI), ley aplicable, cooperación internacional entre autoridades y reconocimiento y ejecución de documentos extranjeros— que ponen de relieve algunas de las limitaciones apuntadas. Además de los extranjeros arriba mencionados, en los ejemplos que se eligen en este estudio, aparecen otros colectivos que pueden ser vulnerables como partes débiles en las relaciones jurídicas: consumidores, herederos, personas con discapacidad y mujeres<sup>5</sup>.

## 2. VULNERABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Las normas de CJI tanto estatales, como convencionales o europeas, determinan el ámbito de competencia de los tribunales estatales habitualmente con criterios amplios para garantizar la tutela judicial efectiva. Esta amplitud genera que, con frecuencia, en casos de relaciones jurídicas transfronterizas, sean competentes los tribunales de varios Estados con las que la relación jurídica presenta cierta conexión<sup>6</sup>.

3. El interés de la Unión Europea en desarrollar normas de protección, en particular, de los consumidores ha sido incluso calificado por DALHUISEN como probablemente excesivo. Lo cierto es que las instituciones de la Unión no hacen más que reafirmar su compromiso con el desarrollo de paquetes legislativos dirigidos a proteger, cada vez más, a la parte más débil de la relación contractual. DALHUISEN, Jan H., *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland, Hart Publishing, 2004, p. 269. Sin embargo, como veremos a lo largo de este trabajo, la protección en el Derecho sustantivo no siempre tiene su reflejo en el ámbito de las relaciones transfronterizas ni en las normas que se encargan de regular aquéllas.
4. MOROCHOVIC, Tomas, "The weight of vulnerability: A comparative analysis of the significance of particular vulnerability attributes under ECtHR jurisprudence in situations of extreme vulnerability concerning migrants", *Exeter Law Review*, vol. 44, pp. 90 y ss.
5. ZUPAN y PORETTI explican que "first, vulnerability is attributed to the lack of information or information asymmetries between parties, especially consumers, employees, (mass) insurance policy-holders or beneficiaries. Namely, the cost of acquiring information is much higher than its benefit. As economically or socially dependent parties maintenance creditors, especially minors and employees are also perceived as weaker parties. This is emphasized in situation where a maintenance creditor is a minor and the debtor is his family member. Finally, mental or intellectual disadvantage may also be considered to be a source of vulnerability". ZUPAN, Mirela y PORETTI, Paula, "Concentration of jurisdiction – Is Functionality of Judiciary becoming an Obstacle to Access to Justice?", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 3, 2019, pp. 316-317.
6. Es lo que comúnmente se conoce como *forum shopping*. Vid. in extenso FERRARI, Franco, "Forum Shopping Despite International Uniform Contract Law Conventions", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, núm. 3, 2002, pp. 689-708. K. JUENGER, Friedrich, "Forum Shopping, Domestic and International," *Tulane Law Review*, vol. 63, núm. 3, 1988-1989, pp. 553-574.

En ocasiones, incluso, las normas de algunos Estados contienen foros exorbitantes que atribuyen CJI a sus tribunales sin apenas vinculación con ellos. Esta circunstancia genera que el particular pueda ser demandado ante los tribunales de diversos países del mundo, con la inseguridad jurídica y vulnerabilidad consiguiente<sup>7</sup>.

La posibilidad de que los tribunales de varios Estados sean competentes ante un mismo asunto, genera con frecuencia que se inicien procedimientos judiciales paralelos en diversos países. Las reglas imperativas de la litispendencia internacional operan en el ámbito europeo, pero fuera de él son facultativas y sujetas a la discrecionalidad judicial, lo cual coloca a los particulares en situación de inseguridad jurídica y vulnerabilidad<sup>8</sup>.

Las normas estatales, convencionales o europeas de CJI contienen foros de protección, cuya finalidad es acercar la justicia al más débil. Son cuatro los colectivos generalmente protegidos: trabajadores, asegurados, consumidores y menores. Sin embargo, estas normas de CJI no han incorporado siempre los estándares de protección previstos en el Derecho sustantivo correspondiente. Ello, como ya hemos avanzado, puede generar situaciones de vulnerabilidad<sup>9</sup>.

Un ejemplo de vulnerabilidad en materia de competencia judicial internacional que afecta a uno de estos colectivos protegidos es el de las *class actions*, acciones colectivas o, según la nomenclatura utilizada por la recientemente promulgada Directiva 2020/1828, acciones de representación en interés de los consumidores<sup>10</sup>. Por un lado, el legislador europeo no cesa, con mayor o menor acierto, en impulsar este instrumento como mecanismo de protección de los consumidores, cuyo último hito

7. Vid. in extenso CLERMONT, Kevin M. y PALMER, John R. B., "Exorbitant Jurisdiction", *Maine Law Review*, vol. 58, núm. 2, 2006, pp. 474-507. HALPERN, Joseph, "Exorbitant Jurisdiction and the Brussels Convention: Toward a Theory of Restraint", *Yale Journal of World Public Order*, vol. 9, núm. 2, 1983, pp. 369-388.
8. MACLACHLAN, Campbell, "Lis Pendens in International Litigation", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 336, 2008, pp. 199-208.
9. Con cita de PERTEGÁS SENDER, LAMONT indica que "(...) there are weaker parties whose ability to make choices may be compromised by the power relations existing within the family structure, high-lighting the position of children in particular. Although the EU has protected the position of weaker commercial parties, such as consumers in the context of commercial private international law, 9 this has to be a serious concern in the family context. It requires an understanding of the power relations that may exist within the family structure and an examination of how to address these issues in the interests of the parties. Adopting and adapting concepts which have been in use in national systems may not be straightforward or appropriate, and the EU itself has to question the context in which it utilises tools and methods of private international law". LAMONT, Ruth, "Evaluating European Values: The EU's Approach to European Private International Law", *Journal of Private International Law*, vol. 5, núm. 2, 2009, p. 378.
10. Los términos "acción colectiva", "recurso colectivo", "acción de grupo", "acción de clase", "acción multiparte" o "acción en masa", entre otros, se utilizan—en ocasiones de manera indistinta e intercambiable— para referirse al mecanismo procesal de tutela colectiva, lo que provoca cierta confusión terminológica. La reciente Directiva 1828/2020 se refiere a "acciones de representación". SANDE MAYO explica que "el estudio de las acciones colectivas y, como paso previo, el de las situaciones de ventaja que a su través pretenden protegerse (...) genera en quien se acerca a ellas por vez primera, una situación de inquietud e inseguridad, motivada en gran medida por el uso asistemático de expresiones y conceptos (...)". SANDE MAYO, María Jesús, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 25 y 26.

legislativo se cristaliza en la citada Directiva<sup>11</sup>. Sin embargo, por otro lado, en situaciones transfronterizas, las normas de competencia judicial internacional, no adaptadas a estas situaciones de tutela colectiva de consumidores, frenan la utilización y desarrollo de las acciones de representación en interés de los consumidores, generando o, al menos, favoreciendo la perpetuación de la vulnerabilidad mencionada.

Traemos a colación en este sentido la STJUE de 25 de enero de 2018 (C-498/16) (*Schrems*): el sr. Schrems es un ciudadano austríaco, domiciliado en Viena, que es usuario de Facebook desde 2008 y, además, un conocido activista que ha ejercitado ante distintos órganos y en distintas jurisdicciones multitud de reclamaciones contra Facebook y ha constituido, además, una asociación a través de la cual canalizar todo ese activismo<sup>12</sup>.

En el asunto concreto que nos ocupa, el Sr. Schrems consiguió que otros usuarios de Facebook, con domicilio en distintos Estados Miembros de la Unión Europea o incluso fuera de la Unión Europea, le cedieran sus derechos de crédito contra la red social para que el Sr. Schrems ejercitara, junto con su propia acción judicial derivada de su derecho de crédito, las acciones de todos los cedentes<sup>13</sup>. En este sentido, el Sr. Schrems formuló, ante el Tribunal Regional Civil de Viena, Austria, lugar de su domicilio, una “demanda colectiva”, derivada de una cesión de créditos, contra Facebook basándose en el foro del domicilio del consumidor previsto en la Sección 4 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 44/2001)<sup>14</sup>: la acción entablada por un consumi-

dor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor. El tribunal austríaco interpuso cuestión prejudicial ante el TJUE preguntando si debía considerarse al Sr. Schrems consumidor dado que, si bien inicialmente sí que utilizaba la red social con fines privados, después la acabó usando para vender sus libros e impulsar su activismo. También se pregunta si el Sr. Schrems puede hacer uso del foro de protección del consumidor (Sección 4 Reglamento 44/2001) para ejercitar su acción y la de los demás cedentes contra la red social Facebook.

El TJUE concluyó que el Sr. Schrems debe seguir siendo considerado consumidor<sup>15</sup>; pero determinó que la Sección 4 del Reglamento 44/2001 no se aplica a la acción de un consumidor con la que pretende ejercer ante el tribunal del lugar en el que está domiciliado no solo sus propios derechos, sino también derechos cedidos por otros consumidores domiciliados en el mismo Estado miembro, en otros Estados miembros o en terceros Estados.

En otros casos similares, que no idénticos, el TJUE también ha rechazado la aplicación del foro de protección del consumidor: en el asunto *Henkel* (STJUE de 1 de octubre de 2002 (C-167/00)) fue una asociación de consumidores la que ejercitó la acción en interés de los consumidores y usuarios afectados; y en el asunto *Shearman Lehman Hutton* (STJUE de 19 de enero de 1993 (C-89/91)), similar a *Schrems*, una persona jurídica fue cesionaria de derechos de un grupo de consumidores<sup>16</sup>.

11. Sobre la Directiva 2020/1828, *vid. in extenso* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 1290-1323. RIELANDER, Frederick, “Aligning the Brussels regime with the representative actions directive”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 71, no. 1, enero, 2022, pp. 107-138.

12. STJUE de 25 de enero de 2018 (C-498/16) *Schrems*, párr. 12.

13. STJUE de 25 de enero de 2018 (C-498/16) *Schrems*, párr. 2 y 16. Lo acontecido en el asunto *Schrems* se podría asimilar a lo que en el ordenamiento español conocemos como “cesión de créditos con fines de cobro”. PANTALEÓN PRIETO explica que cuando lo que se pretende es ceder el crédito con la función económica de cobrar como causa del contrato de cesión, nos encontramos ante una cesión de créditos con función de cobro. Este autor precisa que “si la función económica que las partes quieren conseguir con la «cesión» es la gestión de cobro del crédito en cuestión, por más que manifesten su concordé voluntad de que, a los efectos de terceros, se transmita plenamente de uno a la otra la titularidad del derecho de crédito, tal transmisión no se producirá. El «cedente» seguirá siendo a todos los efectos el único y verdadero acreedor. La «cesión» no producirá otra consecuencia jurídica que la de legitimar al «cesionario» para hacer valer el crédito, para exigir al deudor la prestación en nombre propio”. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Cesión de créditos”, *Anuario de derecho civil*, vol. 41, núm. 4, 1988, p. 1039.

14. El Abogado General BOBEK, en sus Conclusiones de 14 de noviembre de 2017 en el asunto *Schrems*, refiere que “lo que se entiende por acción colectiva puede, por supuesto, variar en función de la definición precisa que se haya adoptado. Sin embargo, debo admitir que, al examinar con detenimiento el texto y la aplicación de la disposición nacional controvertida en el caso de autos –en concreto, el artículo 227 de la ZPO–, me cuesta referirme a dicha disposición como un instrumento de «acción colectiva», sin duda alguna en lo que concierne a las normas sobre competencia territorial”. Conclusiones del Abogado General Michael BOBEK presentadas el 14 de noviembre de 2017 (C-498/16) *Schrems*, párr. 69. A nuestro juicio una acción de representación se diferencia

de cualquier otra figura afín similar (e.g. cesión múltiple de créditos) en el elemento de representatividad: la entidad legitimada debe ejercitar la acción en interés de los consumidores y los representa, no debiendo tener la primera un interés propio ni ánimo de lucro en el pleito.

15. El TJUE determinó que “una interpretación del concepto de «consumidor» que excluyese tales actividades equivaldría a impedir una defensa efectiva de los derechos que tienen los consumidores frente a sus cocontratantes profesionales, incluidos los relativos a la protección de sus datos personales. Tal interpretación no tendría en cuenta el objetivo formulado en el artículo 169 TFUE, apartado 1, de promover su derecho a organizarse para salvaguardar sus intereses”. STJUE de 25 de enero de 2018 (C-498/16) *Schrems*, párr. 40. Sobre esta decisión judicial, CALVO CARAVACA explica que supone un cambio de doctrina jurisprudencial del TJUE con respecto del asunto *Gruber* (STJUE de 20 de enero de 2005 (C-464/01)) de tal manera que, si bien se ha entendido que el concepto de consumidor es, teóricamente, de naturaleza restrictiva, el TJUE, ahora, lo ha ampliado a casos en los que el individuo ha empezado a actuar como profesional de una manera manifiesta, pública y conspicua (la traducción es nuestra). CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, “Consumer contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest Trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 95.

16. JIMÉNEZ BLANCO razona que el asunto *Shearson Lehman Hutton* y el asunto *Henkel* parten de supuestos de hecho distintos y que, por tanto, se hace una incorrecta transposición de la doctrina *Shearson Lehman Hutton* en el asunto *Henkel* por parte del TJUE. En *Shearson Lehman Hutton*, una persona jurídica ejercita la acción por virtud de una cesión de derechos en su favor realizada por un grupo de consumidores. Actúa, por tanto, en su propio interés como nueva titular de los derechos que ha adquirido por cesión. Sin embargo, en *Henkel*, no se produce ninguna cesión de derechos, sino que la asociación de consumidores, por virtud de su legitimación activa extraordinaria por representación actúa en interés de un grupo de consumidores y no en su propio interés. En el caso *Henkel*, la asociación de consumidores ejercita la acción en interés de los consumidores. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores en el Convenio de Bruselas”, *Diario la Ley. Sección Unión Europea*, 2003, pp. 2-3.

En todos estos casos –y en otros relacionados–, en esencia, el TJUE interpreta que el foro de protección del consumidor en el Reglamento 44/2001 y en su sucesor, el actual Reglamento 1215/2012, está pensado para la litigación estrictamente individual y que no se aplica a las acciones de representación en beneficio de los consumidores, en cualquiera de sus formas por varias razones<sup>17</sup>: porque una asociación de consumidores es una persona jurídica y las personas jurídicas no pueden hacer uso del foro de protección<sup>18</sup>; porque la entidad que representa a los consumidores no forma parte del contrato original de consumo del que se deriva la disputa, atendiéndose a la situación procesal y no a la situación material que sirve de base a la demanda<sup>19</sup>; y porque la Sección 4 del Reglamento 44/2001 es una excepción a la regla general del art. 4 y, en consecuencia, debe interpretarse restrictivamente, teniendo en cuenta que con la acción colectiva se produce un reequilibrio de poder consumidores-empresario<sup>20</sup>.

17. PAREDES PÉREZ señala que la jurisprudencia del TJUE ha manifestado que la Sección 4 del Reglamento 215/2012 tiene una “naturaleza intuitu personae” y que, en consecuencia, quedan excluidas de su esfera de aplicación las acciones colectivas de grupo y las acciones de representación conjunta. PAREDES PÉREZ, José Ignacio, “La noción de consumidor a efectos de la aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18: Petruchová”, *La Ley Unión Europea*, núm. 73, 2019, p. 5.

18. En *Henkel*, el TJUE manifestó que “no puede reconocerse la calidad de consumidor, en el sentido del Convenio de Bruselas, a una persona jurídica que actúa como cesionario de los derechos de un consumidor final privado, sin ser parte ella misma en un contrato entre un profesional y un particular, por lo que no puede invocar los artículos 13 a 15 del Convenio. Pues bien, esta interpretación debe aplicarse asimismo a una asociación para la protección de los consumidores como el VKI, que ha ejercitado una acción de interés colectivo por cuenta de éstos”. STJUE de 1 de octubre de 2002 (C-167/00) *Henkel*, párr. 33. TZAKAS afirma que el TJUE entiende que la asociación de consumidores o entidad análoga que ejercita la colectiva no tiene la consideración de consumidor. Sin embargo, podemos considerar que el TJUE utiliza un fundamento doble: por un lado, parece exigir que el consumidor sea una persona física y no jurídica, y, por otro lado, que sea parte en el contrato del que surge la controversia. TZAKAS, Dimitrios-Panagiotis L., “International Litigation and Competition Law: the Case of Collective Redress”, en BASEDOW, Jurgen, FRANCQ, Stéphanie, y IDOT, Laurence (eds.), *International antitrust litigation. Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart, 2011, p. 184.

19. En *Henkel*, el TJUE manifestó: “pues bien, en una situación como la del litigio principal, la asociación para la protección de los consumidores y el comerciante no están unidos por ninguna relación de carácter contractual. Es cierto que el comerciante puede haber celebrado ya contratos con determinados consumidores. Sin embargo, tanto si la acción judicial es consecuencia de un contrato que ya ha sido celebrado entre el comerciante y el consumidor como si dicha acción reviste un carácter meramente preventivo tendente únicamente a evitar que se produzca un daño futuro, la asociación para la protección de los consumidores, que ha tomado la iniciativa del ejercicio de dicha acción, no será en ningún caso parte en el contrato (...)”. STJUE de 1 de octubre de 2002 (C-167/00) *Henkel*, párr. 38 y 39. El TJUE lleva a cabo interpretación estricta del principio de relatividad de los contratos. ARENAS GARCÍA, Rafael, “La distinción entre obligaciones contractuales y extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. VI, 2006, p. 401.

20. El TJUE dispuso que “en el sistema del Convenio, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado contratante en cuyo territorio el demandado tiene su domicilio, constituye efectivamente el principio general y sólo como excepción a este principio el Convenio prevé determinados casos, enumerados de forma taxativa, en los que la acción judicial contra el demandado puede o debe entablarse, según proceda, ante un órgano

Así, el TJUE tampoco permite la utilización del foro especial por razón de la materia contractual del art. 7.1 del Reglamento 44/2001 y sólo contempla la utilización del foro general del art. 4 y, en algunos casos, el foro especial por razón de la materia extracontractual.

A nuestro juicio, el Sistema de Bruselas admite una interpretación alternativa a la adoptada por el TJUE: cabría permitir el uso del foro de protección de los consumidores cuando la demanda pretenda la protección de los intereses de éstos últimos, ya sea la acción de reparación, de cesación o meramente preventiva, y no se trate de una acción derivada de una cesión de créditos o se ejercite la acción con la intención de beneficiar a individuos distintos de los consumidores. En otras palabras: podríamos interpretar que debe permitirse que una asociación de consumidores o entidad análoga ejercite la acción de representación ante los tribunales del domicilio de los consumidores, que coincidirá con el domicilio de los consumidores representados, siempre que la acción busque la protección de los consumidores, sin atender tanto a la situación procesal sino a la situación jurídica que sirve de base a la demanda, permitiendo que ciertas personas jurídicas sin ánimo de lucro utilicen el foro de protección

jurisdiccional de otro Estado contratante. En consecuencia, las reglas de competencia que constituyen excepciones a este principio general no pueden dar lugar a una interpretación que vaya más allá de los supuestos contemplados por el Convenio (...). STJUE de 5 de febrero de 2004 (C-265/02) *Frahuil*, párr. 23. En este mismo sentido se pronunció previamente la STJUE de 3 de julio de 1997 (C-269/95) *Benicasa*, párr. 13. También en la STJUE de 19 de enero de 1993 (C-89/91) *Shearson Lehman Hutton*, párr. 16 se precisa que “las reglas de competencia que constituyen excepciones a este principio general no pueden dar lugar a una interpretación que vaya más allá de los supuestos contemplados por el Convenio”. En la STJUE de 17 de junio de 1992 (C-26/91) *Jakob Handte*, párr. 14 se recogió que “de este modo, las reglas de competencia especiales o exclusivas y las relativas a la prórroga de la competencia constituyen excepciones al principio general de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado contratante en cuyo territorio esté domiciliado el demandado, como lo establece el párrafo primero del artículo 2. El carácter de principio general que reviste esta regla de competencia se explica por el hecho de que, en principio, permite al demandado defenderse más fácilmente. En consecuencia, las reglas de competencia que constituyen excepciones a este principio general no pueden dar lugar a una interpretación que vaya más allá de los supuestos contemplados por el Convenio”. DANOV apuesta por una interpretación más amplia, pero reconoce, en línea con la jurisprudencia del TJUE, que el foro especial de la Sección 4 del Reglamento 1215/2012 no ha de aplicarse, por tanto, de manera expansiva a situaciones jurídicas que no son un contrato celebrado con un consumidor. DANOV, Mihail: “The Brussels I Regulation: Cross-border collective redress proceedings and judgements”, *Journal of Private International Law*, 2010, p. 373. AUDIT explica que los foros de protección “*formulent des règles particulières à certaines matières, dans lesquelles une partie est réputée plus faible et appelle de ce fait une protection contre le risque de devoir plaider devant un for éloigné*”. AUDIT razona que “*la finalité de protection d'une partie en état d'infériorité économique commande pour le reste la délimitation du champ d'application des dispositions protectrices*”. AUDIT, Bernard, (avec le concours de D'AVOUT, Louis), *Droit International Privé*, París, Economica, 2010 p. 477. KESSEDJIAN explica que “*l'égalité des armes entre les plaideurs, telle que comprise par la Cour européenne des Droits de l'Homme en vertu de l'article 6.1 de la convention européenne des Droits de l'Homme, est rétablie du simple fait que le consommateur se regroupe avec d'autres pour intenter l'action. Une compétence de protection, à notre avis, ne se justifie plus*”. KESSEDJIAN, Catherine, “L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 2, 1997, p. 289.

y no realizando una interpretación tan restrictiva de la Sección 4 del Reglamento 1215/2012 cuando se trata de acciones de representación<sup>21</sup>.

No obstante, dada esta interpretación del TJUE, en la que no se prevé cambio jurisprudencial, en la posible reforma del Reglamento 1215/2012 debería incluirse un foro sobre acciones de representación para que la legislación europea en materia de DIPr. sea coherente con la Directiva europea 2020/1828, cuyo objeto es garantizar que en todos los Estados miembros los consumidores dispongan, de al menos un mecanismo procesal efectivo y eficiente de acciones de representación para obtener medidas de cesación y medidas resarcitorias. La existencia de este mecanismo potenciaría la confianza de los consumidores y los capacitaría para ejercitar sus derechos, contribuiría a una competencia más leal y crearía unas condiciones de competencia equitativas para los empresarios que ejercen su actividad en el mercado interior<sup>22</sup>. Este nuevo foro podría contemplar el ejercicio de la acción de representación ante los tribunales del lugar del domicilio de la asociación o entidad análoga legitimada, siempre que tal domicilio coincida con el de los consumidores, quedando disponible la regla general del art. 4 del Reglamento 1215/2012 para el caso de que los consumidores se hallen dispersados por distintos Estados<sup>23</sup>.

Las acciones de representación permiten un mejor acceso a la justicia al consumidor que no litiga por sí mismo y especialmente cuando se trata de pleitos transfronterizos. Si el Derecho sustantivo promueve la acción de representación, pero las normas de DIPr. impiden que el consumidor "colectivo" pueda litigar en el lugar de su domicilio, la viabilidad de la acción de representación queda en entredicho. Especialmente cuando las entidades habilitadas para el ejercicio de este tipo de acciones se ven obligadas a litigar en otras jurisdicciones, cuyo Derecho procesal les es ajeno y siendo los pleitos colectivos especialmente problemáticos y complejos.

21. Decimos que la asociación de consumidores o entidad análoga legitimada ejercitará la acción de representación ante los tribunales del lugar de su domicilio, que deberá coincidir con el domicilio de los consumidores perjudicados ya que si los consumidores están domiciliados en otros Estados no podrían estar representados por esa acción de representación ejercitada en ese primer Estado. Ello se explica porque se estarían incumpliendo con el principio de protección de precisamente busca la Sección 4 del Reglamento 1215/2012. GONZÁLEZ BEILFUSS y ANOVEROS TERRADAS explican que una concentración de la competencia judicial internacional en un único foro generaría discriminación entre consumidores. Las autoras recuerdan que hay que diferenciar el criterio seguido para el establecimiento del foro de protección de consumidores que de los foros especiales en materia contractual del art. 7.1 del Reglamento 1215/2012. En el foro especial de protección el criterio es, precisamente, la protección de los consumidores por lo que se entiende que éstos estarán más protegidos si tienen la posibilidad de demandar ante los tribunales de su domicilio. Sin embargo, el foro especial en materia contractual o extracontractual tiene su razón de ser en un criterio de proximidad; el tribunal que se estime más próximo al contrato. GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina y ANOVEROS TERRADAS, Beatriz, "Compensatory Collective Redress and The Brussels I Regulation (Recast)", en NUYTS, Arnaud, y HATZIMIHAIL, Nikitas E., *Cross-Border Class Actions. The European Way*, Múnich, Sellier, 2014, p. 254.

22. Directiva 1828/2020, considerando 7.

23. Sobre la posible reforma del Reglamento 1215/2012, *vid.* HESS, Burkhard, "La reforma del Reglamento Bruselas I bis. Posibilidades y perspectivas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, pp. 15 y 16.

### 3. VULNERABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO APLICABLE

La diversidad de normas de Derecho aplicable genera relaciones claudicantes: relaciones o situaciones jurídicas que gozan de plena validez en un sistema jurídico y que son nulas o inexistentes en otro, o bien que tienen diversa regulación en los distintos sistemas jurídicos conectados con ellas. Su existencia genera inseguridad jurídica y en muchos casos vulnerabilidad, inseguridad y consiguiente vulnerabilidad que también pueden desencadenarse por una resolución inadecuada de problemas en su aplicación, tales como la armonización, el reenvío o el orden público.

Por otra parte, estas normas, tanto las de origen estatal, como las convencionales o europeas, responden, genéricamente al interés de localizar la relación jurídica en el Derecho más estrechamente conectado con ella, pero también a otros intereses en juego, entre los que destacan los intereses materiales propios de los ordenamientos jurídicos sustantivos. En particular, en las normas europeas, y también convencionales y estatales más recientes, se advierte una creciente incorporación de la autonomía de la voluntad conflictual como primer criterio de conexión, que permite a las partes elegir el Derecho aplicable, incluso en ámbitos tradicionalmente ajenos a la misma como son el Derecho de familia y de sucesiones<sup>24</sup>, como expresión del decidido avance de dicha autonomía en los Derechos sustantivos.

En efecto; si se extiende, cada vez con más fuerza, la autonomía de la voluntad en el Derecho de sucesiones comparado, ganando adeptos la libertad de testar como criterio fundamental<sup>25</sup>, de igual modo la autonomía de la voluntad conflictual se consolida como norma de DIPr. en la materia<sup>26</sup>, si bien con limitaciones. Es el caso del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo<sup>27</sup>, que elige como primer criterio de conexión la autonomía de la voluntad del

24. PFEIFFER, Magdalena, "Choice of law in international family and succession law". *The Lawyer Quarterly* 4/2012, p. 291; KRUGER, Talia. "Rome III and Parties Choice" *Family & Law*, January 2014, p. 11; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. "Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de la familia", *Revista española de Derecho internacional*, vol. 72, 2020, 1, pp. 101-115; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. "The role of party autonomy in pursuing coordination", en VIARENGO, Ilaria, VILLALTA, Francesca (Eds), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, Bloomsbury Publishing, 2020, pp. 243-258; ADROHER BIOSCA, Salomé "Elección de Ley aplicable al estatuto personal en el Derecho internacional privado europeo: un análisis desde la práctica española", en SALINAS DE FRIAS, Ana María y MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique José. (Dir.), *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales: desafíos para la seguridad, la sostenibilidad y el Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 117-136.

25. PEREZ RAMOS, Carlos, "La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar", *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI: cuestiones actuales y soluciones de futuro*. AGUILAR RUIZ, Leonor ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, Madrid Dykinson, 2014, pp. 107-125.

26. FONTANELLES MORELLA, José María "Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión". *Cuadernos de Derecho transnacional*, Octubre 2018, Vol. 10, N.º 2, pp. 377.

27. DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012, que, al igual que el Reglamento de alimentos, adopta como regla general la residencia habitual, si bien primará sobre ella la elegida por el causante si es la de su nacionalidad.

causante para determinar la ley aplicable en materia sucesoria, limitando la elección a la ley nacional del causante en el momento de otorgar testamento o en el momento del fallecimiento. Esta conexión tiene antecedentes en algún sistema estatal de DIPr. (Derechos suizo, estonio, finlandés, alemán, holandés, belga, italiano, o búlgaro), y en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las sucesiones por causa de muerte. Sin embargo, para una parte importante de sistemas de DIPr. de países europeos, como es el caso de España, es una “auténtica novedad que rompe de forma tajante con su tradición jurídica”<sup>28</sup>. Efectivamente; el art. 9.8 del Código civil, cuya aplicación ha quedado eclipsada por el Reglamento, determina la aplicación de la ley nacional del causante a su sucesión con independencia del país en el que resida y de aquel en el que se encuentren los bienes.

Como hemos señalado en otro trabajo<sup>29</sup>, esta regla en materia sucesoria responde tanto al interés del causante (al dejar en sus manos la determinación de la ley con la que se siente más vinculado o identificado, permitiéndole saber con antelación el ordenamiento que regulará su sucesión, facilitándole de este modo la organización de la misma y la toma de decisiones patrimoniales hasta su muerte), como al del tráfico jurídico (al aportar seguridad y previsibilidad sobre el Derecho aplicable a toda la sucesión, armonía internacional e interna de soluciones y una mayor expectativa de reconocimiento de las decisiones)<sup>30</sup>. Además, alinea *forum* y *ius* en la materia<sup>31</sup>, garantiza la unidad de la sucesión<sup>32</sup> y contribuye, en definitiva, a la construcción del Espacio Judicial Europeo<sup>33</sup>.

El Reglamento ya está siendo aplicado en notarías y en juzgados dado que en virtud de sus normas transitorias, se aplica a las sucesiones de causantes fallecidos con posterioridad a 17 de agosto de 2015<sup>34</sup>. Con independencia de las críticas doctrinales referidas a la interpretación flexible en la forma de realizar la *professio iuris* tácita que postula la DGRN<sup>35</sup>, la cuestión en la que queremos centrarnos es en la exclusión del reenvío en estos casos, tal y como recoge el propio Reglamento, debido a que la autonomía de la voluntad quedaría desvirtuada de aplicarse este mecanismo<sup>36</sup>.

28. PALAO MORENO, Guillermo, “La elección de la ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Derecho internacional privado europeo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVII, Número 269, Septiembre-Diciembre 2017, p. 61.

29. ADROHER BIOSCA, Salomé “Elección de Ley aplicable al estatuto personal...” *op. cit.*

30. FONTANELLES MORELL, José María. *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

31. PALAO, Guillermo, *op. cit.* p. 67.

32. DE LA FUENTE SÁNCHEZ, Raúl, “Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2013, Vol. 5, n.º 2, p. 354.

33. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. “Ventajas e inconvenientes de la *professio iuris* en el Reglamento Europeo Sucesorio 650/2012”. *Revista crítica de Derecho inmobiliario* 2018, p. 1376.

34. GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. “El ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones” en GINEBRA MOLINS, María Esperanza, TARABAL BOSCH, Jaime (Dir.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas Madrid*, Marcial Pons, 2016 p. 55 y ss.

35. Resoluciones de la DGRN núm. 7026/2016 de 15 junio, y núm. 3893/2018 de 2 marzo 2018 (RJ 2018, 1195).

36. Resoluciones núm. 7817/2016 de 4 julio 2016 (RJ 2016, 4990) y núm. 3893/2018 de 2 marzo 2018. Como se ha señalado (RODRÍGUEZ RODRIGO, Jaime, “Problemas de

Esta lógica no ha sido incorporada por parte del Tribunal Supremo (TS) en casos de reenvío relativamente recientes, a los que todavía no era aplicable el Reglamento, pero en los cuales, igualmente, la voluntad del causante quedaba desvirtuada y en los que como efecto indirecto se genera un “testamento claudicante”. El ejemplo elegido es el resuelto por la Sentencia núm. 18/2019 de 15 enero<sup>37</sup>. Un británico y residente en España, falleció en Algeciras en 2011, bajo testamento otorgado ante notario en el que instituyó heredera en todos sus bienes muebles e inmuebles radicados en España a su esposa, con la que se había casado en 2003. En 2013 un hijo del causante, fruto de un matrimonio anterior, interpuso demanda por la que solicitó que se le declarase legitimario reduciéndose la institución de heredera del testamento en la parte que perjudique a su legítima. Argumentó que de acuerdo con el art. 9.8 CC, es aplicable la ley inglesa, como ley nacional del causante, pero de acuerdo con las normas de conflicto inglesas se produce un reenvío al Derecho español por tener el causante domicilio en España y estar sus bienes inmuebles en España. Si bien en primera instancia y en apelación se rechazó la aplicación del reenvío y se consideró aplicable el Derecho inglés, y en consecuencia en virtud del principio de libertad absoluta de testar previsto en este Derecho se consideró válido el testamento, el TS acepta el reenvío, aplica Derecho común español, y por tanto considera legitimario al hijo<sup>38</sup>.

La aplicación del reenvío en España responde a un confuso art. 12.2 del CC que señala: “La remisión hecha al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española”.

A partir del caso “Maryland” (STS 15 de noviembre de 1996<sup>39</sup>) El TS consideró que el reenvío en Derecho español es facultativo para el juez, y son cinco los elementos a tener en cuenta para aceptarlo o no: armonía de soluciones producida en cada caso, orientación material de la norma de conflicto española y su posible vulneración; aplicación del sistema jurídico que conduzca a un resultado más “justo” (reenvío materialmente orientado), aplicación del sistema jurídico más próximo a la situación enjuiciada y respeto a la autonomía de la voluntad<sup>40</sup>. En gran parte de los casos, cuando había sucesión testada, el criterio de la autonomía de la voluntad ha sido determinante y por tanto no se aceptaba el reenvío para no desvirtuarla. Sin embargo, a raíz de la sentencia del TS de 23 de septiembre de 2002 (en la que la regla se excepcionó al existir una tercera hija nacida posteriormente al testamento que

aplicación regulados en el Reglamento sucesorio europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2019, Vol. 11, n.º 1, pp. 498-526) “es natural entender que no puede operar el reenvío, ya que, de no ser así, se estaría defraudando la voluntad del difunto quien, al elegir un determinado Derecho, se debe presumir razonablemente que está escogiendo el Derecho material y no sus normas de conflicto”.

37. ECLI:ECLI:ES:TS:2019:56.

38. Vid. el comentario a esta sentencia de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Ley nacional del causante, autonomía de la voluntad conflictual y reenvío. Una obra en tres actos. Breves notas a la Sentencia del Tribunal supremo de 15 de enero de 2019”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Octubre 2019, Vol. 11, N.º 2, pp. 472-489. El autor se muestra favorable a la admisión del reenvío en este caso afirmando que el TS es “contundente, convincente, decisivo, terminante, irrefutable y categórico”.

39. Núm. 887/1996 de 15 noviembre. (RJ 1996, 8212).

40. Sobre la aplicación de estos criterios puede verse CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA RODRIGUEZ, J. “Sucesión internacional y reenvío”, *Estudios de Deusto*, 1 Vol. 55/2, Bilbao, julio-diciembre 2007, pp. 59-121.

hubiera sido preterida de aplicar el Derecho inglés<sup>41</sup>) se pronuncian otras tres en las que la autonomía de la voluntad deja de ser prevalente: 12 de enero de 2015<sup>42</sup>, 8 de octubre de 2019, 520/2019<sup>43</sup> y la ya analizada.

Las afirmaciones del TS son claramente discutibles<sup>44</sup>, y aunque las basa en su propia doctrina, hay sentencias que la contradicen. Así, la primera de las sentencias que inauguran la interpretación del art. 12.2 del CC sobre el “reenvío facultativo”, el caso Maryland, el carácter testado de la sucesión y el respeto a la voluntad del causante fueron esenciales en el rechazo al reenvío. Además, pueden citarse otras sentencias más recientes, como son la núm. 490/2014, de 12 enero<sup>45</sup>, o la núm. 685/2018 de 5 diciembre del TS, en las que la voluntad del causante se consideró un criterio fundamental rechazando en consecuencia el reenvío<sup>46</sup>.

41. 849/2002, de 23 de septiembre (RJ 2002, 8029).

42. 490/2014, de 12 de enero de 2015. (ECLI: ECLI:ES:TS:2015:422).

43. ECLI: ECLI:ES:TS:2019:3014.

44. “La Audiencia confirma la sentencia del juzgado, que rechazó el reenvío a la ley española por considerar que no procede su aplicación en la sucesión testada. La tesis que presupone la existencia de una norma implícita conforme a la cual no procede el reenvío cuando el testador elige como ley aplicable su ley personal o hace testamento que sería válido conforme a la misma, ha venido siendo defendida entre nosotros por un sector doctrinal con apoyo en modelos de derecho comparado. Pero no es, sin embargo, la solución que ha venido manteniendo la doctrina de esta sala, a la que debemos estar por razones de seguridad jurídica, y que tenía su apoyo fundamental en un doble dato normativo: i) que el art. 9.8 CC no utiliza la autonomía de la voluntad como punto de conexión, de modo que no permite al causante elegir la ley que rige su sucesión (a diferencia de lo que sucede con el Reglamento 650/2012, en los términos de su art. 22); y ii) que el art. 12.2 CC no excluye el reenvío por el hecho de que el causante haya elegido

la ley aplicable a su sucesión (a diferencia de lo que resulta de los arts. 34 y 22 del Reglamento 650/2012, de sucesiones). Así, esta sala ha admitido el reenvío a la ley española, a pesar de que el causante otorgó testamento conforme a la libertad de testar de su ley personal, en sentencias (...) (ciudadanos británicos residentes en España, donde fallecen bajo testamento en el que nombran herederos a sus esposas; se estiman las demandas de los hijos y se reconoce su condición de legitimarios). En estas sentencias fue relevante que se había considerado probado que todos los bienes del caudal relicto eran inmuebles que se encontraban en España, por lo que en virtud del reenvío que hace la ley inglesa a la ley española por lo que se refiere a la sucesión de los inmuebles, toda la sucesión se regía por la ley española. Es decir, la aplicación del reenvío en estos supuestos no provocó un “fraccionamiento legal de la sucesión”, lo que se considera contrario al art. 9.8 CC que, al disponer que “la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”, exige que la ley que regule la sucesión sea una sola ley”.

45. RJ 2015, 263

46. ECLI: ECLI:ES:TS:2018:4139: “la aceptación de la voluntad del causante, acorde con su derecho nacional, de mantener a efectos sucesorios su domicilio en Inglaterra, fuerza que toda la sucesión se rija por la ley inglesa por razón de la necesaria unidad y universalidad de la misma. A mayor abundamiento, y aunque no resulte aplicable por razones temporales ya que sólo se aplica a las sucesiones abiertas a partir del 17 de agosto de 2015, el Reglamento de la Unión Europea 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, se inclina decididamente por aceptar la elección de ley aplicable (professio iuris), pues resulta preferente la ley elegida por el causante aunque sólo entre las que le permite el sistema del reglamento, que se refiere a la ley nacional en el momento de la elección o

En todo caso, es evidente que la posición cambiante del TS en la materia genera una evidente inseguridad jurídica y una consecuente vulnerabilidad patrimonial en quienes, conforme al testamento, tienen una expectativa legítimamente fundada de que se respeten las últimas voluntades del testador. Estos ejemplos son buena muestra de que la diversidad de normas sobre derecho aplicable y una no clara utilización del mecanismo del reenvío generan vulnerabilidad patrimonial.

#### 4. SITUACIONES DE VULNERABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL ENTRE AUTORIDADES

La cooperación o auxilio judicial entre autoridades judiciales estatales para la realización de actos procesales en el extranjero no es obligatoria salvo que un Convenio o Reglamento así lo establezca. No obstante, el art. 3 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC) recoge un principio favorable a la cooperación desde la perspectiva española: *Todas las solicitudes de cooperación jurídica internacional se llevarán a cabo y ejecutarán sin dilación, de acuerdo con los principios de flexibilidad y coordinación.*

Sin embargo, la cooperación de autoridades judiciales extranjeras con las españolas, depende de lo previsto en su Derecho, y no siempre puede contarse con ella. Los mecanismos de cooperación internacional de autoridades previstos en los convenios o reglamentos son esenciales para garantizar la continuidad transfronteriza de muchas resoluciones judiciales. La falta de cooperación puede producir vulnerabilidad personal o patrimonial.

El ejemplo elegido en este caso se refiere a la cooperación internacional en relación a las medidas de apoyo de personas con discapacidad, cuestión en la que acaba de producirse una importante reforma en Derecho español<sup>47</sup> que, sin embargo, ha olvidado tratar los aspectos del Derecho internacional privado. De nuevo, en esta materia elegimos un tema en el cual el legislador civil y el de DIPr. no están coordinados. La ratificación por España del Convenio de La Haya de protección de adultos de 2000 haría mucho más consistente nuestro sistema de DIPr. con la Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad<sup>48</sup>. De todas las

la que pudiera tener en el momento de su fallecimiento”. Un comentario a la misma es GUTIERREZ, Laura. “Sucesión de un nacional británico residente en España: el reenvío, de nuevo, como elemento decisivo entre la libertad de testar y los derechos sucesorios de legítima típicos del Derecho civil español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, Vol. 11, N.º 2, pp. 616-623.

47. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (BOE 3 de junio).

48. ADROHER BIOSCA, Salomé, “La protección de los mayores vulnerables: una cuestión pendiente” en Nuevos conflictos del Derecho de familia (Llamas Pombo, Eugenio. Coord.), Madrid, La Ley, 2009; ADROHER BIOSCA, Salomé, “La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos”, *Revista española de Derecho internacional* vol. 71 2019; ADROHER BIOSCA, Salomé, “La ratificación del Convenio de La Haya sobre protección de adultos de 2000 ante la reforma del Derecho español en materia de discapacidad”, en DE SALAS MURILLO, Sofía y MAYOR DEL HOYO, María Victoria, Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Valencia, Tirant lo Blanch 2019; ADROHER BIOSCA, Salomé, “La Convención sobre los derechos de las personas

materias relevantes en estos casos, la de la cooperación de autoridades plantea unos desafíos especiales.

Así, en los casos en los que una autoridad, judicial, notarial o administrativa, ha adoptado una medida de apoyo en España, son dos los problemas que se han planteado en la práctica. Los casos relatados por jueces y magistrados, se refieren a accidentes laborales o de tráfico sufridos por inmigrantes a resultas de los cuales quedan en situación de extrema dependencia; tras el reconocimiento de una pensión por invalidez y de los derechos derivados de los seguros, se adopta una medida de apoyo judicial. Un tiempo después, su familia decide desplazarse con el accidentado a su país de origen. En estos casos se plantea cómo realizar el control de las funciones del curador (o anteriormente del tutor) fuera de España para verificar que efectivamente el patrimonio es administrado en beneficio de la persona con discapacidad. La LCJMC regula por primera vez la cooperación jurídica internacional y en el art. 21 prevé el cauce que el juez español deberá emplear en estos casos<sup>49</sup>. Pero este cauce no puede garantizar que el juez del otro país consienta en colaborar con el español en el seguimiento de la medida de apoyo.

Por otra, si el juez español ha constituido una medida de apoyo y se plantea el traslado de la persona con discapacidad fuera de España, y existen sospechas de que las funciones de la curatela no se ejercerán adecuadamente en su país, cabría plantearse prohibir el traslado de acuerdo con el 158 del CC. Así se recoge en una reciente sentencia que llega a referirse a esta situación como “sustracción internacional de mayores”<sup>50</sup>.

Se trataba en el caso de una persona de nacionalidad peruana con un elevado grado de discapacidad y dependencia que es desplazada a su país de origen por su hijo ante de dictarse la resolución judicial. La AP de Barcelona afirma: “La Sala denegó la petición de medidas cautelares por falta de peligro en la demora, al haberse producido el traslado a Perú seis meses antes de dictarse la resolución apelada (en julio de 2015) y con conocimiento de los solicitantes de las medidas. El Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España y por Perú, promueve en el art. 13 el acceso de las personas con discapacidad a la justicia, en el art. 18 proclama la libertad de desplazamiento y en el art. 19 recoge el derecho de las personas discapacitadas a elegir con libertad su residencia.

No obstante, hubiera sido adecuado que la salida de la presunta incapaz del territorio nacional, pendiente el proceso de incapacitación, se hubiera sometido a autorización judicial previa, incluso para el caso de que se juzgara conveniente a su interés, permitiendo al tribunal oír a la

con discapacidad y el Derecho internacional privado”, en MUNAR BERNAT, Pedro, Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad, Madrid, Marcial Pons, 2021; ADROHER BIOSCA, Salomé, “La firma y ratificación del Convenio de La Haya sobre protección internacional de los adultos de 2000: un reto pendiente para España”, Sepin familia, Junio 2021, SP/DOCT/114028; ADROHER BIOSCA, Salomé, “Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales”, en PEREÑA VICENTE, Montserrat y HERAS HERNÁNDEZ, María del mar (Dirs.) y NÚÑEZ NÚÑEZ, María (Coord.), El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 447-463.

49. Un trabajo imprescindible sobre esta nueva Ley es el de Rodríguez Benot, Andrés “La ley de cooperación jurídica en materia civil”, Cuadernos de Derecho transnacional, marzo 2016, vol. 8 núm. 1, pp. 234-59.

50. Sentencia de la AP de Barcelona de 31 de enero de 2017 (Roj: SAP B 12839/2017).

incapaz y a los parientes y practicar las pruebas necesarias para convencerse que era conveniente a su interés. Aún más cuando la Sentencia apelada limita su capacidad para escoger el lugar donde ha de vivir y los viajes que puede realizar. Finalmente, la Sala aprecia que el traslado no fue ilícito. No podía el hijo guardador disponer sobre tal desplazamiento sin autorización judicial, aunque no se puede hablar de un supuesto de sustracción internacional, por no constar tal voluntad, ni legislación internacional al efecto”. En estos casos puede producirse una vulnerabilidad patrimonial evidente de la persona con discapacidad con motivo del traslado y de la discontinuidad espacial en el seguimiento de sus medidas de apoyo.

Estas cuestiones, no resueltas de forma totalmente satisfactoria en el marco del ordenamiento jurídico español vigente, están contempladas, sin embargo, en el Convenio de la Haya, tanto en el capítulo IV relativo al reconocimiento y la ejecución como en el V relativo a la cooperación. Esta última se articula a través de la designación en los Estados parte de Autoridades centrales cuyas funciones básicas son facilitar las comunicaciones entre los Estados miembros, la localización de un adulto, la aplicación de medidas de protección, la transmisión de información en los casos en que el adulto se encuentre en grave peligro, etc...

Por otra parte, el Convenio prevé la cooperación de autoridades, para facilitar la continuidad espacial de la medida, a dos niveles. Por una parte, cada Estado podrá designar autoridades centrales con diversas funciones; por otra, se prevé la cooperación entre autoridades que adoptan las medidas de protección.

## B. VULNERABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DEL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE DOCUMENTOS EXTRANJEROS

Las normas y procedimientos estatales sobre reconocimiento de documentos, actos y resoluciones judiciales extranjeras no garantizan su reconocimiento automático, si bien tanto el Derecho europeo como el convencional han avanzado en los sistemas de reconocimiento incidental y de eficacia directa. Como es sabido, aunque en el reconocimiento de resoluciones judiciales en Derecho español y europeo está prohibida la revisión del fondo, el orden público actúa como límite del mismo. Pues bien; la aplicación de esta cláusula de forma discrecional por parte de los tribunales o de los órganos administrativos puede provocar vulnerabilidad patrimonial.

En este último epígrafe hemos elegido el tema de los matrimonios celebrados en el extranjero y su reconocimiento en España, tema que plantea hoy en la jurisprudencia y práctica administrativa española, dos situaciones “candentes”: por una parte la de los matrimonios de conveniencia, nulos por existir en ellos un vicio del consentimiento como es la simulación, y por otra la de los matrimonios polígamos, nulos por existir en ellos un impedimento de vínculo. A estos segundos vamos a referirnos, pero más en concreto a los polígamos “potenciales” ya que su no reconocimiento está conduciendo a muchas mujeres a una evidente situación de vulnerabilidad patrimonial.

La poligamia potencial, es una figura creada por la jurisprudencia anglosajona, pero la cual no se conceptúan como polígamos solo los matrimonios que lo son de facto, sino también los pueden llegar a serlo en virtud de las leyes que los regulan. Según esta teoría, cualquier matrimonio contraído en un país en el que se admita la poligamia es potencialmente polígamo. Sin embargo, la práctica administrativa francesa ciñó en amplio concepto a los matrimonios contraídos en aquellos países que permiten la poligamia y que en el momento de su celebración el marido debe



elegir entre monogamia o poligamia, y esta elección consta en la inscripción registral, este concepto “galo” ha sido acogido desde hace unos años en España. Ni que decir tiene que muchos matrimonios que figuran como polígamos registrales nunca llegan a serlo realmente dado que el marido no se casa con una segunda esposa. Pues bien, tanto en los países anglosajones como en Francia, la poligamia “potencial” ha dejado de tener negativos hace ya años tanto en el ámbito del Derecho civil y del registro civil, como en el de la nacionalidad y la extranjería, y en el de la Seguridad Social. Sin embargo, en nuestro país, se está sancionando con consecuencias jurídicas gravísimas a estos matrimonios a los que se les niegan derechos que se les reconocen, paradójicamente, a algunos realmente polígamos. Dos sentencias en materia social ilustran bien la situación:

La sentencia del TSJ de Andalucía núm. 1242/2021 de 10 mayo<sup>51</sup> se refiere a un caso de una española divorciada que se casó en el año 2004 en Tetuán por el rito coránico con marroquí casado con otras dos mujeres. El marido fallece en 2014 y la tercera esposa reclama su pensión de viudedad. El TSJ afirma: El Convenio bilateral de Seguridad social entre España y Marruecos señala que “La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación” (art. 23). El Convenio prevé un concreto efecto reconocible para los matrimonios polígamos de súbditos marroquíes y, por tanto, si el Estado Español reconoce esos efectos “atenuados” a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad. Por ello se afirma el derecho de la demandante a la prestación de viudedad en la proporción que corresponda de acuerdo con los periodos de convivencia con las otras dos mujeres.

En contraste, la sentencia del TSJ de Cataluña núm. 5675/2017 de 27 septiembre<sup>52</sup>, se refiere a dos senegaleses que contrajeron matrimonio en Senegal el 31 de marzo de 1990. En el certificado de matrimonio se hace constar que el esposo “opta por la poligamia entera”. Nunca contrajo un segundo matrimonio, pero fue un “polígamo potencial”. El matrimonio emigra a España, ambos obtienen el permiso de residencia y la nacionalidad española. Pero se les deniega la inscripción del matrimonio en el Registro civil por ser contrario al orden público español. El marido fallece, y la mujer solicita la pensión de viudedad y se la deniegan: El hecho de que matrimonio de la solicitante de hecho permanezca monógamo durante el tiempo que viene residiendo en España, no obsta a que la misma sigue manteniendo legalmente el régimen de poligamia sin que haya llevado a cabo actuación alguna para adecuar su régimen a la normativa española que refleja los valores de la nuestra sociedad al respecto. Las intenciones de la recurrente no han impedido que la misma, libre ya de los posibles obstáculos que pudiera haber tenido en su país de origen, mantenga su régimen de matrimonio y no han tenido reflejo en la adecuación del mismo a la legalidad española, de manera que el hecho de que no se hayan transgredido durante su residencia en España las normas por las que se rige nuestra sociedad no puede convertirse, sin más, en un elemento de integración que, por su propia naturaleza, supone

51. ECLI: ECL:ES:TSJAND:2021:6196.

52. ECLI: ECL:ES:TSJCAT:2017:9230.

una actitud positiva de armonización y acomodación a los principios y valores sociales españoles, como se ha indicado antes, que en este caso no ha tenido lugar”.

El análisis de estos casos y de otros más de 100 tanto del orden social, civil y contencioso administrativo<sup>53</sup>, que hemos estudiado en otros trabajos<sup>54</sup>, arroja algunas conclusiones.

En primer lugar, el carácter “irreversible” de la opción por la poligamia prevista en algunos de los sistemas jurídicos. El único que puede volver a optar por la monogamia es el marido pero nunca la mujer; por tanto ella no tiene en ningún caso posibilidad de modificar la inscripción registral de poligamia. ¿qué solución práctica se puede darse a estas mujeres ya instaladas en España a las que se les niegan importantes derechos?

En Inglaterra, a estos matrimonios se les ofrecía la opción de contraer un nuevo enlace local monógamo, pero esta solución sería difícilmente aplicable en España toda vez que en nuestro país se les pediría el certificado de capacidad matrimonial y al verificar que estaban ya casados no sería posible un ulterior enlace. Sin embargo, una buena solución se apunta en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 339/2016 de 26 octubre<sup>55</sup>. Se trataba de un súbdito gambiano que contrajo matrimonio en Gambia en 2000, del que nacieron dos hijos; adquirió la nacionalidad española en 2011, al haber residido de forma continuada en España durante, al menos, diez años, y en aplicación de la Ley de Extranjería reagrupó a su esposa e hijos. Inició el expediente de inscripción del matrimonio ante el Registro Civil, denegándose la inscripción por haber contraído el matrimonio conforme al ordenamiento jurídico de la República de Gambia que permite la poligamia. Recurrió a la DGRN que confirmó la denegación de la inscripción, y por ello interpuso una demanda ante la jurisdicción ordinaria que, en primera instancia, confirmó la denegación, pero en apelación fue revocada con la siguiente argumentación: “El orden público constitucional no queda vulnerado por la inscripción de este matrimonio en el Registro civil. Es un hecho cierto que el Sr. tiene la nacionalidad española, que ha reagrupado en nuestro país a su familia, mujer y dos hijos, y que en nuestro país y bajo el paraguas de nuestras leyes no podrá volver a contraer matrimonio. La inscripción en el Registro someterá el vínculo matrimonial contraído en su país de origen a las normas, derechos, y deberes de nuestro ordenamiento. Desde la inscripción en el Registro el marido y la mujer serán iguales en derechos y obligaciones, y la mujer tendrá plena libertad de actuación, principios básicos del orden público como ya hemos dicho en los párrafos anteriores. La Sala considera que la inscripción en el Registro se hace necesaria una vez que la familia vive en España y está sujeta a nuestro ordenamiento jurídico, es por ello que el recurso debe prosperar”. Se pronuncia de forma similar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de julio de 2017 en un caso también de un nacional de

53. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “Denegación de nacionalidad por poligamia: un análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018 10, (1), pp. 94-126.

54. Dos recientes trabajos sobre ellos son: ADROHER BIOSCA, Salomé. “Efectos de los matrimonios polígamicos en España”. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, abril 2021, n.º 97, n.º 784, pp. 749-777; ADROHER BIOSCA, Salomé. “Poligamia potencial: orden público y derechos fundamentales”, en CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Derecho de familia internacional del Siglo XXI en la práctica judicial*, Editorial Aranzadi. En prensa.

55. AC 2016, 1842.

Ghana, en el cual, sin embargo, la instancia asume ya la tesis de no considerar contraria al orden público español la "poligamia potencial"<sup>56</sup>.

En segundo lugar, el tratamiento de esta institución no es homogéneo en los diversos órdenes y materias, e incluso contradictorio en alguna de ellas. Por ejemplo, en el caso anterior se otorgó la nacionalidad española y sin embargo se le impidió inscribir su matrimonio en el Registro Civil. En estos casos, no se está aplicando adecuadamente la cláusula de orden público, ya que el matrimonio en cuestión no es polígamo, sino monógamo; la sociedad española no está frente a una familia formada por un hombre y varias esposas, sino ante un matrimonio de hombre y mujer con una mención registral a una posible opción que el marido puede ejercer a futuro<sup>57</sup>. Además, no se está aplicando el carácter excepcional del orden público, y en consecuencia se producen efectos indeseados tales como la multiplicación de relaciones claudicantes, el entorpecimiento del tráfico jurídico externo.

Finalmente, no se pueden olvidar los derechos que están en juego, singularmente el derecho a la protección jurídica, social y económica a la familia, que se exige un reconocimiento de los derechos de la mujer como miembro vulnerable en estos casos<sup>58</sup>, reconocimiento urgido especialmente en las poligamias potenciales. Hasta ahora, los casos que han llegado a los tribunales y órganos administrativos se limitan al ámbito social en el cual ha habido una abundante jurisprudencia y reflexión doctrinal en torno al denominado "orden público atenuado"<sup>59</sup>, pero claramente esta denegación de "derechos adquiridos" podría extenderse también a materias como el Derecho de sucesiones, o el Derecho de familia, negando a estas mujeres, no solo derechos sociales sino también derechos hereditarios, de alimentos o de otro tipo. La cláusula de orden público que pretende proteger la dignidad de la mujer se acaba convirtiendo, en estos casos, en la razón de su mayor discriminación y vulnerabilidad personal y patrimonial.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

En este trabajo hemos recorrido los cuatro sectores del Derecho internacional privado (CJI, Derecho aplicable, cooperación de autoridades y reconocimiento de

documentos, resoluciones y actos extranjeros) a través del análisis de jurisprudencia en materias diversas pero que tienen un elemento común: el tratamiento de colectivos en posición de potencial debilidad (consumidores, herederos, personas con discapacidad y mujeres). Este "menú desgustación" que hemos presentado al lector pretende mostrar en qué medida las fronteras son un elemento potenciador de la vulnerabilidad: la diversidad regulatoria tanto del Derecho sustantivo como del DIPr. acentúan la incertidumbre y la inseguridad jurídica en las relaciones transfronterizas, y la inseguridad jurídica es fuente indudable de vulnerabilidad.

Hemos querido mostrar cómo el carácter neutro de gran parte de las normas de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable hacen más compleja la incorporación en ellas de estándares de protección de colectivos vulnerables. Así por ejemplo se ha estudiado que, si bien el Derecho privado europeo moderno tiende a proteger a la parte débil de la relación jurídica en aras de reequilibrar posibles situaciones de desigualdad, la protección que se observa en el Derecho sustantivo no siempre tiene un reflejo cuando en la relación jurídico-privada interviene un elemento de extranjería, esto es, cuando deben aplicarse los instrumentos de Derecho internacional privado, generando situaciones de vulnerabilidad. Además, mecanismos tales como el reenvío o el orden público pueden multiplicar la inseguridad jurídica y la vulnerabilidad.

Por otra parte, la necesaria reciprocidad en la cooperación internacional de autoridades y en el mutuo reconocimiento de actos, documentos y resoluciones, pone de relieve la debilidad en la protección adecuada hacia situaciones de evidente vulnerabilidad que afectan a nacionales de países con los que no hay un marco de cooperación bi o multilateral pactado. El ejemplo de la persona con discapacidad trasladada a Perú respecto de la que el control de las funciones de su curador por parte del juez español no puede garantizarse, o de las viudas senegalesas o ghanesas a las que se deniega la pensión de viudedad porque su marido eligió la poligamia al casarse aunque nunca la consumó, son ejemplos palmarios de esta realidad que implica no solo vulnerabilidad personal sino también patrimonial.

Los Reglamentos europeos, y los convenios internacionales, implican un importante avance en la adopción de normas comunes en estos sectores, pero muchos países del mundo quedan fuera de este movimiento armonizador.

56. ECLI: ES: APHU: 2017: 244.

57. Como se ha señalado lo que dañaría la paz social y la convivencia en la sociedad española es permitir la celebración o la existencia de matrimonios poligámicos en España. CALVO CARAVACA, Alfonso. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 761.

58. LARA AGUADO, Ángeles. "Discriminaciones visibles e invisibles en derecho internacional privado, Nuevos retos para la perspectiva de género". En SALINAS DE FRIAS, Ana María y MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique José. (Dirs.), *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales. Desafíos para la seguridad y la sostenibilidad y el estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 89-114.

59. JUÁREZ PÉREZ, Pilar, "La consolidación de una lúcida doctrina judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: la STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2018". Cuadernos de Derecho Transnacional 2019, 11 (1). pp. 801-6; JUÁREZ PÉREZ, Pilar, "Una victoria (póstuma) de las viudas de la poligamia del Sáhara español: la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2018", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, 11 (1) pp. 807-813; JUÁREZ PÉREZ, Pilar, "Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012, 23 pp. 1-45; VALVERDE MARTINEZ, María José y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El tribunal supremo y el orden público internacional atenuado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, 10 (2) pp. 718-731.