

MARCO GENERAL DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE DERECHOS REALES EN LA UE*

Georgina GARRIGA SUAU
Josep M. FONTANELLAS MORELL
Maria FONT-MAS**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES.— II. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION: 1. Delimitación de la categoría «derecho real» y coherencia en su interpretación; 2. Competencia judicial internacional; 3. Ley aplicable: 3.1. Introducción; 3.2. Regulación actual; 3.3. Futuro instrumento europeo.

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

Si se repasa el panorama actual del Derecho internacional privado (DIPr) europeo, es relativamente fácil advertir que, junto a la de un instrumento relativo a la ley aplicable a las sociedades¹ [a pesar de una

* Este capítulo introductorio se corresponde con la versión actualizada de la memoria técnica del proyecto de investigación I+D+i Ref. PID2020-112609GB-I00 «Régimen de los derechos reales sobre bienes corporales en el Derecho internacional privado europeo: cuestiones de competencia judicial internacional y de derecho aplicable», Co-Investigadoras principales: María FONT-MAS y Georgina GARRIGA SUAU subvencionado por Ministerio de Ciencia e Innovación (MICIU/AEI/10.13039/501100011033) que se presentó el 23 de junio de 2021.

** Georgina GARRIGA SUAU, Profesora agregada Serra Hùnter de Derecho internacional privado de la Universitat de Barcelona (ggarriga@ub.edu); Josep M. FONTANELLAS MORELL, Profesor agregado de Derecho internacional privado de la Universitat de Lleida (josepmaria.fontanellas@udl.cat); Maria FONT-MAS, Profesora agregada de Derecho internacional privado de la Universitat Rovira i Virgili (maria.font@urv.cat).

¹ Véase C. GERNER-BEUELE *et al.*, «Making the Case for a Rome V Regulation on the Law Applicable to Companies», *ECGI*, working paper, núm. 549/2020.

reciente evolución sobre el tema (véase sentencia del TJUE 25 abril 2024, C-276/22, *Edil work 2 and S.T.*, ECLI:EU:C:2024:348)] una de las principales carencias que tiene la normativa de la Unión Europea (UE) en materia de DIPr es la falta de un instrumento —general— sobre la legislación aplicable a los derechos reales. Por otra parte, esta constatación se inscribe en una de dinámica más amplia, como es la de la escasa proyección que proporcionalmente han tenido los derechos reales en el DIPr europeo, pese a que, en los sectores de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de decisiones, están operativos desde hace décadas los instrumentos Bruselas (CB/RBI/RBIb), que han fijado una regulación periódicamente actualizada de su problemática en los ámbitos procesales del tráfico privado internacional. Esta última circunstancia, no ha bastado para que esta parcela del Derecho patrimonial internacional haya generado estudios comparables —en cantidad y en relevancia— a los que, con relación a los mismos textos Bruselas, han despertado, por ejemplo, las obligaciones contractuales o las de origen extracontractual.

Como razones que expliquen esta desatención pueden citarse varias, más o menos convincentes. Una primera es la falta de una unificación en los Estados miembros de la UE del derecho sustantivo relativo a la propiedad y a los restantes derechos reales. Como reconoció hace unos años la importante sentencia TJUE 2 abril 2020 (C-329/19, *Condominio di Milano*, ECLI:EU:C:2020:263, apdo. 27) «en el estado actual del Derecho de la Unión, el concepto de “propiedad” no está armonizado a escala de la Unión Europea y ... pueden existir diferencias entre los Estados miembros». Con todo, la existencia de diferencias e incluso disparidades muy importantes entre derechos materiales, no tiene por qué ser un obstáculo insalvable para que en la UE se elaboren normas de DIPr, que, más que necesarias, parecen indispensables. Basta con pensar en el Derecho de sucesiones, cuyas divergencias entre las legislaciones materiales nacionales son mucho más amplias y profundas que en materia de derechos reales, pero ello no ha impedido que, tras largos años de duro trabajo, la UE se dotara de un instrumento completo de DIPr que ha supuesto un avance colectivo sin precedentes.

Un segundo motivo que podría alegarse para tratar de justificar un interés tan comedido por los derechos reales podría ser no ya la falta de armonización entre las normativas estatales, sino también la ausencia de intentos de lograr a nivel europeo una regulación común en materia de derechos reales. Las primeras Resoluciones del Parlamento Europeo en el terreno patrimonial abogaron por una deseable armonización del Derecho privado e incluso hablaron de un «Código europeo de Derecho privado», sin embargo, una vez el proyecto pasó a ser sufragado por las instituciones comunitarias, la idea se centró en la posibilidad de una unificación de la normativa contractual. Con todo, debe señalarse que, en la elaboración del «Marco Común de Referencia» (DFCR), se reservan

unos volúmenes finales a temas como la adquisición de la propiedad y los derechos de garantía mobiliaria, netamente pertenecientes al dominio de los derechos reales. Más tarde, la propuesta de instrumento opcional sobre una «Normativa Común de Compraventa Europea» (*CESL*), sí que abandonó ya cualquier tentativa de abordar esta vertiente del derecho patrimonial y circunscribió su campo de actuación exclusivamente a la materia contractual. Por tanto, cabe concluir que, si bien no ha sido prioritario, no puede afirmarse categóricamente que el Derecho de la UE se haya mostrado totalmente insensible a la posible construcción de un Derecho europeo de los derechos reales, aunque solo lo haya contemplado como corolario del previsto para los contratos de transferencia de propiedad.

Un tercer factor, este ya sí propiamente de DIPr, que no ha favorecido el estudio de esta parte del Derecho patrimonial ha sido la falta de una regulación completa de la materia comprensiva de todos los sectores del DIPr. A diferencia de los contratos y de las obligaciones extracontractuales que, a las versiones sucesivas de un texto de Derecho procesal internacional en materia civil y mercantil (CB/RBI/RBIb), han sabido sumar instrumentos respectivos relativos al Derecho aplicable (Roma I y Roma II), los derechos reales han experimentado una realidad distinta, consistente en la combinación de los instrumentos procesales de la UE citados y las normativas conflictuales nacionales, fórmula que, si bien podía no ser tan sorprendente hace veinte años, cuando el proceso de comunitarización estaba en sus comienzos, en la actualidad se ha convertido en una verdadera singularidad. Es cierto que los Reglamentos Roma I y Roma II hunden sus raíces en los trabajos que desembocaron en el Convenio de Roma de 1980, en el que no se acabaron integrando los ilícitos civiles, mientras que los derechos reales nunca llegaron a contar con un precedente tan sólido, pero que, en 2020, cuando la unificación del DIPr europeo llegó con éxito a ámbitos *a priori* tan difíciles de homogeneizar como las sucesiones o los regímenes matrimoniales, no haya habido avances reseñables en el campo de los derechos reales no es tarea fácil de justificar.

Todos estos factores demuestran la relevancia y actualidad del proyecto de investigación que hemos desarrollado durante estos últimos tres años. A ellos además hay que añadir el interés que el propio tema ha despertado en diversas asociaciones de académicos especializados en el DIPr tales como el *European Group for Private International Law* (reunión de Milán, 2023) y la *European Association of Private International Law* [con un grupo de trabajo a tales efectos (coordinado por la Prof. Kieninger, quien es parte integrante de este proyecto) para elaborar un esbozo de Reglamento europeo sobre el Derecho de propiedad internacional.

II. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Las razones expuestas en el apartado anterior explican —al menos en buena parte— el perfil tan anómalo de la regulación de los derechos reales en el DIPr de los países europeos, caracterizado, como ya se ha dicho, por una unificación de las reglas existentes en los sectores de la competencia judicial internacional y del reconocimiento y ejecución de resoluciones y por una ausencia total de armonización en el sector de la ley aplicable.

Es por ello por lo que, partiendo de esta realidad, el proyecto ha tenido la intención de hacer un estudio conjunto de los sectores que, a nuestro juicio, presentan más interés dada la situación reinante. Por una parte, el de la *competencia judicial*, en donde la existencia de una normativa compartida desde hace más de cincuenta años —los instrumentos Bruselas— no impide que en estos textos —incluso en su última versión— y en la jurisprudencia que los ha interpretado se detecten cuestiones que merecen un análisis lo más sistemático y detallado posible. Por otra parte, el del *Derecho aplicable*, en el que, con carácter general, falta de una regulación a escala europea que unifique las vigentes reglamentaciones nacionales. Ciertamente es que, en este último ámbito, la práctica universalidad de la regla *lex rei sitae* (por lo menos, en cuanto a los bienes inmuebles), podría dar la impresión de que cualquier iniciativa en este sentido es innecesaria, pero se trataría de un diagnóstico equivocado, porque no contemplaría los múltiples matices que la materia encierra y que pueden abonar el recurso a otras soluciones conflictuales.

Con carácter previo a las cuestiones anteriores, será preciso abordar un problema que es común a todos los instrumentos europeos de DIPr y a todos los sectores que incluye la disciplina cual es el de la *delimitación de la categoría «derecho real»* respecto de otras con las que puede colindar y la *coherencia entre los ámbitos de aplicación y las disposiciones de las diferentes reglamentaciones* existentes o que puedan llegar a existir en esta materia.

Por tanto, a propósito de los derechos reales, se abordarán, sucesivamente, la delimitación de la categoría, la coherencia entre normativas, la competencia judicial y la ley aplicable.

1. Delimitación de la categoría «derecho real» y coherencia en su interpretación

Como se ha mencionado anteriormente, el Derecho material de los países de la Unión carece de una noción unívoca y armonizada del concepto propiedad, así como, en general, del de derecho real. En el

DIPr europeo, se ha utilizado a veces el término «derecho real» como sinónimo de derecho con eficacia *erga omnes*. En este sentido, es especialmente significativo el empleo del término que hace el R 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia, que en su art. 8 (sucesor del art. 5 del R 1346/2000) alude a los «derechos reales de terceros» para referirse (apdo. 1) a derechos sobre «bienes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, tanto bienes concretos, como conjuntos de bienes indefinidos que varían de vez en cuando», incluyendo *en particular* (por tanto, no exhaustivamente) entre los mismos (apdo. 2) «a) el derecho a realizar o hacer realizar el bien y a ser pagado con el producto o los rendimientos de dicho bien, en particular, en virtud de prenda o hipoteca; b) el derecho exclusivo a cobrar un crédito, en particular, el derecho garantizado por una prenda de la que sea objeto el crédito o por la cesión de dicho crédito a título de garantía; c) el derecho a reivindicar el bien y reclamar su restitución a cualquiera que lo posea o utilice en contra de la voluntad de su titular; d) el derecho real a percibir los frutos de un bien».

Como señala el Informe Virgós/Schmit (explicativo del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 1995, precedente del R 1346/2000), el art. 5 de ambos textos alude a los «derechos reales», pero no los define (ap. 100.1), dejando, por tanto, la calificación de un derecho como «real» en manos de las legislaciones nacionales (calificación *ex lege causae*) (apdo. 100.3), si bien se establecen unos requisitos mínimos que parece que deben cumplirse en todo caso (y que también subyacen en la noción de «derecho real» acogida por el Convenio de Bruselas, tal como señala el Informe Schlosser (apdo. 166): que lo define como aquel que «grava un bien corporal [y] surte sus efectos con respecto a todos», siendo su característica esencial «la facultad que su titular tiene para reclamar el bien gravado con ese derecho a toda persona que no posea un derecho real de rango superior»): por una parte, el derecho debe tener una relación directa e inmediata con el bien objeto del mismo, que queda afecto a su satisfacción, y, por otra parte, el carácter absoluto de la asignación del derecho a su titular, que puede hacerlo valer contra cualquiera que lo desconozca o lo lesione sin su consentimiento, pudiendo oponerlo *erga omnes*, con las limitaciones propias de la protección del adquirente de buena fe (apdo. 103).

Para esta labor delimitadora, no es de tanta utilidad la regulación de los instrumentos Bruselas, pues, cuando aborda el tema de las competencias exclusivas en materia de inmuebles, mezcla los derechos reales con los personales (el arrendamiento) demostrando que, en la articulación competencial que fija el instrumento (CB/RBI/RBIb), más que la categoría del problema o de la acción ejercitada (*actio in rem* o *actio in personam*) —distinción que el Tribunal de Justicia nunca ha sostenido realmente— cuentan los objetivos o finalidades que la

regulación pretende atender y que, desde el Informe Jenard, se han ido repitiendo casi como un mantra: buena administración de la justicia, facilidad para practicar la prueba y hacer peritajes y comprobaciones, principio de proximidad, acceso a los registros del lugar de situación. Nada comparable a una «delimitación» estricta de la categoría, que ni el ámbito material de aplicación del instrumento ni el supuesto de hecho de la norma en ningún momento realizan.

Esta ausencia de clarificación conceptual ha trasladado a la jurisprudencia la tarea de fijar, caso por caso, las condiciones de aplicabilidad del foro exclusivo previsto en esta materia, lo que ha permitido al tribunal de justicia trazar repetidamente los contornos de la noción «derechos reales inmobiliarios» al objeto de que solamente los tribunales del lugar de situación del bien sobre el que recaen dichos derechos conozcan de los litigios que le atañen. Desde la sentencia 10 enero 1990 (C-115/88, *Reichert-I*, ECLI:EU:C:1990:3, apdo. 11), el Tribunal de Justicia viene invariablemente declarando que «la competencia exclusiva de los tribunales del Estado contratante donde el inmueble se halle sito no engloba la totalidad de las acciones relativas a los derechos reales inmobiliarios, sino únicamente aquellas que, al mismo tiempo, se incluyan en el ámbito de aplicación de dicho Convenio [hoy Reglamento] y correspondan a las destinadas a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes y a garantizar a los titulares de esos derechos la protección de las facultades vinculadas a sus títulos». Esta afirmación, que se reproduce en toda la jurisprudencia posterior sobre la materia [desde el auto 5 abril 2001 (C-518/99, *Gaillard*, ECLI:EU:C:2001:209, apdo. 15) hasta la sentencia 10 julio 2019 (C-722/17, *Reitbauer*, ECLI:EU:C:2019:577, ap.do 44)], comporta una serie de importantes consecuencias que, en buena parte, tal vez están faltas aún de un estudio sistemático y exhaustivo. Baste apuntar varias de estas implicaciones:

1. Los instrumentos Bruselas «presuponen» un concepto —necesariamente «autónomo» (o sea, europeo y no nacional)— de derecho real (inmobiliario) que los textos no brindan. El informe Schlosser (apdo. 166) señala que el concepto de «derecho real» «es común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros originarios de la Comunidad Económica Europea», los cuales «prevén, sin excepción, una lista cerrada estrechamente limitada de derechos reales, *aunque no apliquen rigurosamente dicho principio*» (cursiva nuestra). De ella, forman parte los «derechos reales clásicos», que «están enumerados en el derecho civil codificado de los seis países [miembros originales de la CEE]» (en nota solo se da cuenta de tales derechos en Alemania, Francia e Italia). Más adelante, el informe detalla algunos de estos «derechos reales clásicos»: «la propiedad, que constituye el derecho real más completo ... los derechos de disfrute [entre ellos, el usufructo] y los derechos que

confieren un derecho de preferencia ... [y] en formas diversas los derechos de posesión limitados». Por último, a los «derechos reales clásicos» añade el informe «una serie de derechos reales creados por leyes especiales referidos, los más importantes, a la copropiedad de los inmuebles destinados a vivienda». En suma, con cierto desorden, se listan (los principales) derechos reales y se los caracteriza a partir de los rasgos comunes presentes en los sistemas jurídicos nacionales [continentales], pero no se proporciona «un concepto» de «derecho real».

2. En la misma línea, la doctrina emanada del Tribunal de Justicia enumera *indicativamente* algunos «derechos» inequívocamente reales como la posesión, la propiedad y *otros* (sin especificar) derechos sobre bienes inmuebles, pero no va más allá.

3. Para una definición más completa de la categoría «derecho real» hay que acudir, tal como se ha señalado, al art. 8 del R 2015/848, que también contiene una relación más amplia de «tipos» de derechos reales, al menos a efectos de los procedimientos de insolvencia.

4. Los instrumentos Bruselas no se refieren en ningún momento a los derechos reales sobre bienes muebles, que, no estando excluidos de su ámbito material de aplicación, han de quedar cubiertos por su regulación, la cual, sin embargo, no les dedica una atención particular.

5. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia señala en todo momento que la competencia exclusiva contemplada en los textos Bruselas «no engloba la totalidad de las acciones relativas a los derechos reales inmobiliarios, *sino únicamente aquellas que ... se incluyan en [su] ámbito de aplicación*» (cursiva nuestra), lo cual nos aboca, como en parte han puesto de relieve las decisiones del Tribunal de Luxemburgo, a un delicado proceso de delimitación entre categorías jurídicas.

Si se revisa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los instrumentos Bruselas, es relativamente fácil encontrar supuestos en los que la Corte europea ha tenido que «perfiar» la «materia» sobre la que versaba un determinado litigio patrimonial. Este «proceso de delimitación» se ha producido en una doble dirección: «de puertas adentro» y «de puertas afuera». Así, en primer lugar, *dentro* del Convenio/Reglamento Bruselas (I) ha habido que deslindar las acciones que son propias de los «derechos reales» (en el sentido en el que las entienden estos instrumentos para que proceda la intervención del foro exclusivo) de las que no lo eran, por tratarse de acciones «subsumibles» en otra categoría. Se trata de la resolución de un *problema de calificación* (en este caso de una acción procesal), que, por ejemplo, ha permitido al Tribunal de Justicia estimar que (en contra de lo pudiera pensarse a primera vista) una *Eigentumsfreiheitsklage* (acción de cesación frente a inmisiones) del Derecho austriaco no era de naturaleza real, sino delictual (sentencia 18 mayo 2006, asunto C-343/04, ČEZ,

ECLI:EU:C:2006:330), o que una reclamación derivada del impago de las cuotas aprobadas por la junta de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal no era tampoco de naturaleza real, al atribuirle un carácter contractual (sentencia 8 mayo 2019, asunto C-25/18, *Kerr*, ECLI:EU:C:2019:376) o que una acción para la cancelación registral de un asiento relativo a una donación entre esposos está incluida en el catálogo de las acciones reales inmobiliarias (y no de las atinentes a las inscripciones en registros públicos) (sentencia 16 noviembre 2016, asunto C-417/15, *Schmidt*, ECLI:EU:C:2016:881). Finalmente, en un caso más reciente (sentencia 10 febrero 2022, asunto C-595/20, *Sharewood Switzerland*, ECLI:EU:C:2022:86, apdo. 28) el Tribunal de Justicia establece que un contrato de compraventa de árboles cuyo objeto consiste en disponer de los frutos de la explotación de un terreno no puede asimilarse a un contrato cuyo objeto es un «derecho real inmobiliario» a efectos del art. 6.4.c) del RRI.

La segunda vertiente de esta delimitación conceptual es la que, con respecto a esta materia (en principio, jurídico-real), se produce *entre* instrumentos europeos (o, a falta de éstos en ambos lados de la frontera, entre textos comunitarios y reglas nacionales) potencialmente aplicables a un mismo supuesto de tráfico jurídico privado externo. Se trata, por tanto, de una delimitación «externa» que obliga a analizar las categorías empleadas por los reglamentos a la hora de definir su ámbito material de aplicación. A título ilustrativo, valga como ejemplo una decisión (entre otras) del TJUE.

En la sentencia 12 octubre 2017 (C218/16, *Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755), se discute si el reconocimiento de un *legatum per vindicationem*, es decir, un legado de eficacia real que atribuye al legatario la propiedad de los bienes legados está comprendido dentro del ámbito material de aplicación del R 650/2012 o es materia propia del estatuto real, por estar excluido del instrumento sucesorio en virtud del art. 1.2 k) que excluye de su radio de acción la «naturaleza de los derechos reales». Con buen criterio, el Tribunal de Justicia cree que, en el supuesto litigioso, no se debate la naturaleza del derecho real de propiedad, sino una modalidad de transmisión *mortis causa* del mismo, cuyo amparo *ratione materiae* corresponde al instrumento sucesorio. Adviértase que la inexistencia de un reglamento europeo sobre ley aplicable a los derechos reales hace que, fuera de los aspectos procesales, las lindes entre el estatuto sucesorio y el real deban dirimirse entre un instrumento comunitario y las respectivas legislaciones estatales de DIPr.

Una decisión española de hace pocos años (auto de la Audiencia Provincial de Alicante, 9 junio 2020, *Jasmin*, ECLI:ES:APA:2020:164A) ha puesto sobre el tapete la importancia de una correcta delimitación entre ambos campos materiales, el sucesorio y el real, dado que, en una demanda de adición, partición y adjudicación de una cuarta parte indi-

visa de un inmueble sito en España en relación con la sucesión abierta en Francia de un causante francés se supone que residente en el país vecino, el tribunal español requerido por ser el del lugar de situación tratándose de una acción real de división de cosa común, se declara incompetente al entender que, en realidad, se está ante una acción sucesoria ejercitada a fin de integrar en la herencia el bien sito en España, para el que no dispone de competencia según el R 650/2012.

Como puede comprobarse, en el caso expuesto y en otros similares que puedan plantearse, es totalmente plausible la aparición de problemas de coherencia². En la ya asentada terminología acuñada por E. B. Crawford y J. M. Carruthers³, no se atisban, en principio, incoherencias de naturaleza «vertical» entre los sucesivos instrumentos comunitarios en la materia, pero sí que, como demuestra el caso *Kubicka*, es esperable que la coherencia «horizontal» sea puesta a prueba entre el R 1215/2012 y, sobre todo, los R 650/2012, 2015/848, 2016/1103 y 2016/1104. Ni que decir tiene que una eventual aprobación de un instrumento sobre ley aplicable a los derechos reales puede suscitar renovados problemas de coherencia «horizontal» entre este texto y los reglamentos citados, así como, en especial, con relación a los R 864/2007 (Roma II) y 593/2008 (Roma I).

2. Competencia judicial internacional

En el sector de la competencia, del que ya se han comentado algunos aspectos, un proyecto como el que se presenta parte de la situación existente para tratar de adivinar su posible evolución futura. Para ello, se ha examinado detalladamente la regulación contenida en los distintos textos Bruselas (que apenas ha variado en la materia) y la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia ha ido dictando sobre la misma a lo largo de los últimos cuarenta años. También será oportuno traer a colación ocasionalmente pronunciamientos de los tribunales nacionales.

En un primer análisis, se advierten determinados puntos en los que se ha convenido ahondar, bien porque, hasta ahora, no han merecido la atención —a nuestro juicio requerida— por parte de los legisladores, de los órganos jurisdiccionales e incluso de los especialistas, bien porque la solución que estos han propugnado no nos parece satisfactoria. Pensamos que, en materia de derechos reales, hay aspectos competenciales que todavía mantienen cuestiones abiertas, necesitadas de un estudio sistemático y pormenorizado que solamente en un proyecto de investi-

² J. J. FORNER DELAYGUA y A. SANTOS (eds), *Coherence of the Scopes of Application. EU Private International Legal Instruments*, Schulthess Éditions Romandes, 2020 y S. SÁNCHEZ LORENZO, «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *REDI*, 2018, V. 70, pp. 17-47.

³ «Connection and Coherence between and among European Instruments in the Private International Law of Obligations», *ICLQ*, 63 (2014-1).

gación como el presentado pueden ser abordadas. Sin ánimo alguno de exhaustividad, pasamos a mencionar una serie de temas que, en nuestra opinión, merecen un análisis en profundidad.

1. El mantenimiento en todo caso de la exclusividad de los tribunales del lugar de situación de los bienes inmuebles para conocer de las acciones reales que les conciernen. A la luz del caso *Komu*, (sentencia 17 diciembre 2015, C-605/14, ECLI:EU:C:2015:833) no parece que sea descabellado abogar por una flexibilización del carácter exclusivo del *forum rei sitae*, que, bajo determinadas circunstancias —las partes residen en un mismo Estado miembro, los litigantes son personas físicas, los bienes se hallan en un Estado miembro distinto, los inmuebles no están destinados a vivienda habitual—, habría de permitir la creación de un *foro alternativo exclusivo* en favor de los tribunales del país del domicilio del demandado. En favor de esta solución también podría aducirse el, mencionado, caso *Jasmin*, que prueba que, en aplicación del R 650/2012, los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio del causante pueden asumir, en detrimento de los del país de situación de los bienes, la competencia en un supuesto de acción real inmobiliaria (por más que sea sucesoria), una *actio familiae erciscundae*, que tiene cierta equivalencia funcional con la *actio communi dividundo* (véase, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo 25 junio 2008).

2. La competencia judicial en materia de derechos reales mobiliarios. Tras el fracasado intento de introducir en la Propuesta del Reglamento Bruselas I *bis* un foro especial para los derechos reales mobiliarios, que, además de ante los tribunales del país de domicilio del demandado —como foro general— permitiese litigar, en supuestos de acciones reales relativas a bienes muebles, ante los órganos jurisdiccionales del lugar de su situación [art. 5.3, documento COM(2010) 748], este parece ya un tema olvidado. Sin embargo, conviene recordar que la LOPJ contiene un foro de este tipo (art. 22.*quinquies*.f) y parece razonable que, dado el valor y trascendencia que para el tráfico jurídico actual tienen esta clase de bienes —a veces también necesitados de publicidad registral—, los litigios que les afectan puedan plantearse asimismo ante los tribunales del lugar de su situación. Muchos de los argumentos que suelen utilizarse para defender el *forum rei sitae* con respecto a los bienes inmuebles son trasplantables *mutatis mutandis* a los muebles y, más allá de la exclusividad del *forum situs*, una equiparación en el tratamiento competencial de unos bienes y otros, articulada alrededor del juego alternativo del foro del domicilio y del foro de situación, es digna de estudio.

3. La acción pauliana ha sido uno de los enigmas de los instrumentos Bruselas que el Tribunal de Justicia más se ha demorado en resolver y, cuando lo ha hecho, no ha despejado todas las incógnitas. A pesar de que prácticamente nadie ponía en duda de que se trataba

de una acción para la protección del crédito, el Tribunal de Justicia ha tardado casi treinta años en determinar su naturaleza. En sus sentencias 10 enero 1990 (C-115/88, *Reichert-I*, ECLI:EU:C:1990:3) y 26 marzo 1992 (C-261/90, *Reichert-II*, ECLI:EU:C:1992:149), la Corte optó por decirnos qué no era la acción pauliana (no era una acción real inmobiliaria —aunque afectara a inmuebles—, no era una acción delictual, no tenía por objeto la ejecución de una resolución, no era una medida cautelar), y no fue hasta más tarde, por conducto de las sentencias TJUE 4 octubre 2018 (C-337/17, *Feniks*, ECLI:EU:C:2018:805) y 10 julio 2019 (C-115/88, *Reitbauer*, ECLI:EU:C:2019:577), que ha señalado que tal acción puede ser incluida dentro de la «materia contractual» y sujeta al foro especial del lugar de cumplimiento de la obligación. La solución, en principio lógica, parece adaptarse razonablemente bien al caso *Feniks*, en el que una deuda contractual es «defraudada» por medio de otro contrato; pero, en el asunto *Reitbauer*, en el que la deuda se «evita» a través de la constitución de una garantía real sobre el bien que persiguen los acreedores, no todos los negocios son contractuales. El Tribunal de Justicia parece ver idéntica naturaleza —contractual— en ambos litigios y excluye el recurso al foro real, pero si, en *Feniks*, ya tiene sentido preguntarse por qué el lugar del cumplimiento tomado en cuenta ha de ser el correspondiente al primer contrato (cuando se trata de anular el segundo y el tercero afectado quizás nunca ha tenido ningún contacto con ese lugar), en *Reitbauer*, en que el tercero intervine como titular de una garantía real a su favor, el aparente mantenimiento del carácter contractual de *todo* el asunto sin tomar en consideración la dimensión jurídico-real del segundo acto negocial parece mucho más discutible.

4. En la aplicación por los tribunales de los instrumentos Bruselas, la propiedad horizontal ha ganado protagonismo en los últimos tiempos. En una cuestión que podría haber merecido sin demasiados problemas una calificación real —tégase presente que se trata de una forma de copropiedad o condominio, ciertamente compleja, porque cada titular goza simultáneamente de un derecho de propiedad exclusivo sobre pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente y una copropiedad con el resto de propietarios de los elementos comunes del edificio—, el Tribunal de Luxemburgo, en un asunto (C-25/18, *Kerr*, ECLI:EU:C:2019:376) tocante al impago de los gastos de mantenimiento de elementos comunes de un inmueble en régimen de propiedad horizontal, consideró que se trataba de un incumplimiento producido en el marco de un contrato de prestación de servicios (sentencia 8 mayo 2019, apdo. 42). En otro caso (C-200/19, *INA*, ECLI:EU:C:2019:985), estimó igualmente que un litigio relativo al impago de las contribuciones que una ley nacional impone a los copropietarios de un inmueble debe ser incluida dentro de la materia contractual en el sentido del art. 7.1 RBib (auto 19 noviembre 2019, apdo. 31); y en un tercero (C-433/19, *Ellmes Property*, ECLI:EU:C:2020:900), no descarta que la misma ca-

racterización se vuelva a repetir, pues la demanda de un propietario de un inmueble en régimen de propiedad horizontal por la que pretende que cese el uso con fines turísticos de un apartamento por parte de otro propietario, alegando que dicho uso no se corresponde con el acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios, puede, según el Tribunal de Justicia, estar incluida en el ámbito de las acciones reales inmobiliarias o de las acciones personales contractuales en función de si para el derecho (nacional) aplicable concernido este uso puede invocarse frente a todos o no (sentencia 11 noviembre 2020, apdos. 33 y 47).

En un sentido parecido, debe destacarse, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares 14 abril 2020 (ECLI:ES:APIB:2020:713, *Asociación Es Verger*), que, en una reclamación de cantidad que una asociación de vecinos hace a un ciudadano no domiciliado en España por el coste del suministro de agua a una parcela de su titularidad perteneciente a un complejo inmobiliario, el órgano jurisdiccional fija su competencia internacional para conocer del asunto en el art. 7 del Reglamento Bruselas I *bis*, al entender que a estos complejos les es de aplicación el régimen de la propiedad horizontal y, según el TJUE, «las obligaciones derivadas de comunidades de propietarios ... tienen naturaleza contractual».

A la vista de la jurisprudencia reseñada, parece evidente que este es un tema que merece un examen lo más detallado posible para ver si la exégesis dominante es la más correcta.

3. Ley aplicable

3.1. *Introducción*

En materia de derecho aplicable, la situación del DIPr comunitario es bien distinta de la que se da en el sector de la competencia judicial internacional, porque, mientras que en este contamos con las sucesivas regulaciones Bruselas (CB/RBI/RBIb), respecto de la ley aplicable el Derecho europeo se ha caracterizado por una ausencia total de regulación unificada.

En consecuencia, el punto de arranque de nuestro proyecto por lo que hace al Derecho aplicable, es la carencia de reglas unificadas, lo cual comporta una derivada importante: en este tema hay que recurrir al DIPr autónomo, es decir, a las normas de conflicto nacionales, con las dificultades que pueden resultar de su discrepancia. Pues, si bien, en la inmensa mayoría de casos, se articulan en torno a la *lex rei sitae*, no lo hacen de la misma manera, ni todas dan entrada de un modo igual a otras soluciones que pueden complementar la regulación conflictual de los derechos reales.

3.2. *Regulación actual*

De ahí que, en cuanto al Derecho aplicable, una primera parte del proyecto consista en el análisis de las soluciones existentes en las diferentes legislaciones nacionales y en su aplicación por los tribunales de los Estados respectivos. Para conseguir este empeño, se ha procurado contar en el proyecto con especialistas de los principales países europeos, para que aporten una visión de sus respectivos sistemas. Sin embargo, un papel preponderante tiene en nuestro proyecto el análisis del régimen conflictual existente en España. Para ello, uno de los capítulos de estudio inexcusable es un examen pormenorizado de los primeros apartados del art. 10 CC, así como de las resoluciones que sobre ellos han dictado nuestros tribunales y la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública).

No escapa a nadie que se trata de una materia relativamente poco tratada por los autores, tanto en manuales como en obras más especializadas. Sin apenas cambios, los comentarios publicados inmediatamente después de la reforma del TPCC de 1974 —y aun los anteriores, porque la regla de base para los inmuebles siempre ha sido la misma— pueden ser leídos en la actualidad sin verse afectados —al menos, decisivamente— por el tiempo transcurrido. Ciertamente, la inmovilidad legislativa y la escasa jurisprudencia, que se dan en este ámbito, ayudan a ello, por lo que, a la vista de una iniciativa tan importante como la que se apunta en el horizonte europeo, este puede ser un momento idóneo para hacer un balance de lo ocurrido en este ámbito durante los casi cincuenta años que lleva en vigor el art. 10 CC (versión 1974) y de los casi ciento treinta que hace que se dictó el original art. 10 del Código de 1889.

3.3. *Futuro instrumento europeo*

Una vez repasada la situación existente y constatada la necesidad de elaborar en el seno de la Unión un Reglamento sobre la ley aplicable a los derechos reales, el paso siguiente es tratar de describir, a grandes rasgos, cuál debería ser su contenido básico. De ahí que, a continuación, se relacionen, resumidas, las cuestiones que habrían de abordarse en el articulado, con un breve apunte de la problemática que, *a priori*, plantean y la que, en principio, parece la mejor solución para cada una de ellas.

a) *Ámbito de aplicación*

No cabe ninguna duda de que uno de los grandes problemas que tiene el actual DIPr institucional es el de la delimitación del campo de aplicación material de los distintos instrumentos comunitarios existen-

tes, que, si bien se debe principalmente a la descoordinación temporal y material con que se han ido elaborando, no tiene por qué ser un foco permanente de problemas que lastre la aplicación de las normas. Ahora bien, en tanto no cobre forma una «Ley europea de Derecho internacional privado», la única vía para mitigar este grave inconveniente es, en sede legislativa, perfilar lo más ajustada y detalladamente posible el ámbito material de aplicación de los nuevos instrumentos y confiar que, observando el principio de coherencia, su interpretación por parte del TJUE sea lo más clarificadora posible.

A propósito de los derechos reales, la cuestión se traduce en la necesidad de que el ámbito de aplicación del futuro instrumento se circunscriba a los derechos reales sobre bienes corporales, especificándose en el frontispicio del texto que se trata de derechos oponibles *erga omnes*. Con todo, la parte más ardua de una delimitación de este tipo estriba en las exclusiones que deben acompañar la fijación del supuesto de hecho. En este caso, es lógico que un futuro Reglamento sobre derechos reales excluya de su radio de acción el estado y la capacidad de las personas físicas, la capacidad de las personas jurídicas, las obligaciones contractuales, las obligaciones extracontractuales, la creación o transmisión de derechos reales por medio de la sucesión *mortis causa*, por medio de la donación, por medio de los regímenes matrimoniales o de los regímenes comparables aplicables a las uniones registradas, cualquier incidencia de los procedimientos de insolvencia en los derechos reales, las cuestiones de derecho de sociedades, de asociaciones o de personas jurídicas, en particular las relativas a su disolución, extinción o fusión, la creación, administración y disolución de *trusts* (una remisión al Convenio de La Haya de 1985 se estima oportuna) y la mecánica de inscripción registral de los derechos reales.

Parece también necesario excluir del ámbito de aplicación del futuro instrumento las cuestiones relativas a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos, que, hace unos años, fueron objeto de una Propuesta de Reglamento específica COM(2018) 96 final.

Más de uno de los aspectos citados necesitará aclaraciones adicionales, por ejemplo, en alguno de los considerandos del futuro instrumento, y también es posible añadir a esta lista alguna otra cuestión, pero la relación fundamental es la indicada.

b) Definiciones

Como ocurre con los instrumentos de los últimos tiempos, un futuro Reglamento en esta materia habría de incorporar una serie de definiciones que permitiesen adentrarse en su regulación a juristas de distintas tradiciones jurídicas. Indispensables, parecen, una definición de «derecho real», así como de «bien corporal», «bien mueble» y «bien in-

mueble». Igualmente, se adivina necesario fijar el contenido de ciertas nociones muy significativas dentro del texto, como pueden ser «bienes en tránsito», «medios de transporte», «bienes culturales», «derecho de garantía» o «conflicto móvil». En este sentido, el art. 2 de la Propuesta del GEDIP es ilustrativo de la incorporación de dichas definiciones.

c) Aplicación universal

Está fuera de toda duda que el nuevo instrumento, al igual que todos los instrumentos europeos de Derecho aplicable que le han precedido, ha de ser de «aplicación universal». Así también lo contempla el art. 3 de la Propuesta del GEDIP.

d) Soluciones generales

d.1) Solución subjetiva

Aunque se trata de un tema muy discutido en doctrina, como prueba que ni la Propuesta del GEDIP ni parece confirmarse que los trabajos preparatorios de la AEPIL contemplen esta hipótesis (parte de los cuales fueron presentados muy profesionalmente durante la III Jornada sobre derechos reales, que tuvo lugar en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universitat Rovira i Virgili, los días 5 y 4 de abril de 2024), en nuestro proyecto se parte de la premisa de que las partes han de poder elegir la ley aplicable a los derechos reales. A partir de aquí (de este punto de arranque) todo es discutible. En particular, dos puntos merecen nuestra atención: en cuanto al objeto de la autonomía, convendrá estudiar si la autonomía de las partes debe limitarse a los derechos reales sobre bienes muebles o también puede extenderse a los derechos reales sobre bienes inmuebles; en cuanto a la extensión de la autonomía, nuestro análisis debe sopesar debidamente si las partes pueden elegir cualquier ley para gobernar el derecho real (al igual que sucede en otros campos del DIPr patrimonial, como las obligaciones contractuales y extracontractuales) o solo pueden optar por una de las leyes que expresamente se pongan a su disposición por presentar un vínculo objetivo suficientemente estrecho con la situación jurídico-real en cuestión.

d.2) Solución objetiva

Tanto si se admite la elección de ley (en tal caso, a falta de ejercicio) como si la misma es vetada, el Reglamento tiene que determinar la ley o leyes aplicables a los derechos reales. En este punto, el recurso a la ley del lugar de situación de los bienes es ineludible, aunque la pregunta correcta —a la que el proyecto trata de dar respuesta— es si

la *lex rei sitae* ha de ser la única solución prevista o puede combinarse con otras. Naturalmente, la fórmula puede ser distinta según se trate de derechos reales mobiliarios o inmobiliarios, pues la entrada de otras conexiones como la residencia habitual conjunta, por ejemplo, puede ser más o menos fácil de defender en un caso que en el otro. Lo mismo sucede con respecto a la admisión de una eventual «cláusula de escape o de excepción», que, obviamente, no podría ser considerada en caso de una posible intervención de la voluntad privada, pero que, en el marco de las soluciones objetivas, es imaginable incluso frente a la *lex situs*, aunque su justificación gane muchos enteros a propósito de los derechos reales mobiliarios y los pierda cuando se trate de derechos sobre inmuebles. Esta última solución propuesta ha sido, pero, descartada por la Propuesta del GEDIP y también de los trabajos preparatorios de la AEPIL.

e) Soluciones particulares

e.1) Bienes en tránsito

Siguiendo la tradición del DIPr español y la mayor parte del comparado, una regla especial debe establecerse para los derechos reales sobre bienes en tránsito. En este punto, la admisión del papel decisivo de la voluntad de las partes parece menos controvertible que en la cláusula general, porque muchos textos existentes le dan entrada, como hace el art. 10.1.3 CC. Más discutible es la solución que hay que adoptar en caso de que las partes no hagan uso de la autonomía conferida, porque, frente a una opinión predominante (la recogida en las leyes suiza o italiana y el Código portugués) que recurre a la ley del lugar de destino, hay textos (como el Código español) que prefieren la ley de expedición de los bienes. En este sentido, tanto la Propuesta del GEDIP (véase art. 5) como los trabajos preparatorios de la AEPIL parecen confirmar la regla general consistente en la aplicación de la ley del lugar de destino, aunque ambas propuestas con matices levemente diferentes.

e.2) Medios de transporte

Otra regla clásica es la correspondiente a los derechos reales sobre los medios de transporte, con la que también cuenta el Código civil español. Por lo que toca a los derechos reales sobre estos medios de transporte, es concebible una solución dual (como la del art. 10.1.2 del CC, que diferencia los derechos sobre buques, aeronaves y ferrocarriles, que se someten a ley de su abanderamiento, matrícula y registro y los derechos sobre automóviles y otros medios de transporte por carretera, que restan sujetos a la ley de su situación) o una solución única (como la del Código civil portugués, que aplica a todos estos derechos

la ley de matriculación del transporte), que, creemos (pendientes de un análisis más pormenorizado) que habría de primar en un futuro instrumento comunitario, de manera que a dichos bienes y a los derechos (principalmente, gravámenes) que se constituyan sobre ellos se les aplique la ley del Estado de su nacionalidad, abanderamiento, matrícula o registro. Más específicamente, la ley del país del registro del medio de transporte permitiría armonizar todavía más la regla, pero, en materia de aviación civil, plantea algún problema su generalización, que, de todos modos, sería lo más deseable. En este sentido, la Propuesta del GEDIP (véase art. 6) confirma la ley del lugar del registro respecto de los medios de transporte sujetos a registro, mientras los trabajos preparatorios de la AEPIL parecen confirmar en líneas generales la aplicación de la ley del Estado del abanderamiento, matrícula o registro. Si bien, en este contexto esta asociación introduce una regla particular para los vehículos a motor.

e.3) Bienes culturales

Pese a que la regulación que se plantea es, en principio, de vocación generalista, la inclusión de una regla referente a los derechos sobre bienes culturales se justifica por la singularidad de dichos bienes, el tráfico ilícito de los cuales ha motivado que, en las últimas décadas, los Estados hayan tomado cartas en el asunto. En DIPr, la protección de dichos bienes puede conseguirse a veces a través de la intervención de las normas materiales imperativas que los ordenamientos contienen y que, como demuestra el Derecho español, proceden de fuente institucional, convencional o interna. Sin embargo, no puede fiarse todo al empleo de normas de este tipo, que, por su propia naturaleza, son remedios excepcionales con los que no debería contarse reglamentar ordinariamente el tráfico privado externo. Para ello, están las normas de conflicto y en un futuro instrumento europeo sería necesario incluir una norma relativa a los derechos reales sobre tales bienes, que los sometiera igualmente a la *lex rei sitae*, si bien, en estos supuestos, como admite la doctrina contemporánea en pleno, por ley de situación hay que entender la que tenían dichos bienes antes de su desplazamiento ilícito, esto es, la denominada *lex originis*. En este sentido, la Propuesta del GEDIP parte de esta solución general, pero ofrece la posibilidad al demandante de optar por la ley de ubicación del bien cultural ilícitamente sustraído en otros momentos posteriores a dicho desplazamiento ilícito (véase art. 10).

f) Ámbito de aplicación de la ley aplicable

En la eventual reglamentación sobre la que quiere trabajarse, un apartado, estrechamente conectado con el del ámbito material de aplica-

ción del instrumento, es el del ámbito de aplicación de la ley aplicable. Es decir, qué aspectos deben quedar sujetos a la *lex causae*. Entre ellos, parece incuestionable que la ley designada por el futuro instrumento tendría que aplicarse a la identificación de los derechos reales y a la existencia de un *numerus apertus* o *clausus* de los mismos; el contenido y defensa de la posesión; a las condiciones de creación, transmisión y extinción de un derecho real sobre bienes corporales; a la naturaleza, contenido y efectos de las titularidades jurídico-reales; a la cuestión de si la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre un bien requiere del título y el modo transmisivo, o basta con el título o con el modo solamente; a la necesidad de la tradición y, en su caso, las modalidades de la misma; respecto de la adquisición de bienes inmuebles, a la necesidad o no de inscripción registral; a la copropiedad en sus diversas variantes; a las reglas de preferencia entre distintos derechos reales sobre un mismo bien; a la constitución, transmisión y ejecución de las garantías reales.

g) El conflicto móvil

Este problema que, principalmente, es propio de las conexiones mutables de naturaleza personal, también se da respecto del lugar de situación de un bien, cuando éste es un mueble susceptible de ser desplazado y quedar sometido a una *lex situs* distinta de la que lo venía gobernando. La consecuencia es que la constitución y validez de un derecho real y sus efectos presentes pueden quedar sometidos a leyes diferentes. De entrada, podría partirse de las soluciones proporcionadas por el DIPr alemán y suizo, que son los que más han desarrollado estos aspectos regulatorios. En este contexto, dada la dificultad de este problema, los trabajos preparatorios de la AEPIL ofrecen una solución innovadora basada en la inscripción registral del derecho real en cuestión. Por su parte, la Propuesta del GEDIP también se refiere a este problema en su art. 8.

h) Normas imperativas

Por último, además de contener previsiones relativas al rechazo del reenvío, a la intervención del orden público, a la identificación de la ley aplicable en sistemas plurilegislativos, a la inaplicación del instrumento a los conflictos internos, a las relaciones con otros instrumentos comunitarios y con los convenios internacionales, a las normas de derecho transitorio y a las concernientes a la entrada en vigor y aplicación del Reglamento, éste debería incluir una disposición relativa a las leyes de policía. Una cláusula de esta naturaleza se ha venido generalizando en los instrumentos sobre derecho aplicable (aunque no se encuentra en el R 1259/2010, y en el R 650/2012 se formula de una manera totalmente

distinta en el art. 30, a través de la salvaguardia de los regímenes sucesorios especiales) y, por tanto, debería también ser añadida en un futuro Reglamento sobre la ley aplicable a los derechos reales sobre bienes corporales. Así también lo proponen tanto la Propuesta del GEDIP (véase art. 12) como los trabajos preparatorios de la AEPIL.

