



Private International Law on Rights *in rem* in the European Union

*Derecho internacional
privado sobre derechos
reales en la Unión Europea*

Maria Font-Mas (dir.)



PRIVATE INTERNATIONAL LAW ON RIGHTS *IN REM*
IN THE EUROPEAN UNION

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
SOBRE DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

MARIA FONT-MAS
(dir.)

**PRIVATE INTERNATIONAL LAW
ON RIGHTS *IN REM*
IN THE EUROPEAN UNION**

**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
SOBRE DERECHOS REALES
EN LA UNIÓN EUROPEA**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2024

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Los autores

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.

Tamayo y Baus, 7. 28004 MADRID

 91 304 33 03

www.marcialpons.es

DOI: <https://doi.org/10.37417/mtfgr708>

Diseño de cubierta y fotocomposición: ene estudio gráfico

MADRID, 2024

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	27
CONTEXTUALIZATION: RIGHTS <i>IN REM</i> IN PRIVATE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW	
CONTEXTUALIZACIÓN: DERECHOS REALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO COMPARADO	
MARCO GENERAL DE LAS NORMAS DE DERECHO INTER- NACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE DERECHOS REALES EN LA UE , <i>por Georgina Garriga Suau, Josep M. Fontanellas Morell y Maria Font-Mas</i>	39
I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES	39
II. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	42
1. Delimitación de la categoría «derecho real» y coherencia en su interpretación	42
2. Competencia judicial internacional	47
3. Ley aplicable	50
3.1. Introducción	50
3.2. Regulación actual	51
3.3. Futuro instrumento europeo	51
RIGHTS <i>IN REM</i> IN EUROPE: A COMPARATIVE PERSPECTI- VE , <i>por Héctor Simón Moreno</i>	59
I. INTRODUCTION	59

	Pág.
II. THE CURRENT ACQUIS COMMUNAUTAIRE: A BASIS FOR HARMONIZATION OF PROPERTY LAW IN EUROPE?.....	60
III. THE SYSTEM OF PROPERTY LAW IN CIVIL AND IN ANGL-AMERICAN LAW	64
1. The civil law «ownership» and the common law «freehold» .	64
1.1. The civil law «ownership».....	64
1.2. In Anglo-American law: the doctrine of estates	67
2. The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the social function of the property.....	69
3. Intermediate tenures.....	72
4. The object of the property right	73
5. The legal entity known as a <i>trust</i>	74
6. Condominium.....	75
7. Ways of acquiring and losing property rights.....	76
8. The publication of property rights.....	77
IV. NEW CHALLENGES IN THE EVOLUTION OF PRIVATE PROPERTY	78
1. Personal data	79
2. Robots	80
3. Blockchain	82
4. Animals	83
5. Fundamental rights and EU private law	85
V. CONCLUDING REMARKS	86
CHOICE OF LAW FOR PROPERTY ISSUES: THE THIRD RESTATEMENT'S APPROACH IN COMPARATIVE PERSPECTIVE, por Christopher A. Whytock.....	89
I. INTRODUCTION	89
II. CHOICE OF LAW IN THE UNITED STATES AND THE ROLE OF RESTATEMENTS.....	91
III. THE FIRST AND SECOND RESTATEMENTS, THE SITUS RULE, AND RENVOI	94
IV. THE THIRD RESTATEMENT: THEORY	98
V. THE THIRD RESTATEMENT: EXAMPLES	100
1. Core Property Issues	100
2. Property in Marriage and Other Domestic Relationships	103
3. Succession.....	104
V. COMPARATIVE OBSERVATIONS.....	106

	Pág.
LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN DERECHO INTERNA- CIONAL PRIVADO UNIFORME, <i>por Rocío Caro Gándara</i>	113
I. INTRODUCCIÓN.....	113
II. LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE GARANTÍAS MO- BILIARIAS DE 2016	116
1. Antecedentes y aspectos generales.....	116
2. Constitución de la garantía.....	117
3. Oponibilidad frente a terceros	118
4. Registro	119
5. Régimen de prelación.....	120
6. Derechos y obligaciones de las partes y de los terceros	121
7. Ejecución.....	121
8. Normas de Derecho internacional privado	123
III. EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO DE 2001.....	124
1. Aspectos generales y ámbitos del convenio	124
2. Constitución de la garantía.....	127
3. Medidas de protección del acreedor garantizado en caso de incumplimiento del deudor.....	127
4. Registro internacional y efectos frente a terceros.....	129
5. Sistema de prelación	130
6. Eficacia en el procedimiento de insolvencia del deudor.....	131
IV. EL LIBRO IX DEL DCFR	131
1. Aspectos generales y ámbitos del DCFR	131
2. Constitución de la garantía.....	133
3. Oponibilidad frente a terceros	133
4. Registro europeo	134
5. Orden de prelación	135
6. Vida de la garantía	135
7. Impago y ejecución	136
V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES	136
 RIGHTS <i>IN REM</i> IN SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND SPANISH INTERLOCAL CONFLICT RULES	
 DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO E INTERREGIONAL ESPAÑOL SOBRE DERECHOS REALES	
 RIGHTS <i>IN REM</i> IN SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW, <i>por Josep M. Fontanellas Morell</i>.....	141
I. INTRODUCTION	141

	Pág.
II. INTERNATIONAL JURISDICTION	143
1. General aspects	143
2. Institutional Private International Law: Regulation 1215/2012	144
2.1. Corporeal property	144
2.2. Incorporeal property	152
3. Conventional Private International Law and Autonomous Private International Law	154
III. APPLICABLE LAW	156
1. General aspects	156
2. General rule	157
3. Particular rules	161
4. Scope of application of the statute governing rights <i>in rem</i> ...	173
IV. RECOGNITION OF DECISIONS AND ACTS	176
GARANTÍAS REALES Y REESTRUCTURACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL, por Iván Heredia Cervantes	179
I. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA Y SU NECESARIO REFLEJO EN LA NORMATIVA SOBRE INSOLVENCIA INTERNACIONAL	179
II. EL NUEVO ARTÍCULO 754 TRLC	184
1. La eliminación de las excepciones al juego de la <i>lex fori concursus</i>	184
2. El tratamiento de los derechos reales	185
3. Derechos reales y reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia de insolvencia	187
III. GRUPOS DE SOCIEDADES Y GARANTÍAS INTRAGRUPPO: PROBLEMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	190
IV. CONCLUSIONES	194
LA APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019, DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, A LAS GARANTÍAS HIPOTECARIAS EN ESPAÑA SUJETAS A PRÉSTAMOS EXTRANJEROS, por Nerea Magallón Elósegui	197
I. INTRODUCCIÓN	197

	Pág.
II. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE GARANTIA HIPOTECARIA INTERNACIONALES: ¿CUÁNDO SE APLICA LA LEY REGULADORA DE CRÉDITOS ESPAÑOLA?	199
1. La sumisión a la Ley de contratos de créditos inmobiliarios en el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual de las partes.....	200
2. Normas imperativas de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.....	202
2.1. <i>Aplicación de la Ley reguladora del crédito inmobiliario a los aspectos contractuales de financiación</i>	202
2.2. <i>La aplicación de la Ley de contratos de créditos inmobiliarios a los aspectos jurídicos reales</i>	205
III. CONCLUSIONES.....	208
LOS DERECHOS REALES EN LOS DERECHOS CIVILES COEXISTENTES EN ESPAÑA, por Ángel Serrano de Nicolás	211
I. BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS REALES EN ESPAÑA.....	211
II. REGLAS BÁSICAS EN MATERIA DE DERECHOS REALES APLICABLES A TODOS NUESTROS DERECHOS CIVILES..	215
III. USUCAPIÓN Y DERELICCIÓN COMO MODOS DE ADQUIRIR Y EXTINGUIR LOS DERECHOS REALES.....	224
IV. DERECHO PATRIMONIAL: DERECHOS DE CRÉDITO <i>VS.</i> DERECHOS REALES Y SU FUNCIÓN SOCIAL.....	227
V. FOMENTO DE LA PROPIEDAD INDIVIDUAL: CIERRE DE FINCAS <i>VS.</i> COMUNIDAD GERMÁNICA Y RELACIONES DE VECINDAD.....	230
VI. DERECHOS REALES LIMITADOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE, DE ORIGEN LEGAL.....	234
VII. DERECHOS REALES LIMITADOS DE GARANTÍA.....	236
VIII. CONCLUSIONES.....	237
LA LEY APLICABLE A LOS DERECHOS REALES EN LOS CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES EN ESPAÑA: ALGUNOS DESAJUSTES, por Albert Font i Segura	239
I. INTRODUCCIÓN.....	239
II. FUNDAMENTOS COMUNES	241
1. Unidad de jurisdicción	241
2. Ordenación de los registros e instrumentos públicos.....	242
3. Bases de las obligaciones contractuales	244

	Pág.
4. Sistema unitario para resolver los conflictos de leyes	245
III. IMPACTO DE LOS CONFLICTOS INTERLOCALES DE LEYES	248
1. La Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco	249
2. La servidumbre de paso	250
IV. INSTITUCIONES DE NATURALEZA HÍBRIDA	252
1. La troncalidad vasca.....	253
2. La tornería aranesa	254
3. El retracto gentilicio navarro.....	255
4. El derecho de abolorio aragonés	256
V. CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL	257
1. Presentación	257
2. Conflicto de competencias.....	260
VI. PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN	262
VII. A MODO DE REFLEXIÓN	265
LOS CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE DERECHOS CONSTITUIDOS SOBRE AERONAVES EN DERECHO INTERREGIONAL, por Pau Oriol Cosialls Perpinyà	267
I. INTRODUCCIÓN.....	267
II. LA DIVERSIDAD LEGISLATIVA MATERIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PLURILEGISLATIVO ESPAÑOL RESPECTO DEL APROVECHAMIENTO POR TURNOS. APLICACIÓN AL SUPUESTO DE LAS AERONAVES	268
III. LA LEY APLICABLE A LOS DERECHOS CONSTITUIDOS SOBRE AERONAVES SEGÚN LA NORMATIVA CONFLICTUAL ESPAÑOLA.....	273
IV. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES EN LA MATERIA. INSUFICIENCIA DE LA REGULACIÓN Y POSIBLES SOLUCIONES	276
1. Rechazo a la aplicación de una ley territorial, a la luz de la norma de conflicto del art. 10.2 CCEsp.....	280
2. Aceptación de la posibilidad de aplicación de una determinada legislación territorial para los supuestos de hecho que nos ocupan, a la luz de la norma de conflicto del art. 10.2 CCEsp	282
V. REFLEXIONES FINALES	286

RIGHTS *IN REM* IN THE EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW REGULATIONS

DERECHOS REALES EN LOS REGLAMENTOS DE DIPR DE LA UE

APPARENT CONFLICTS IN THE CHARACTERISATION OF CROSS-BORDER TRANSFERS OF RIGHTS <i>IN REM</i> AND CONCEALED SUBSTANTIVE CONNECTING FACTORS FOR JURISDICTION OVER IMMOVABLE ASSETS, por Ilaria Prete- lli	291
I. INTRODUCTION	292
II. THE PROCESSES OF CHARACTERISATION (QUALIFICA- TION) IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW	293
1. Traditional and contemporary connecting factors for rights <i>in</i> <i>rem</i>	293
2. «Characterisation» in the concrete subsumption process or in the development of legal rules?	295
2.1. The original process of characterisation in historical dimen- sion	296
2.2. The importance of the conceptual distinction between the two characterisation processes for the interpretation of Article 24(1) of the Brussels I bis Regulation	297
III. CROSS-BORDER TRANSFERS OF RIGHTS <i>IN REM</i> AS A MATTER OF CONTRACT	297
1. The undisputed contractual character of cross-border transfers of rights in <i>rem</i>	297
2. Avoidance actions of cross-border transfer of rights <i>in rem</i> ...	298
2.1. The rationale of the exclusive character of the <i>forum rei</i> <i>sitae</i> in Reichert	298
2.2. Good faith as a connecting factor in Feniks compared to the Italian case Corkran	300
2.3. The principle of effectiveness in Reitbauer and Schmidt ..	303
IV. NON-CONTRACTUAL TRANSFERS OF RIGHTS <i>IN REM</i> FA- LLING WITHIN THE SCOPE OF THE RULE ON RIGHTS <i>IN</i> <i>REM</i>	305
1. The scope of the jurisdictional rule on rights <i>in rem</i>	305
2. Examples of causes of action falling within the scope of Article 24(1) EU Regulation 1215/2012	307
2.1. Subrogation in actions for damages	307
2.2. Right of pre-emption	308

	Pág.
2.3. Common property	308
3. <i>Vis attractiva</i> of the <i>forum rei sitae</i> in litigation on modification of Land registers	309
V. CONCLUSIONS	310
REFLEXIONES EN TORNO A LA ADECUACIÓN DEL FORO EXCLUSIVO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES, por Maria Font-Mas	313
I. INTRODUCCIÓN.....	313
II. EL FORO EXCLUSIVO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENT MIENTO DE INMUEBLES EN EL RBIBIS	318
1. Foro para el contrato de arrendamiento de bien inmueble con fines vacacionales.....	320
2. Contratos de arrendamiento vacacional <i>online</i> a través de pla taformas digitales o de profesionales del turismo	322
III. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL FORO EXCLU SIVO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES: ¿ACCIONES PERSONALES O REALES?.....	325
1. Síntesis de la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos reales inmobiliarios	325
2. Jurisprudencia del TJUE en materia de contratos de arrenda miento de bienes inmuebles	327
IV. ARGUMENTOS DE LA EXCLUSIVIDAD DEL FORO PARA LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIENES IN MUEBLES: ¿TODAVÍA VIGENTES?.....	333
1. La <i>lex situs</i> en el contrato de arrendamiento de bien inmueble	334
2. Normas imperativas	338
3. Propuestas de <i>lege ferenda</i>	343
V. CONSIDERACIONES FINALES	347
EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS REALES MOBILIA RIOS ANTE LOS TRIBUNALES, por Carmen Parra Rodríguez....	349
I. CONSIDERACIONES GENERALES	349
II. EL ALCANCE DE LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO COMPARADO.....	351
III. EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS REALES MOBILIA RIOS EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I <i>BIS</i>	353
1. Soluciones doctrinales y jurisprudenciales.....	353

	Pág.
2. Soluciones alternativas a la existencia de un foro especial	357
IV. EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS REALES MOBILIARIOS EN LA LOPJ	358
V. PROPUESTAS PARA REGULAR LOS DERECHOS REALES MOBILIARIOS EN EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.....	359
VI. PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES EN EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.....	361
1. Medios de transporte.....	362
2. Bienes en tránsito.....	362
3. Bienes culturales.....	364
VII. CONCLUSIONES.....	365
 EL <i>TRUST</i> EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO: LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL , por <i>Cristina González Beilfuss</i>	
I. INTRODUCCIÓN.....	367
II. NATURALEZA DEL <i>TRUST</i>	368
III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.....	371
1. El Reglamento 1215/2012.....	371
1.1. La prorrogación de foro	372
1.2. El foro especial del domicilio del <i>trust</i>	375
2. El <i>trust</i> en los demás Reglamentos europeos	379
 RIGHTS IN REM AND PROPERTY DISPUTES IN FAMILY RELATIONSHIPS , por <i>Diana Marín Consarnau</i>	
I. INTRODUCTION.....	382
II. RELEVANCE OF THE SCOPE OF APPLICATION <i>RATIONE MATERIAE</i>	385
III. DELIMITATION WITHIN AND AMONG INSTRUMENTS: AN ARGUMENTATIVE AND COHERENCE-BASED APPROACH.....	387
IV. «RIGHTS IN PROPERTY ARISING OUT OF A MATRIMONIAL RELATIONSHIP»: FROM THE BRUSSELS CONVENTION OF 1968 TO REGULATION (EU) 1215/2012	390
V. DISSOLUTION OF CO-OWNERSHIP AND LIQUIDATION OF PROPERTY ACQUIRED DURING THE MARRIAGE ¿RIGHTS IN REM OR MATRIMONIAL REGIME?.....	394

	Pág.
VI. «RIGHTS IN PROPERTY ARISING OUT OF A RELATIONSHIP DEEMED BY THE LAW APPLICABLE TO SUCH RELATIONSHIP TO HAVE COMPARABLE EFFECTS TO MARRIAGE»: TOWARDS ITS INTRODUCTION IN REGULATION (EU) 1215/2012.....	398
VII. FINAL CONSIDERATIONS.....	400
APPLICABLE LAW ON RIGHTS <i>IN REM</i> IN THE EU: <i>STATU QUO</i> AND PROPOSALS FOR THE FUTURE LEY APLICABLE A LOS DERECHOS REALES EN LA UE: <i>STATU QUO</i> Y PROPUESTAS DE FUTURO	
A EUROPEAN REGULATION FOR INTERNATIONAL PROPERTY LAW , por Eva-Maria Kieninger	403
I. INTRODUCTION.....	403
II. DESIRABILITY OF A EUROPEAN REGULATION ON INTERNATIONAL PROPERTY LAW.....	405
1. <i>Lex situs</i> as common principle but multiple differences in detail	405
1.1. Traditional approaches: Spain and Germany as examples.	405
1.2. French draft PIL Act: traditional and unilateral.....	407
1.3. Modern approaches: Dutch law as an example	409
2. Interim Conclusions	411
3. Greater visibility	412
III. SOME CENTRAL POLICY ISSUES.....	413
1. <i>Lex rei sitae</i> versus freedom of choice of law	413
2. Security rights and mobile conflict.....	415
2.1. Overview.....	415
2.2. Theoretical level: transposition v acceptance and substitution	417
2.3. Advantages of a European Regulation	418
IV. STATE OF REGISTRATION AS CONNECTING FACTOR FOR REGISTERED MOTOR VEHICLES	420
V. CONCLUSION	421
HARMONISATION OF CONFLICT-OF-LAW RULES ON RIGHTS <i>IN REM</i>: A GUIDE TO THE PROPOSAL OF THE EUROPEAN GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW (GEDIP) , por Francisco J. Garcimartín Alférez	423

	Pág.
I. INTRODUCTION	423
II. STRUCTURE OF THE PROPOSAL	424
III. TERMINOLOGY: THE CONCEPT OF PROPRIETARY RIGHTS	424
IV. SCOPE OF APPLICATION	425
1. Material scope	425
2. Universal scope	428
3. Temporal scope	428
V. GENERAL RULES	429
1. <i>Lex situs</i> principle	429
2. Goods in transit or to be exported and means of transport	431
VI. SCOPE OF THE APPLICABLE LAW	434
VII. CHANGE OF APPLICABLE LAW (<i>CONFLIT MOBILE</i>)	436
VIII. OTHER PROVISIONS	440
 CHOICE OF LAW IN LAND SECURITY RIGHTS – AN IMPOSSIBLE SOLUTION?, por Afonso Patrão	 443
I. SCARCITY OF INTERNATIONAL MORTGAGES IN THE EUROPEAN UNION	443
II. LEGAL DISPARITY IN MORTGAGE LAW AND <i>SITUS RULE</i> : AN UNAVOIDABLE OBSTACLE TO THE EUROPEAN MORTGAGE MARKET?	446
III. THE FOUR MAIN GROUNDS OF THE <i>SITUS RULE</i>	450
1. <i>Lex rei sitae</i> as a consequence of territorial sovereignty	450
1.1 Imposition of (public) international law	450
1.2. Effectiveness reasons	454
1.3. Economic sovereignty and economic policy reasons	455
2. The nature of things	457
3. Third party protection	460
3.1. Do third parties really need protection?	461
3.2. Protection of third parties in mortgage: Land Registry, more than the applicable law	463
4. International Consistency	466
IV. CONCLUSIONS	468
 WHAT ROLE FOR OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS OF THIRD COUNTRIES IN CONFLICTS OF LAWS RELATING TO RIGHTS <i>IN REM</i> IN MOVEABLE NON-CULTURAL PROPERTY?, por Pietro Franzina	 469

	Pág.
I. THE CURRENT REFLECTION ON A POSSIBLE EU INSTRUMENT ON THE LAW GOVERNING RIGHTS <i>IN REM</i>	469
II. THE UNILATERALIST FLAVOUR OF THE <i>LEX REI SITAE</i> RULE: IS THERE ANY ROOM LEFT FOR OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS IN THE FIELD OF RIGHTS <i>IN REM</i> ?.....	471
III. THE RECOVERY OF ILLEGALLY TRANSFERRED NON-CULTURAL OBJECTS.....	472
IV. THE ENFORCEMENT OF DUTIES PERTAINING TO THE MOVEABLE ASSETS IN QUESTION	474
V. CONCLUDING REMARKS	476
 RETHINKING <i>CONFLIT MOBILE</i>: APPLYING THE LAW OF COMI TO RIGHTS <i>IN REM</i>, por Gilles Cuniberti	 477
I. INTRODUCTION	477
II. JUSTIFYING THE APPLICATION OF THE LAW OF COMI....	478
1. Challenging the rationale for the application of the <i>lex situs</i> .	478
2. The alternative choice of law rule in more details.....	481
3. Comparing the merits of the two choice of law rules.....	484
3.1. Stability of Connecting Factor and Legal Certainty	484
3.2. Insolvency	485
III. SCOPE OF THE PROPOSED CHOICE OF LAW RULE.....	486
1. Assets.....	486
2. Actors.....	488
3. Conflicts	489
4. Third States	490
 DRAFTING AN EU CHOICE-OF-LAW RULE FOR PROPERTY RIGHTS IN MEANS OF TRANSPORT: SOMETHING OLD, SOMETHING NEW, por Jonathan Schenk	 491
I. INTRODUCTION	491
II. WHY AND FOR WHICH KINDS OF MEANS OF TRANSPORT IS A SPECIAL CHOICE-OF-LAW RULE DESIRABLE?.....	494
III. TERMINOLOGY	496
IV. CONNECTING FACTOR	500
1. Connecting factor for watercraft	500
2. Connecting factor for aircraft.....	502
3. Connecting factor for railway vehicles.....	503
4. Connecting factor for motor vehicles.....	505

	Pág.
V. CONCLUSION	506
 AN EU CONFLICT-OF-LAWS APPROACH TO PROPRIETARY ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, <i>por Birgit van Houtert</i>	
I INTRODUCTION	509
II. DE LEGE LATA.....	512
1. <i>Lex loci protectionis</i>	512
2. <i>Lex originis</i>	513
III. DE LEGE FERENDA	515
1. <i>Lex loci protectionis</i>	515
1.1. Characterisation of proprietary aspects of IP rights	516
1.2. «Sitz» of the legal relationship and the territorial protection of IP rights	518
1.3. <i>Lex loci protectionis</i> under Rome I and Rome II	519
2. Special conflict-of-laws approach regarding initial ownership in case of employment.....	520
2.1. A plea for objective connecting factors.....	521
2.2. Loci laboris as main connecting factor	522
3. Derogation mechanisms	523
IV. CONCLUSION	525
 ALTERNATIVE SOLUTIONS TO <i>LEX REI SITAE</i> AS THE LAW APPLICABLE TO REAL ESTATE IN BORDER AREAS, <i>por Alfonso Ortega Giménez</i>	
I. INTRODUCTION: <i>LEX REI SITAE</i> RULE AS THE APPLICABLE LAW TO REAL ESTATE	527
II. SPECIFIC CASE: BORDER REAL ESTATE.....	530
III. ALTERNATIVES TO <i>LEX REI SITAE</i> AS THE LAW APPLICABLE TO BORDER REAL ESTATE.	537
V. CONCLUSIONS	538

PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF CULTURAL OBJECTS

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE LOS BIENES CULTURALES

JURISDICTION OVER ACTIONS FOR THE RECOVERY OF CULTURAL OBJECTS UNDER ARTICLE 7(4) OF THE REGU-

	Pág.
LATION (EU) 1215/2012, por Ivana Kunda	543
I. INTRODUCTION.....	543
II. INTERNATIONAL AND EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK.....	544
1. General overview.....	544
2. Rules on cross-border jurisdiction.....	546
III. FEATURES OF SPECIAL JURISDICTION FOR CROSS-BORDER RECOVERY OF CULTURAL OBJECTS IN EU LAW.....	547
1. Scope of application.....	547
2. Place in the system.....	551
IV. ASSESSMENT AND AMENDMENT PROPOSAL.....	552
 LOOKING AT CULTURAL OBJECTS THROUGH A PRIVATE INTERNATIONAL LAW LENS, por Janeen M. Carruthers	557
I. BACKGROUND.....	557
II. WHAT'S IN A NAME?.....	561
III. THE IMPORTANCE OF APPLICABLE LAW.....	565
IV. POTENTIAL MODELS OF LEGISLATIVE INTERVENTION..	569
V. BUILDING THE EUROPEAN LEGISLATIVE FRAMEWORK.....	570
VI. DRAFTING A SPECIAL CHOICE OF LAW RULE FOR A SPE- CIAL CATEGORY OF PROPERTY.....	572
VII. EXISTING MODELS AND ALTERNATIVE SOLUTIONS	576
VIII. CONCLUSION	581
 PROPRIETARY RIGHTS OVER CULTURAL OBJECTS IN A GLOBAL WORLD, por Sabrina Ferrazzi	583
I. INTRODUCTION. A DISTINCTIVE CROSSROAD OF INTER- ESTS.	583
II. <i>LEX REI SITAE</i> AS A GENERAL PRINCIPLE OF PRIVATE IN- TERNATIONAL LAW AND THE ISSUE OF FOREIGN PUBLIC LAWS.....	587
III. THE INTERNATIONAL LAW APPROACH.....	591
IV. THE EMERGENCE OF “CULTURAL” CONFLICT OF LAWS RULES.....	594
V. CONCLUSIONS	596
 BIENES CULTURALES EN DERECHO INTERREGIONAL ES- PAÑOL, por Rosa Miquel Sala	599
I. INTRODUCCIÓN.....	599

	Pág.
II. FACTORES PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE, EN GENERAL	601
1. Especiales características de los bienes culturales.....	601
2. Problemas derivados de la aplicación de la <i>lex rei sitae</i> en relación con bienes culturales muebles	602
3. Propuestas de lege ferenda. En particular, la Propuesta del GEDIP.....	605
III. FACTORES PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN SUPUESTOS INTERREGIONALES, EN PARTICULAR	607
1. Los litigios «entre Cataluña y Aragón» como hilo conductor	607
1.1. Hasta la segregación de las parroquias de «La Franja de Ponent»/«La Franja oriental de Aragón».....	608
1.2. A partir de la segregación	609
2. Determinación del Derecho civil aplicable. Relevancia de la plurilegislación civil, también en supuestos internacionales ..	612
3. El actual marco normativo para la protección de bienes culturales en España.....	613
3.1. Legislación estatal y autonómica	613
3.2. Supuestos de inalienabilidad e imprescriptibilidad. Particular referencia al art. 28.3 LPHE.....	614
3.3. Diferenciación entre bienes muebles e inmuebles.....	616
3.4. Separación, traslado, disgregación	617
4. Criterios para la determinación del régimen de protección autonómico aplicable	619
4.1. Principio de territorialidad	620
4.2. Principio de vinculación histórico-cultural	620
IV. CONCLUSIONES.....	627
1. Sobre la determinación de la <i>lex rei sitae</i> . Consideraciones de <i>lege ferenda</i>	627
2. Sobre la determinación del régimen de protección autonómico aplicable	629

CHALLENGES OF RIGHTS *IN REM* IN THE DIGITAL ERA

RETOS DE LOS DERECHOS REALES EN LA ERA DIGITAL

REGISTROS DE LA PROPIEDAD EN LÍNEA Y CIRCULACIÓN TRANSFRONTERIZA DE DOCUMENTOS DIGITALES EN LA UNIÓN EUROPEA, por Guillermo Palao Moreno	633

	Pág.
I. HACIA LA DIGITALIZACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA: RETOS DE UN TRABAJO EN PROGRESO	634
1. La creciente digitalización de los Registro de la Propiedad estatales en el contexto de la Unión Europea	635
2. La fragmentación normativa en la materia y la necesidad de llevar a cabo una actuación normativa de alcance europeo	638
II. LA COMPLEJA SITUACIÓN ACTUAL: UN ALEGATO POR UNA INICIATIVA EUROPEA FAVORECEDORA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	639
1. Insuficiencia del marco normativo internacional existente.....	639
2. Mercado Único Digital y Registro de la Propiedad.....	640
2.1. La importancia de la identificación electrónica y de la protección de datos personales como punto de partida.....	641
2.2. La fundamental libertad de circulación de personas y los irrelevantes resultados alcanzados en este ámbito para esta materia	642
2.3. Los esfuerzos encaminados a favorecer la Cooperación judicial civil digital y sus limitados efectos en relación con la materia analizada.....	644
III. ELEMENTOS DE UN FUTURO MODELO EUROPEO PARA LA CIRCULACIÓN TRANSFRONTERIZA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS ENTRE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA.....	648
1. Bases y objetivos del modelo	649
2. Funcionamiento del modelo	651
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	652
LEGAL IMPLICATIONS OF CRYPTO-BACKED MORTGAGES AND PLEDGES: A PRIVATE INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE, por Silvana Canales Gutiérrez	653
I. INTRODUCTION	653
II. THE POSITION OF THE EUROPEAN UNION ON USING CRYPTOCURRENCIES AND CRYPTO-ASSETS	656
III. THE INTERNATIONAL ELEMENT IN MILO'S CRYPTO-BACKED MORTGAGES	658
IV. SOME PARTICULARITIES OF THE MORTGAGES IN THE U.S. COMPARED TO THE EU	659

	Pág.
V. MORTGAGES ON BITCOIN: PRACTICAL APPROACH ON INTERNATIONAL JUDICIAL COMPETENCE	661
VI. THE PLEDGE ON CRYPTOCURRENCIES	663
1. The French intangible pledge	664
2. Delaware's intangible pledge	665
VII. THE PURCHASE POSSIBILITY	665
VIII. CONCLUSIONS	666
DERECHOS REALES SOBRE ACTIVOS DIGITALES Y CONFLICTO DE LEYES, por Vésela Andreeva Andreeva	669
I. INTRODUCCIÓN	669
II. REGULACIÓN	671
III. TIPOS DE CRIPTOACTIVOS	673
IV. TOKENS	677
V. DERECHOS DE PROPIEDAD SOBRE LOS CRIPTOACTIVOS	679
1. El activo digital como objeto de derechos	679
2. Mecanismo de transmisión de la propiedad	683
VI. NORMAS DE CONFLICTO	684
1. Tipos de activos digitales y normas de conflicto	685
1.1. Monedas digitales emitidas por Bancos Centrales	685
1.2. Tokens que se consideran dinero electrónico	686
1.3. Los tokens como instrumentos financieros	686
2. Normas conflicto para los tokens derivativos	689
3. Puntos de conexión centrados en las partes implicadas	691
4. Puntos de conexión centrados en los activos digitales	691
4.1. La ley del lugar del registro	691
4.2. Elección de la ley aplicable por el emisor o el administrador del sistema	692
4.3. La residencia del programador como punto de conexión ..	693
VII. CONSIDERACIONES FINALES	693
CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS SOBRE CRIPTOACTIVOS: PROBLEMAS DE LEY APLICABLE, por Briseida Sofía Jiménez-Gómez	695
I. INTRODUCCIÓN	695
II. CRITERIOS DE CONEXIÓN	699
1. La <i>lex rei sitae</i>	699
2. La <i>lex conto sitae</i>	700

	<u>Pág.</u>
3. La ley del otorgante de la garantía	701
III. DESARROLLOS ACADÉMICOS NOTABLES	702
1. Los Principios del European Law Institute.....	702
2. Los Principios de UNIDROIT.....	707
IV. OPCIONES ALTERNATIVAS	710
1. La elección del lugar por las partes.....	710
2. El lugar de la autoridad operativa relevante	711
3. La localización de la llave maestra	712
V. CONCLUSIONES.....	713

PRESENTACIÓN

Los derechos reales están presentes en la actividad cotidiana de los tribunales, notarías, registros de la propiedad y mercantiles, y en el ejercicio de la abogacía debido a su impacto directo en el sector privado y económico. Su repercusión en las actividades de las personas físicas y jurídicas se combina muchas veces con la existencia de obligaciones contractuales, pero también de obligaciones extracontractuales, de la apertura de testamentos o de la liquidación del régimen económico matrimonial, solo por nombrar algunos supuestos. Ahora bien, los derechos reales también tienen un impacto social, como, por ejemplo, el que deriva del derecho real por excelencia, la propiedad sobre inmueble o las garantías crediticias sobre estos, que trasladado al ámbito social repercute en el acceso a la vivienda y las políticas legislativas vinculadas. Y tampoco puede dejar de mencionarse el ámbito cultural, no solo las situaciones relacionadas con la compraventa lícita o ilícita de obras de arte, sino, también, las vinculadas a la propiedad del Estado o de una comunidad cultural, respecto de bienes muebles o inmuebles como patrimonio cultural.

La variedad de relaciones jurídicas derivadas de los derechos reales trasciende al contexto internacional, cuando en estas mismas relaciones patrimoniales, familiares o sucesorias interviene un elemento extranjero o la situación es transfronteriza. En este escenario jurídico internacional, la dificultad de resolución de controversias jurídicas se multiplica, al tener que determinar, entre otras cuestiones, el órgano jurisdiccional internacionalmente competente y la ley sustantiva que aplicará dicha autoridad de entre las que coexisten y están vinculadas al supuesto. Ciertamente, los derechos reales disponen de normas clásicas y generales que contemplan la mayoría de los ordenamientos jurídicos que resuelven estas cuestiones de Derecho internacional privado, que son: *forum rei sitae* y *lex rei sitae*. Estas soluciones no son siempre adecuadas para toda la tipología de derechos reales, ni tampoco para todas las situaciones transfronterizas que surgen en el mercado y sociedad,

a las que debe añadirse novedades propias de la era digital. Además, para la determinación del instrumento regulador y la norma concreta a aplicar, para resolver la competencia judicial internacional y la ley aplicable, primero es necesario proceder a la calificación del supuesto, que en materia de derechos reales genera enormes dificultades por la variedad en las regulaciones internas que en muchos ordenamientos se rigen por un sistema de *numerus apertus*. A ello se suma la falta de unificación de las normas de Derecho internacional privado, y cuando estas existen, no contienen definiciones que faciliten la calificación.

Este libro se ocupa de presentar, analizar y proponer soluciones a estas situaciones complejas. En concreto, el índice se ordena en seis apartados: Contextualización: Derechos reales en Derecho internacional privado y Derecho Comparado; Derecho internacional privado e interregional español sobre Derechos reales; Derechos reales en los Reglamentos de DIPr de la UE; Ley aplicable a los Derechos reales en la UE: *statu quo* y propuestas de futuro; Derecho internacional privado sobre los bienes culturales y retos de los Derechos reales en la era digital. En las contribuciones incluidas, se presentan y analizan las normas de Derecho internacional privado, por un lado, en ámbito de la Unión Europea, en concreto los Reglamentos que incluyen normas de Derecho internacional privado en materia de derechos reales y, por otro lado, las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros sobre derechos reales. Además, se relaciona esta fragmentación de normas de Derecho internacional privado coexistente en territorio de la Unión Europea (normas de la UE y normas internas de los Estados miembros) con otros instrumentos normativos o de *soft law* de origen internacional derivados de organismos de esta naturaleza, como son la UNCITRAL, la UNIDROIT y la UNESCO. Así mismo, las contribuciones del presente libro incluyen Derecho comparado con los ordenamientos de otros Estados europeos que no son de la Unión, y con el Derecho internacional privado norteamericano. Se aprecia en el índice que merece especial atención el análisis del ordenamiento jurídico español, justificado por haberse desarrollado el estudio en el marco de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España. En este sentido, la presente obra colectiva es el resultado principal 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», subvencionado por Ministerio de Ciencia e Innovación (MICIU/AEI/10.13039/501100011033), del que somos co-investigadoras principales, G. Garriga Suau (UB) y M. Font-Mas (URV).

Los objetivos de investigación del proyecto culminan, en gran medida, con esta publicación. La primera contribución de la presente obra, «Marco general de las normas de Derecho internacional privado

en materia de los derechos reales en la UE» (G. Garriga, J. M. Fontanellas y M. Font-Mas), es parte de la memoria científica del proyecto actualizada que contextualiza y justifica los tres años de estudio sobre la materia. En síntesis, dispone como objetivos principales de investigación, por un lado, las normas de Derecho internacional privado de la UE, básicamente los Reglamentos europeos que incluyen normas sobre los Derechos reales, especialmente el Reglamento 1215/2012 (Reglamento Bruselas I) y sus normas de competencia judicial internacional, sobre las cuales se cuenta con varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Y, por otro lado, la propuesta de elaborar un Reglamento de la UE sobre ley aplicable en materia de Derechos reales, que cubriría el vacío normativo existente, motivo por el cual son de aplicación las normas de conflicto previstas en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros vigentes en la Unión Europea. Sobre este hipotético futuro Reglamento se cuestiona la conveniencia o no del uso de la clásica norma *lex rei sitae* y otros puntos de conexión en algunas materias que lo requieran como la *lex originis* o la *lex loci*, se analizan propuestas de normas de aplicación, el papel de las normas imperativas y normas de conflicto para determinadas materias, como los medios de transporte, hipotecas, bienes culturales, entre otros. Así mismo, siendo de rigurosa actualidad, se aborda si las normas de DIPr sobre derechos reales son adecuadas en la era digital.

El estudio científico del proyecto de investigación ha sido desarrollado a través de Jornadas internacionales, como hilo conductor para obtener resultados en los distintos objetivos fijados. Presentamos a continuación el cronograma temporal señalando los objetivos y los resultados que se incluyen en este libro. En cuanto al análisis de los Reglamentos UE que regulan los derechos reales, además de algunas publicaciones individuales de los miembros del equipo de investigación, se llevó a cabo las I Jornadas Internacionales sobre Derechos reales en la Unión Europea: «Aspectos generales y de competencia judicial internacional»¹ que se celebró los días 10 y 11 de noviembre de 2022 en la Universitat Rovira i Virgili en Tarragona. La Jornada científica se centró en los Derechos reales abordados desde el punto de vista del Derecho internacional privado de la UE y del Derecho comparado, tratando de identificar los aspectos problemáticos de una calificación *in rem* en el seno de los instrumentos normativos aplicables en la UE, principalmente, el Reglamento (UE) 1215/2012. También se analizó el Derecho interno e interregional español, debido al carácter plurilegislativo de su ordenamiento jurídico. Véase la crónica en el post de la EAPIL: «Rights in Rem in the European Union: General Aspects

¹ Véase <https://www.dret-privat.urv.cat/ca/jornades-congressos/i-jornada-internacional-sobre-drets-reals-en-la-ue/>

and International Jurisdiction»² de S. Canales Gutiérrez. Se incluyen en la obra las contribuciones siguientes: H. Simón Moreno (Derecho comparado en la UE), Á. Serrano de Nicolás (Derecho comparado intra-España), A. Font i Segura (Derecho interregional español), I. Kunda (competencia judicial en el RBiBis sobre bienes culturales), I. Pretelli (competencia judicial en el RBiBis sobre derechos reales inmobiliarios), C. González Beilfuss (el *trust* en el RBiBis), Josep M. Fontanellas Morell (Derechos reales en los Reglamentos UE de DIPr), C. Parra Rodríguez (Derechos reales mobiliarios).

En un siguiente estadio y continuando el estudio sobre la aplicación de los Reglamentos UE de DIPr, focalizándonos en la práctica notarial, teniendo en cuenta que el notariado es un actor fundamental en la aplicación de los Derechos reales, celebramos en la sede del Colegio del Notariado de Cataluña en Barcelona las II Jornadas sobre derechos reales en el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea: «Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial»³, los días 13 y 14 de junio de 2023. En esta segunda Jornada se debatió sobre si el notariado puede considerarse órgano jurisdiccional en los distintos Reglamentos UE, la adaptación de Derechos reales en ámbito sucesorio, los múltiples problemas derivados de los créditos hipotecarios y de cesiones de crédito, la forma de las escrituras públicas, los criptoactivos o la intervención de la inteligencia artificial para evaluar la solvencia de créditos. De las ponencias y debates que se generaron, el resultado científico, pero también práctico es la publicación de la obra colectiva en la que participan el notariado y la academia: *Derechos reales en el Derecho Internacional Privado de la UE. Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Font i Mas, Maria; Serrano de Nicolás, Ángel y Vázquez Moral, Pablo (dirs.), CNC-Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2024. Esta obra complementa y debe ser leída como parte del presente libro, ya que la importancia de los temas tratados respecto la práctica notarial, especialmente desde la perspectiva del ordenamiento español, son retomados, en parte, en las contribuciones incluidas en el presente volumen, y es esencial en materia de derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE y de España.

Es interesante destacar que con carácter previo a la jornada de clausura del proyecto, realizamos un *webinar* de trabajo, el 29 de noviembre de 2023, con los miembros del equipo de investigación del proyecto y otros académicos invitados por su especialización en la materia, en la que, por un lado, el profesor F. J. Garcimartín Alférez presentó la propuesta de Reglamento sobre ley aplicable a los Derechos reales del

² Véase <https://eapil.org/2023/02/10/rights-in-rem-in-the-european-union-general-aspects-and-international-jurisdiction/>

³ Véase <https://www.colegionotarial.org/es/actualidad/agenda/ii-jornadas-sobre-derechos-reales-el-derecho-internacional-privado-uni%C3%B3n-europea>

GEDIP, y la profesora E.-M. Kieninger y el profesor G. Cuniberti, expusieron algunas directrices generales de los estudios que realiza el grupo de trabajo sobre Derechos reales de la *EAPIL*. Del intenso e interesante debate surgido durante este *webinar* se gestó el programa para las III Jornadas sobre derechos reales en el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea: «Las normas de conflicto sobre los derechos reales en la UE: statu quo y propuestas de futuro»⁴, los días 4 y 5 de abril de 2024, en la Universitat Rovira i Virgili en Tarragona. Estas fueron las Jornadas internacionales de cierre del proyecto de investigación que se dedicaron al segundo gran objetivo del proyecto: los problemas de determinación de ley aplicable en los derechos reales y propuestas de *lege ferenda* para un futuro e hipotético [a la par que necesario] Reglamento UE sobre ley aplicable a los Derechos reales⁵. De estas Jornadas derivan las contribuciones de: Ch. A. Whytock (Derecho comparado del DIPr norteamericano), E.-M. Kieninger (normas para un Reglamento europeo de ley aplicable sobre Derechos reales), F. J. Garcimartín Alférez (propuesta *GEDIP*), A. Patrão (conflicto de leyes en derechos reales inmobiliarios), P. Franzina (normas imperativas), G. Cuniberti (conflicto móvil), J. M. Carruthers (DIPr de los bienes culturales), J. Schenk (ley aplicable a los medios de transporte), J. M. Fontanellas Morell (DIPr de derechos reales), I. Heredia Cervantes (garantías reales en España e insolvencia), N. Magallón Elósegui (contrato de crédito inmobiliario), B. Van Houtert (conflicto de leyes en propiedad intelectual), S. Ferrazzi (Derechos reales de los bienes culturales), R. Miquel Sala (Derechos reales culturales en interregional español), S. Canales Gutiérrez (criptomonedas en hipotecas internacionales), V. Andreeva Andreeva (activos digitales y conflicto de leyes) B.S. Jiménez-Gómez (garantías sobre criptoactivos) y G. Palao Moreno (registros de la propiedad en línea).

Otros textos que se incluyen en la obra, aunque no han sido presentadas en las Jornadas relatadas, sí lo han sido en otros foros: D. Marín Consarnau (litigios patrimoniales en las relaciones familiares), R. Caro Gándara (garantías mobiliarias en DIPr uniforme), A. Ortega Giménez (ley aplicable a los Derechos reales fronterizos), P. O. Cosiàlls Perpinyà (derechos sobre aeronaves en interregional español) y M. Font-Mas (foro exclusivo en el contrato de arrendamiento de inmuebles).

Las 31 contribuciones resultantes de las distintas Jornadas del proyecto y las otras presentadas en otros foros, como puede comprobarse, responden a una parte importante de los resultados y debates mantenidos a lo largo de tres años que hemos ido desarrollando durante las Jornadas,

⁴ Véase <https://www.dret-privat.urv.cat/es/jornadas-congresos/jornada-internacional-derechos-reales-en-la-ue/>

⁵ Véase <https://diaridigital.urv.cat/es/los-derechos-reales-a-debate-entre-la-academia-mas-prestigiosa-de-derecho-internacional-privado/>

mayoritariamente en inglés como lengua vehicular entre los académicos. Esta es la razón por lo que la obra colectiva, publicada en papel, pero también en *open access* por la Editorial Marcial Pons, es bilingüe en cuanto a las contribuciones incluidas que son en español y en inglés, a elección del autor/a, así como el título del libro y los subtítulos de los bloques que dividen la obra. Este apunte nos permite, antes de cerrar la presentación, dar un espacio merecido a un comentario jurídico-lingüístico específico en relación con la versión inglesa del objeto de estudio, los «derechos reales», por ser compleja y no armonizada entre la doctrina. En este libro y en el proyecto hemos optado por utilizar como traducción de «derechos reales», la expresión «rights *in rem*», a contracorriente con las traducciones habituales que utilizan «property law» o «property rights». Permítanme señalar los argumentos desarrollados durante las investigaciones en el seno del proyecto, y que tuve ocasión de presentar «Challenges of Eurolanguage in Private International Law in the International Context» en el congreso «Language in International Law» en la Universidad de Cambridge (2023). Por un lado, «rights *in rem*» [cursiva incluida] es el término jurídico utilizado en la versión inglesa de los distintos Reglamentos UE que incluyen normas sobre Derechos reales (F. J. Garcimartín Alférez, ponencia «Rights *in rem* in Europe: a comparative perspective», en la I Jornada URV, 2022). Hemos defendido en varias ocasiones la necesidad de que exista coherencia horizontal y vertical de las versiones lingüísticas de los Reglamentos de DIPr, en las 24 lenguas oficiales (M. Font-Mas, «Multilingualism in EU Private International Law Regulations: the Chimera of Vertical and Horizontal Coherence?», J.J. Forner Delaygua and A. Santos (eds.), *Coherence of the Scope of Application. EU Private International Legal Instruments*, ISDC, Geneva/Zurich 2020, Schulthess Romandes, pp. 43-68). Coherencia que se mantiene en relación con Derechos reales/*rights in rem*. Además, en relación con las traducciones en el espacio de la UE [teóricamente no son traducciones por ser todas las lenguas oficiales de trabajo, pero en realidad, el inglés es actualmente la lengua de trabajo principalmente utilizada en las instituciones de la UE, de modo que son traducciones del inglés (con excepción del TJUE)], que no tienen que responder estrictamente a los términos del lenguaje jurídico de destino (como ocurre en cualquier traducción jurídica), sino que tienen que neutralizarse, pasar por un filtro, que le conceda el carácter propio autónomo europeo. Si bien debe utilizarse una lengua de destino que tendrá que ser inteligible para el operador de destino, el contenido del objeto jurídico, por tanto, el término jurídico, tiene que responder a la relación jurídica regulada en la norma de la UE ya que conforma un *corpus* autónomo diferente de los sistemas nacionales que lo tendrán que aplicar atendiendo a sus particularidades. En relación con el término de «derechos reales» ello supone que su versión inglesa (o francesa, lituana o alemana, etc.), no debe atender al concepto del derecho inglés [y menos aún no siendo Estado miembro

de la UE] que sería «property rights», sino que debe utilizarse la lengua inglesa con estilo de la UE.

Los Reglamentos UE de DIPr no incluyen una definición de derechos reales, con la excepción del Reglamento UE 2015/848 (art. 8.2) que incluye una lista de derechos reales en relación con los terceros en el procedimiento de insolvencia. Confirmamos que existe coherencia vertical y horizontal en el término utilizado en inglés «rights *in rem*» en los Reglamentos UE, pero hay una particularidad que debe destacarse. El Reglamento UE 1215/2012, añade «property» cuando hace referencia a «rights *in rem* in immovable property» cuando en las versiones consultadas no incluyen el término «propiedad», «propriété» y «propietà». Ello puede responder a que se utilice «property» como equivalente a bien o cosa. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en inglés «property» va más allá de «ownership», que en ordenamientos latinos podríamos equiparar, con matices, a la «propiedad», Derecho real por excelencia (E. Lauroba, «Sobre la construcción de un derecho de propiedad europeo: materiales y reflexiones», E. Lauroba (dir.), *El Derecho de Propiedad en la Construcción del Derecho Privado Europeo*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 105). Además, cuando el derecho real de propiedad está relacionado con la tierra, tiene un valor extremo, y las transacciones que pueden realizarse están reguladas con más formalidades (intervención del notariado, registros de propiedad); por eso, los códigos civiles y otras normas distinguen entre «general property law rules and those which apply to land only» (E.-M. Kieninger, ponencia «Delimitation of the concept rights *in rem* in Private International Law», en la I Jornada URV, 2022).

Sea como fuere, la terminología escogida para la versión inglesa por el legislador de la UE en ámbito de Derecho internacional privado es, en general, «rights *in rem*». No obstante, los Reglamentos UE de DIPr no contienen definiciones, ni de un listado de posibles derechos reales incluidos, con la salvedad del Reglamento del procedimiento de insolvencia. Sin embargo, el TJUE se ha posicionado en pluralidad de cuestiones prejudiciales para calificar si la situación pertenece a una acción real (*actio in rem*) o una acción personal (*actio in personam*), para poder determinar qué Reglamento UE de Derecho internacional privado se aplicaría. Paulatinamente, el Tribunal de Luxemburgo está señalando unas características generales para calificar de Derecho real, por ejemplo, inmobiliario, aunque no tiene competencia para legislar, resolviendo caso por caso, a falta de armonización del pretendido, fallido y lejano Derecho privado europeo que incluya los derechos reales.

Con estos argumentos, nuestra opción en lengua inglesa de «derechos reales» para este libro que se ocupa del Derecho internacional privado en la UE que incluye propuestas de futuro para un Reglamento de ley aplicable, ha sido utilizar «rights *in rem*». No obstante, otros

estudios utilizan «property law», por ejemplo, el grupo de trabajo de la EAPIL «Group on International Property Law», como podrá comprobarse en las contribuciones de varios académicos que forman parte de este grupo. Por su parte, la propuesta «The law applicable to rights in rem in corporeal assets» del *European Group For Private International Law* (EGPIL-GEDIP) utiliza también en su versión inglesa «rights in rem». A pesar del título, en el texto articulado utiliza el término «proprietary rights» como traducción de «droits de propriété», que en ambas versiones equivalen entre paréntesis a «rights in rem» el primero y «droits réels» el segundo (art. 1 de la propuesta). La definición que incluyen ambas versiones no es de Derechos reales, sino de «proprietary rights» y «droits de propriété» que aporta un listado que incluyen los derechos frente a terceros (*erga omnes*) como son: «ownership, security interests, mortgages, usufructs or servitudes». En definitiva, como puede comprobarse aún es necesario clarificar la terminología en seno de la UE de una figura jurídica tan clásica como compleja, los Derechos reales. Además, la normativa de la UE debería coordinarse en cuanto al contenido y decidir si prevé una lista *numerus clausus* o *apertus*. De igual modo, también debería coordinarse terminológicamente, no solo respecto a «derecho real», sino de otros términos como «corporal», «tangible», «bien cultural», entre otros, con instrumentos jurídicos internacionales elaborados por instituciones supranacionales como la UNCITRAL, la UNESCO o la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

El proyecto de investigación ha llegado a su fin y es el momento para realizar los oportunos agradecimientos. A las instituciones que han coadyuvado económicamente al financiamiento del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación que han sido claves para la consecución con éxito de las tres Jornadas: la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universitat Rovira i Virgili, el Departamento de Derecho privado, procesal y financiero de la Universitat Rovira i Virgili, *Europe Direct* Tarragona y el Colegio del Notariado de Cataluña. También han colaborado instituciones como la Cátedra UNESCO de Vivienda URV, la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo UB y el *Heritage International Institute*. Agradecimientos a la imprescindible y excelente ayuda prestada en la organización de las dos ediciones de Jornadas en Tarragona (2022, 2024) mi estimada compañera y profesora de Derecho internacional privado de la URV, Silvana Canales Gutiérrez, así como para la técnica de investigación de nuestro Departamento, Sra. Xènia Fuguet Carles. Agradecimientos, en especial, a los notarios Ángel Serrano de Nicolás y Pablo Vázquez Moral por la coorganización de las Jornadas celebras en su sede colegial (2023) y la publicación de la obra colectiva dedicada a la práctica notarial en Derecho internacional privado de la UE. Agradecimientos para todos los ponentes y comunicantes, por sus presentaciones orales, generación de debates, contribuciones

escritas, así como, para el profesorado que ha formado parte de los comités científicos de evaluación de las comunicaciones presentadas y para las personas que han desarrollado la labor de moderación de las mesas durante las Jornadas. En especial, permítanme mencionar a los profesores que, sin ser miembros del proyecto de investigación, han participado en todas las Jornadas celebradas y aportado textos escritos con una predisposición maravillosa: Francisco J. Garcimartín Alférez, Albert Font i Segura e Iván Heredia Cervantes. Agradecimientos a los miembros de los equipos de investigación y de trabajo del proyecto: Eva-Maria Kieninger, Christopher A. Whytock, Pietro Franzina, Ilaria Pretelli, Ivana Kunda, Cristina González Beilfuss, Josep M. Fontanellas Morell, Diana Marín Consarnau, Carmen Parra Rodríguez, Ángel Serrano de Nicolás, Vésela Andreeva Andreeva y Silvana Canales Gutiérrez. Un agradecimiento especial por su ayuda y sus valiosos consejos para Josep M. Fontanellas Morell, profesor de la Universitat de Lleida. Con mayor intensidad, si cabe, un agradecimiento similar para mi querida compañera Diana Marín Consarnau, profesora de la Rovira i Virgili, con quien he compartido las vicisitudes del trayecto que ahora finaliza. Por último, el agradecimiento más sentido y afectuoso para Georgina Garriga Suau, profesora de la Universitat de Barcelona. Como co-investigadoras principales, juntas iniciamos ilusionadamente este proyecto y desde entonces me he sentido honrada con la confianza absoluta que ha depositado en mí para llevarlo a buen puerto.

Maria FONT-MAS
Universitat Rovira i Virgili, Tarragona,
1 de julio de 2024

**CONTEXTUALIZATION: RIGHTS *IN REM*
IN PRIVATE INTERNATIONAL
AND COMPARATIVE LAW**

**CONTEXTUALIZACIÓN:
DERECHOS REALES
EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
Y DERECHO COMPARADO**

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, ĆEZ,

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.

RIGHTS *IN REM* IN EUROPE: A COMPARATIVE PERSPECTIVE

Héctor SIMÓN MORENO*
Universitat Rovira i Virgili

SUMMARY: I. INTRODUCTION.— II. THE CURRENT ACQUIS COMMUNAUTAIRE: A BASIS FOR HARMONIZATION OF PROPERTY LAW IN EUROPE?.— III. THE SYSTEM OF PROPERTY LAW IN CIVIL AND IN ANGLO-AMERICAN LAW: 1. The civil law «ownership» and the common law «freehold»: 1.1. The civil law «ownership»: 1.2. In Angloamerican law: the doctrine of estates; 2. The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the social function of the property; 3. Intermediate tenures; 4. The object of property rights; 5. The trust; 6. Condominium; 7. Ways of acquiring and losing property rights; 8. The publication of property rights.— IV. NEW CHALLENGES IN THE EVOLUTION OF PRIVATE PROPERTY: 1. Personal data; 2. Robots; 3. Blockchain; 4. Animals; 5. Fundamental rights and EU private law.— V. CONCLUDING REMARKS.

I. INTRODUCTION

This chapter depicts the general features of the system of property law in civil law and Anglo-American law with the aim of identifying the most common characteristics of rights *in rem*. It also addresses emerging trends, such as the significant role of the social function of the property in order to implement a new special property regime for primary residences in Spain, that is currently under state supervision,

* Professor of Civil Law at Rovira i Virgili University (URV) (hector.simon@urv.cat). All the websites mentioned in this study were visited on 20 April 2024. This work is developed within the framework of the Research Project of the Spanish Ministry of Science, Innovation and Universities «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma» (PID2020-112876GB-C31).

or the implementation of temporary and shared ownership in the Civil Code of Catalonia, a great breakthrough as far as the legal nature of the right of ownership is concerned (*e.g.* its perpetual nature), as well as new challenges to the classical model of property law, such as personal data, robots, blockchain, animals or the role that fundamental rights may play in adding a human rights dimension to EU private law.

II. THE CURRENT ACQUIS COMMUNAUTAIRE: A BASIS FOR HARMONIZATION OF PROPERTY LAW IN EUROPE?

The overall project of the European integration process has been the establishment of a common market, so the EU has never been concerned with the establishment of private law rules (*i.e.* contract, property and tort law rules) as a national legal order, based on private autonomy or freedom of contract. As a matter of fact, the EU does not adopt a clear distinction between private and public law¹ (the EU does not classify the Treaty Provisions according to their public or private nature as they have been created based on subject matter and policies). As opposed to national private law, the goal of achieving a common market has prompted the creation of a modern concept of private law in the EU: the so-called European regulatory private law, which surrounds the core of traditional national private law². Accordingly, the main provisions that have been enacted in the private law field aim to protect the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection in the fields of product safety, digital market, financial services, food safety and labelling, energy, travel, leisure and transport³, based on arts. 114 and 169.2(a) TFEU).

Even though art. 114.1 TFEU does not *a priori* set any limitation regarding the issues that may fall under EU competence⁴, there are a number of conditions to be complied with, *i.e.* the EU may harmonise a field insofar as the measures taken contribute to the establishment

¹ C. SEMMELMANN, «Theoretical reflections on the public-private distinction and their traces in European Union Law», *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 2, Issue 4, 2012, pp. 51 ff.

² Hans-W MICKLITZ, «The EU as a Federal Order of Competences and the Private Law», in AZOULAI, L. (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 130 ff.

³ See https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints_en. A study that provides a comprehensive overview of EU competence in private law is R. MANKO, *EU competence in private law, The Treaty framework for a European private law and challenges for coherence*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2015. Available at https://pure.uva.nl/ws/files/2552503/168871_Rafal_MANKO_EU_Competence_in_Private_Law.pdf.

⁴ See R. SCHÜTZE, «Limits to the Union's 'Internal Market' Competence(s) Constitutional Comparisons», in AZOULAI, L. (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, *op. cit.*, pp. 216 ff.

and functioning of the internal market⁵. On this basis, a few proprietary-related rules have been adopted at EU level, such as the action for restitution of cultural property that has been illegally removed from the territory of a Member State⁶, as well as the rules on retention of title⁷, timesharing⁸, collateral agreements⁹, intellectual property¹⁰, intangible assets¹¹ and credit agreements for consumers relating to residential immovable property¹². Other rules have been passed within the procedural field¹³. The need for the measure to have a positive impact on

⁵ This was established by the Court of Justice of the European Union (CJEU) judgement of 12 December 2006, Germany, C-380/03, ECLI:EU:C:2006:772, paragraph 80.

⁶ Directive 2014/60/EU of the European Parliament and the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (DO L 159, 28.5.2014, p. 1/10). However, ownership of the cultural object after return shall be governed by the law of the requesting Member State (art. 13).

⁷ Art. 9 Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council dated 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions (DO L 48 de 23.2.2011, p. 1/10). This has made possible a common minimum standard regarding the retention of title, see E. M. KIENINGER, *Security rights in movable property in European private law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 658.

⁸ Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday products, resale and exchange contracts (DO L 33 de 3.2.2009, p. 10/30).

⁹ Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements (DO L 168, 27.6.2002, p. 43/50).

¹⁰ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs (OJ L 3, 5.1.2002, p. 1–24); Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (OJ L 154, 16.6.2017, p. 1–99), in fact an EU trade mark may be given as security or be the subject of rights *in rem* (art. 22); and Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection (OJ L 361, 31.12.2012, p. 1–8).

¹¹ Regulation (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the natural gas transmission networks (DO L 211, 14.8.2009, p. 36/54); Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU (DO L 158, 14.6.2019, p. 125/199); and Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC (DO L 275, 25.10.2003, p. 32/46).

¹² Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property (DO L 60, 28.2.2014, p. 34/85).

¹³ Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (DO L 351 of 20.12.2012, p. 1/32); Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (DO L 141 of 5.6.2015, p. 19/72), and Regulation (EU) No650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (OJ L 201, 27.7.2012, p. 107–134), which does not apply to the creation, administration and dissolution of trusts (art. 1.2.(k)), the

the common market explains, for example, why the competence for the adoption of a European Civil Code¹⁴ or for the harmonisation of residential tenancies¹⁵ has been called into question.

In short, the regulation of property rights in the community acquis is characterized by its fragmentation and lack of coherence¹⁶, and it does not provide a basis for defining a property right, although some characteristics of the rights *in rem* may be found. For example, the object and the enforceability of property rights are mentioned in Regulation 2015/848¹⁷; and the abovementioned directives and regulations also show that property rights may be created over both corporeal and incorporeal things. For its part, CJEU case law¹⁸ has also referred to the effects of property rights (e.g. a right of pre-emption) vis-a-vis third parties, even though the CJEU has used the national conception of property rights so far¹⁹. The lack of a comprehensive EU system on property law means that the issues related to the constitution, acquisition, modification, transmission, loss or extinction of property rights will be governed by the *lex rei sitae*, that is, by the law of the place where the property is located²⁰. One possible explanation for the frag-

nature of rights *in rem* (art. 1.2.(j)) and any recording in a register of rights in immovable or movable property (art. 1.2.(l)).

¹⁴ J. W. RUTGERS, *European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument*, 2010, p. 11. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542533.

¹⁵ C. SCHMID, «Epilogue», in SCHMID, C., (ed.), *Tenancy law and housing policy in Europe. Towards Regulatory Equilibrium*, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 336 ff.

¹⁶ According to J. M. MILO, «Property and real rights», in SMITS, J. (Ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Elgar, 2012, p. 728, who argues that «private property law has not seen many unifying or harmonisation projects either by formal supranational regulation and or by informal methods, such as the drawing up of principles, nor has there been much borrowing by national jurisdiction of foreign property law concepts».

¹⁷ Art. 5 protects the rights *in rem* of creditors or third parties in respect of tangible or intangible, moveable or immoveable assets in relation to the opening of insolvency proceedings, and art. 8.3 establishes that «The right, recorded in a public register and enforceable against third parties, based on which a right *in rem* within the meaning of paragraph 1 may be obtained shall be considered to be a right *in rem*».

¹⁸ CJEU judgement of 3 April 2014, Weber, C-438/12, ECLI:EU:C:2014:212, paragraph 47: «In the light of the foregoing considerations, the answer to the third question is that Article 22(1) of Regulation No 44/2001 must be interpreted as meaning that there falls with the category of ‘proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property’ an action such as that brought in the present case before the courts of another Member State, seeking a declaration of invalidity of the exercise of a right of pre-emption attaching to that property and which produces effects with respect to all parties».

¹⁹ For this reason, Akkermans argues that «Increasingly, it is therefore the court that needs to take action to clarify the meaning of EU property terminology or to decide what national property law takes precedence over another», see B. AKKERMANS, «European-Autonomous Property Rights: Does the EU Operate Its Own Numerus Clausus?», *European Review of Private Law*, Vol. 27, Issue 4, 2019, p. 782.

²⁰ See E-M. KIENINGER, «Property Law (International)», in BASEDOW, J. et al., *The Max Planck encyclopedia of European private law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1374 ff.

mented regulation of property in EU law is the competence issue. The founding Treaties of the EU do not provide for express competence in this area; the only reference is found in art. 345 TFEU²¹. CJEU case law related to this article dealt with the ownership regime of companies at the national level, *e.g.* the CJEU judgement of 22 October 2013²² dealt with the prohibition of privatization of electricity or gas distribution system operators in the Netherlands, meaning that shares held in these operators could not be the subject of private investment. The CJEU held that the law preventing the inclusion of this infrastructure in the privatisation of the electricity industry violated EU law, in particular the freedom of capital (art. 63 TFEU), which could only be justified on overriding reasons of public interest²³.

Notwithstanding art. 345 TFEU, nothing prevents the EU from acting in other areas of property law (which could be based on art. 114 TFEU²⁴) insofar as the action benefits the internal market. Ultimately, it is a matter of economic efficiency²⁵. The harmonization of mortgage law in the EU (through, for example, the so-called euromortgage²⁶) and security rights in general, as well as the different models of property transfer, could benefit the internal market²⁷. However, it is less certain

²¹ «The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership».

²² Essent Nederland BV, C-105/12, ECLI:EU:C:2013:677.

²³ As a result, following S. VAN ERP, «Article 345 TFEU: A framework for European property law», in LAUROBA LACASA, E. and TARABAL BOSCH, J. (Eds.), *El derecho de propiedad en la construcción del derecho privado Europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 59-70, the «four freedoms underlying EU market integration (freedom of goods, persons, service and capital) may discard provisions of national property law».

²⁴ According to Akkermans, this article «can be used to remedy deficiencies with the internal market where there is a substantial hindrance to its functioning», see B. AKKERMANS, «Property Law in European Union Law», in WALLIS, D. and ALLANSON, S. (Eds.), *European Property Rights & Wrongs*, Conexio Public Relations, Lahti, 2011, pp. 41 and 42. Available at: <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2016/10/European-Property-Rights-and-Wrong-sMs-Diana-Wallis.pdf>.

²⁵ A. GAMBARO, «Towards a Codification of the European Law of Property», in GAMBARO, A. and RABELLO, A. M. (Eds.), *Towards a new European ius commune*, Israel, The Hebrew University of Jerusalem, 1999, pp. 96 and 97.

²⁶ The resuscitation of the proposal for a common mortgage instrument for Europe to facilitate cross-border mortgage lending operations was proposed again in 2016, see P. SPARKES, *Cross Border Acquisitions of Residential Property in the EU: Problems Encountered by Citizens*, Brussels, European Union, 2016, p. 150. Available at: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556936/IPOL_STU\(2016\)556936_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556936/IPOL_STU(2016)556936_EN.pdf). Indeed, a single instrument like the eurohypotheec, an accessory contractual right, would help to boost the common market because it fosters each EU freedom and the mortgage market in both active (housing) and passive (securitisation) operations. In fact, the study carried out by the London School of Economics (The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets, 2005) showed the benefits of the integration of European mortgage markets, pp. 91-92. More information at: <https://housing.urv.cat/en/cover/research/project/eurohypotheec/>.

²⁷ G. AFFAKI, «Analysis of Obstacles to the Proper Functioning of the Internal Market», in DROBNIG, U., SNIJDERS, H. J. and ZIPPRO, E.-J. (eds.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the internal Market?*, Sellier, München, 2006, pp. 196-198. See also F.M. J. VERSTIJLEN, «General

whether the harmonization of other property rights, such as options, usage rights or usufructs, can benefit the internal market.

III. THE SYSTEM OF PROPERTY LAW IN CIVIL AND IN ANGLO-AMERICAN LAW

1. The civil law «ownership» and the common law «freehold»

1.1. The civil law «ownership»

Property ownership and the distribution of resources have played a key role in the prosperity of European societies, together with the economic institutions and policies. It is argued that the collapse of the *Ancien Régime* in the eighteenth and nineteenth centuries was related to the rise of capitalism²⁸. In those times, the market, based on agricultural land, was highly regulated and the economic, political and legal institutions were absent, being a highly hierarchical society. Indeed, the system of landholding was based upon hierarchical division of rights between those who have the direct domain on huge lands (*seigneurie directe*) and their possessors (*seigneurie utile*), and even though the system that existed prior to the thirteenth century (in this period the lords were the only ones with proprietary rights) was improved, perpetual payments to the landlord (e.g. taxes and dues) still persisted.

The underlying goals of the French Revolution, which was fuelled by the classical liberalism of Locke's approach (for whom self-ownership originates from natural law and people are entitled to the products of their labor²⁹, with the main goal of the state being the protection of the life, health, liberty, and possessions of individuals, safeguarding property through a land holding system), was that the emancipation of citizens from the feudal regime could only be achieved through the emancipation of property³⁰. Property symbolized³¹ both freedom and lordship over the thing; namely, individuals were entitled to decide the use and destiny of their respective goods. Property became the absolute right to dispose of a thing without further limitations than those contained in the law³². With the right of ownership being the central insti-

Aspects of Transfer and creation of Property Rights including Security Rights», in DROBNIG, U., SNIJDERS, H. J. and ZIPPRO, E.-J. (eds.), *op. cit.*, p. 19.

²⁸ ACEMOGLU *et al.*, «The Consequences of Radical Reform: The French Revolution», *American Economic Review*, Vol. 101, Issue 7, 2011, pp. 3286 ff.

²⁹ According to this Second Treatise of Government «every Man has a Property in his own Person...The Labour of his Body, and the Work of his Hands we may say, are properly his», § 27.

³⁰ R. BLAUFARB, *The Great Demarcation: The French Revolution and the Invention of Modern Property*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 60 ff.

³¹ V. L. MONTÉS, *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 52- 53.

³² Art. 544 of the *Code Civil* 1804, influenced by the *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* 1789, which lays down that property is a «*droit inviolable et Sacré*» (art. 17). Both

tution of private law, it helped to establish an age of simple commodity production providing order in terms of both goods and power, so that the ownership of tangible assets provided both a place to live and a means of production for the whole family (the unity of production and consumption), *i.e.* the land, the house, the means of production and the commodities for consumption followed the same destiny³³.

French Law is the exponent of the classic system of property law, which is characterized according to Van Erp³⁴ by a close-fitting view of what could be an object of property law (mainly tangible) and by the adoption of the *numerus clausus* system (in order to avoid the revival of the feudal regime, the freedom of individuals was heavily restricted in the field of property law), which means that individuals are only allowed to create those property rights that are expressly provided by law. This system has also been adopted in English law³⁵, as well as in Germany, Greece, Italy, Portugal or The Netherlands³⁶. It seems that Spanish law is more likely to accept a fragmentation of the right of ownership (*numerus apertus* principle³⁷), but the truth is that property rights remain essentially the same since Roman law³⁸. The principle of transparency, according to which third parties should have the means to easily verify the existence of property rights on clearly defined goods, should also be highlighted.

The fact that property is an absolute right has other implications. Broadly speaking, it implies the systematic distinction in the legal system between proprietary and obligatory rights, as well as the existence of a specific protective action aimed at the recovery of the property (*rei vindicatio*). The existence of this action means that the main objective of property law is the protection of property rights. This has an impact on civil liability, which tends to protect absolute rights, such as prop-

available at: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

³³ O. OKHAN-FREUND, «Introduction», in RENNER, K. (2010), *The institutions of private law and their social functions*, Transaction Publishers, pp. 24 ff.

³⁴ S. VAN ERP, *From 'Classical' to Modern European Property Law?* (April 2, 2009). Collection of Essays, Forthcoming, pp. 7 ff. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1372166>: «This classical model of property law is most clearly visible in the civil law tradition, but its basic characteristics as described above can also be seen in the common law tradition», p. 19.

³⁵ B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Ius Commune Europaeum Series, Intersentia, 2008, p. 396.

³⁶ See the *General Report* of the EU Project *Real Property Law and Procedure in the EU*, coordinated by Dr. Christoph Schmid in the European University of Florence, p. 14. Available at: <http://www.eui.eu/>.

³⁷ L. Díez PICAZO, «Autonomía privada y derechos reales», in JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES (ed.), *Libro homenaje a Ramón Ma. Roca Sastre*, vol. 2, Madrid, 1976, p. 321.

³⁸ Á. SERRANO NICOLÁS, *Los derechos reales en los derechos civiles coexistentes en España*, a conference delivered at the «I International Seminar on rights *in rem* in the European Union», University Rovira i Virgili, Tarragona, 10 November 2022.

erty³⁹. Furthermore, possession in fact is not necessarily possession in law, although in certain cases the possession of an asset is equivalent to title, if a transaction takes place in good faith and involves the acquisition of movable property (arts. 522-8 Catalan Civil Code (CCC)⁴⁰, 464 Spanish Civil Code (CCE)⁴¹ and 2279 *Code*). Furthermore, some systems, such as the German and Swiss, only require contact with the thing (*corpus*) for the establishment of possession, while others, such as the Spanish, Catalan, Italian or Portuguese, require both a *corpus* and the intention to act as the holder of a right (*animus*) in order to constitute possession⁴².

This concept of property later influenced the right of ownership in European Civil Codes. For instance, the Spanish (art. 348 CCE), German (§ 903 *Bürgerliches Gesetzbuch* 1899, BGB)⁴³, Italian (article 832 *Codi Civile* 1942)⁴⁴ or Dutch (article 1 Book 5 *Burgerlijk Wetboek* 1992⁴⁵) legal systems are based on the concept of the right of ownership: property is regulated as an absolute and perpetual right, which means that its fragmentation is problematic from a private law point of view⁴⁶. However, co-ownership is allowed⁴⁷, in which the co-owners have an ideal share of the thing in common, their shares may be transferred, and they may choose to dissolve the co-ownership regime at any time (e.g. see arts. 392 et seq. CCE, arts. 552-1 et seq. 10 CCC, arts. 1403 to 1413 Portuguese Civil Code of 1966-CCP-⁴⁸ or § 742 BGB —*Miteigentum*—). Another less common regime is the

³⁹ Wenzel Burst states in relation to the notion of property that “this notion frequently results in the law of property having a suction effect on the law of tort”, see W. BURST, “Protection of Property Rights”, in BASEDOW *et al.*, *op. cit.*, p. 1380. An example is found in neighborhood relations, whose norms have traditionally been closely linked to property rights. An example in EU Law is Directive 1985/374/EEC, of 25 July, on liability for damage caused by defective products, which allows claims for damage caused to a thing (art. 9) (OJ L 210, 7.8.1985, p. 29–33).

⁴⁰ Act 5/2006, of 22 June (Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2006/05/10/5/con>).

⁴¹ Royal Decree 24 July 1889 (Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)).

⁴² See H. SIMÓN MORENO, *El proceso de armonización de los derechos reales en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 284 y ss.

⁴³ See H. FISHER, *The German Legal System and Legal Language*, 4th Ed., Routledge-Cavendish, London, 2009.

⁴⁴ See A. GAMBARO, «Property Law», in LENA, J. S. and MATTEI, U. (eds.), *Introduction to Italian Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 284.

⁴⁵ According to S. VAN ERP, «Globalisation or isolation in new Dutch property law? The New Civil Code of the Netherlands and the New Civil Codes of the Netherlands Antilles and Aruba Compared», *European Journal of Comparative law*, vol. 7.5, 2003, pp. 2 et seq.

⁴⁶ See S. VAN ERP and AKKERMANS, «Property rights: a comparative view», in BOUCKAERT, B. (ed.), *Property Law and Economics*, Vol. 5, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 34.

⁴⁷ See the book *Bienes en común*, edited by Sergio Nasarre Aznar (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015), and the contributions made by the author of this paper («La comunidad llamada “romana”») and Julia Cornelius and Christoph Schmid («Alemania»).

⁴⁸ Decree-law 274/1966, of 25 November (<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>).

Gesamthandseigentum, where there are no quotas, nor can the division of the common property be required by the co-owners. The law usually limits and specifies the cases in which this community can be established (e.g., the property of a partnership — §§ 705 et seq. BGB — or the matrimonial property of a community of property — § 1416 BGB and arts. 1344 et seq. CCE —). In addition, the right of ownership has evolved: Catalan law has regulated the right of ownership of a temporary nature, as shown below, and the Polish legal system regulates the perpetual usufruct, which may only be created as an encumbrance on land owned by the State or municipalities, a category of its own in this legal system, *i.e.* halfway between ownership and limited real rights⁴⁹.

1.2. *In Anglo-American law: the doctrine of estates*

The fragmentation of the right of ownership is possible in English law. In this sense, an important event was the establishment of feudalism in England since the Norman Conquest in 1066, when the King became the ultimate owner of all land. Consequently, the legal relationship between individuals and land in English law was based on possession (from which the relative title doctrine arises⁵⁰) rather than ownership. This situation is still true today even though possession is of less importance in land law because property rights must be registered in order to be granted legal recognition since the enactment of the Land Registration Act 2002⁵¹. The difficulties in fragmenting the rights on land⁵² means that the system is closer to the notion of property in civil law systems⁵³. However, remnants of the feudal system still exist today, *e.g.* in the event that a British citizen dies without an heir, the heir is

⁴⁹ M. HABDAS, *Property and Trust Law in Poland*, 2nd ed., The Netherlands, Kluwer Law International, 2018.

⁵⁰ According to J. SMITS, *The making of European private law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp Intersentia, 2002, pp. 50-51.

⁵¹ Chapter 9. Thus, a property right is afforded a strong legal protection from its inclusion in the Land Registry, which is a public record that documents the ownership of all registered properties. According to the *Law Commission Report* No 254, dated 10.11: «Where title is registered, the basis of title is primarily the fact of registration rather than possession».

⁵² «The Land Registration Act 2002 may be particularly dramatic of the tendency of a registration system to work against fragmentation. I would like to suggest that, while the common law at present is an active, multititular system, the Land Registration Act 2002 makes it a conservative, unititular one», see E. COOKE, «The Land Registration Act 2002 and the nature of ownership», in HUDSON, A. (Editor), *New perspectives on property law, obligations and restitution*, London, Cavendish Publishing Limited, 2004, pp. 120-121.

⁵³ K. GRAY and S. F. GRAY, *Elements of land law*, 5th ed., Oxford, Oxford University Press, 2009: «The titles maintained by Land Registry are beginning to evince a more 'absolute' quality than they have ever previously enjoyed, thereby demonstrating, in effect, an inexorable drift towards the hitherto alien continental concept of dominium», p. 183.

the Crown *bona vacantia*⁵⁴ (*Administration of Estates Act* of 1925)⁵⁵. Therefore, common law is not so far removed from the current civil law approach, as far as real property (land) is concerned⁵⁶. Both freehold and leasehold are the most important types of estate used for the holding of land (section 1 Law of Property Act 1925 —LPA—⁵⁷). The former may be deemed to be the economic equivalent of the right of ownership in civil law legal systems⁵⁸, whilst in the case of the latter, both property (because it is a legal estate) and contract law (because there is a legal relationship between landlord and tenant, for instance, the *Rent Act* 1977 and the *Housing Act* 1988⁵⁹) are considered applicable. The main difference between both is the duration of the right. This concurrence does not make this regime a co-ownership model, as the CJEU judgement of 15 December 2005⁶⁰ wrongly assumed.

Regarding movable property, the most striking singularity is that the doctrine of estates is not present, so that a general property and a personal property can be distinguished. Thus, the first would correspond to the owner and the second to the pledgee or any other holder who acquired possession through a bailment, which allows for the dissociation between ownership and possession of the thing. The interference of third parties in the possession of movable property does not necessarily imply that the recovery action implemented by its former possessor will lead to the restitution of the property, as occurs with land where this type of action will result in an eviction, which allows for the recovery of possession of a freehold or a leasehold. The absence of a clear delimitation and distinction between property law and civil liability implies that if a physical interference takes place on a land (trespassing on land) or if there is an external interference that does not involve a physical interference (an act that causes a nuisance), defence actions against such intrusions are not based on property law, but on the law of torts⁶¹. With regard to movable property (goods), this equally affects the defence of possession, which does not make it possible to exercise a real action. This is stated in the Tort (Interference

⁵⁴ See Law Commission Report No 271, p. 246. Available at: http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc271_land_registration_for_the_twenty-first_century.pdf

⁵⁵ Chapter 23. S. 46.(1).vi: «In default of any person taking an absolute interest under the foregoing provisions, the residuary estate of the intestate shall belong to the Crown or to the Duchy of Lancaster or to the Duke of Cornwall for the time being, as the case may be, as *bona vacantia*, and in lieu of any right to escheat». Available at : www.opsi.gov.uk.

⁵⁶ See H. SIMÓN MORENO, «Towards a European system of property law», *European Review of Private Law*, Vol. 19, Issue 5, 2011, pp. 594-595.

⁵⁷ Chapter 20.

⁵⁸ See the Report *Real property and procedure in the European Union*, by Dr. Christoph U. Schmid. Available at www.eui.eu.

⁵⁹ Chapters 42 and 50.

⁶⁰ Centralan, Case 63/04, ECLI:EU:C:2005:773.

⁶¹ Q. C. DAVID ELVIN y Jonathan KARAS, *Unlawful interference with land*. 2nd Edition. London. Sweet & Maxwell. 2002, pp. 300 y ff. and pp. 347 and ff.

with Goods) Act 1977⁶², which legitimizes the judge, in the event of a disturbance in possession, to grant compensation or restitution of the property, or both at the same time.

Things may also be held in common in English Law through a joint tenancy with the right of survivorship (joint tenancy) or a joint tenancy without the right of survivorship (tenancy in common)⁶³. In accordance with section 1.(6) Law of Property Act, from a legal point of view the co-owners must adopt the form of joint-tenancy, which implies the creation of a trust for sale (with the obligation to sell the property unless all the owners agree otherwise). The particularity of this form of co-ownership is that each of the owners has an interest (unity of interest) over the entire property, without specified quotas and with the same extension. For the sale of the property to a third party under the form of joint tenancy, the consent of all owners will be required⁶⁴.

2. The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the social function of the property

The Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000 (CFREU)⁶⁵ has become primary law of the EU since the entry into force of the Lisbon Treaty in 2007 (Art. 6 TEU). Art. 17 CFREU states that «everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions», and «the use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest». It may be highlighted from the interpretation of this article by the CJEU⁶⁶ that the fundamental right to property, which includes intellectual property rights such as copyright, constitutes a general principle of community law (ECJ Judgment of 29 January 2008⁶⁷), which must be given a high priority due to its social function, and that property entitles the owner to use, enjoy and dispose of the right.

Furthermore, the CFREU states that the law may establish any limitation affecting its exercise, insofar as its essence is respected (art. 52.1). The term «essential content» stems from the Constitution

⁶² Chapter 32.

⁶³ See the book *Bienes en común*, edited by Sergio Nasarre Aznar (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015), and the contribution of Peter Sparkes («Inglaterra y Gales»).

⁶⁴ J. BRAY, *Unlocking Land Law*. 3rd Edition, New York, Routledge, 2009, pp. 190 ff.

⁶⁵ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. *Official Journal C 83 of 30.3.2010*.

⁶⁶ According to J. M. PÉREZ DE NANCLARES, «Art. 17. Comentario», in MANGAS MARTÍN, A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 342 and 346.

⁶⁷ *Productores de Música de España (Promusicae)*, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54, paragraphs 61-62.

of the Federal Republic of Germany 1949 (arts. 14 and 19.2)⁶⁸. German scholars have pointed out several theories regarding the use and meaning of the term essential content, it mainly consists of the following⁶⁹: the absolute conception, which sets out that any fundamental right has a «core» or «nucleus» outside of the legislator's scope; and the relative conception, which argues that a fundamental right may be limited through the proportionality principle, *i.e.* it would set out a balance between the scope of the limitation of the right concerned and the resulting benefits of such a limitation, with the essential content becoming a purely formal concept. The CJEU has referred to the essential content (ECJ judgements of 11 July 1989⁷⁰, of 13 November 1990⁷¹ and of 13 December 1994⁷²), but also to the proportionality principle (ECJ decision of 13 April 2000⁷³). The guaranteeing of the essential content is not uniformly regulated at European level. In this sense, some legal systems provide for this safeguard as a limit to the legislator's action, such as article 18.3 of the Portuguese Constitution 1976, whilst in others it is not explicitly laid down⁷⁴.

At the Spanish level, the guaranteeing of the essential content is provided for in art. 53.1 of the Spanish Constitution. Due to the scarcity of affordable housing and the inability of public authorities to manage and provide enough social housing in Spain, some Autonomous Communities, on the basis of the competence they have to regulate town and country planning and housing established in art. 148.1.3 CE, have implemented both soft measures to increase the social housing

⁶⁸ Available in English in <https://www.btg-bestellservice.de/>.

⁶⁹ L. MICHAEL, «¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, Vol. 6, Issue 11, 2009, pp. 177 ff.

⁷⁰ *Schröder*, C-265/87, ECLI:EU:C:1989:303.

⁷¹ *Marshall*, C-370/88, ECLI:EU:C:1990:392.

⁷² *Winzersekt GmbH*, C-306/93, ECLI:EU:C:1994:407.

⁷³ *Karlsson and Others*, C-292/97, ECLI:EU:C:2000:202.

⁷⁴ For instance, the Italian Constitution 1947, states in art. 42.3 that «private property will be recognised and guaranteed by the Law», but it has no provisions protecting the essential content of the law, a concept which has little relevance in practice although case law has adopted this term in some cases, see J. RODRÍGUEZ CALERO, «La garantía de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico italiano: el contenido esencial y la protección de amparo», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. 18, 2000, pp. 489 ff.; whilst the Constitution of the Federal Republic of Austria 1920, does not mention the term essential content, jurisprudence has made reference to this concept, see C. ELÍAS MÉNDEZ, «El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su interacción con el Derecho de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, Vol. 14, 2010, p. 141; the Danish Constitution 1953 does not include any mention of this term, nor is there any jurisprudence that makes reference to this content, see V. FAGGIANI, «Los ordenamientos constitucionales de Dinamarca, Suecia y Finlandia», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, Vol. 14, 2010, p. 227; this protection is not included in the Latvian Constitution 1922, a situation that may be extended to other Baltic countries, see A. ROMANO, «Los ordenamientos constitucionales de Letonia, Estonia y Lituania», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, Vol. 14, 2010, p. 264.

stock (for instance a legal right of pre-emption granted to the Public Administration in case a dwelling is transferred to a third party after being acquired by the seller as a result of a mortgage enforcement proceeding; Catalan Decree-law 1/2015, of 24 March⁷⁵) as well as hard and intrusive interventions, such as the expropriation of the dwelling in cases where the social function of the property is not being fulfilled according to art. 33.2 CE (for example when it remains empty without just cause for a period of two years, Catalan Act 4/2016, of 23 December⁷⁶) or the duty of large landlords (e.g. banks or individuals holding more than 15 properties), before initiating any mortgage enforcement procedure or eviction proceeding for non-payment of rent, to offer lessees facing eviction (if the family is at risk of residential exclusion) a rent below market price to remain in the dwelling (art. 5 of Catalan Act 24/2015, of 29 July⁷⁷). As a result, the obligation to provide citizens with decent and adequate housing (art. 47 CE) has been progressively delegated to private owners by public authorities based on the social function of property, which, in conformity with the right to decent and adequate housing, has been the basis for the configuration of a statutory conception of this right focused on primary residences by Spanish Autonomous Communities. These measures, of an administrative nature, have been deemed to be in accordance with the CE by the Spanish Constitutional Court, which has applied the relative conception of the essential content.

The latest development has been Spanish Act 12/2023, of 24 May, on the right to housing⁷⁸, whose art. 10.1.a) (enacted under the competence the state has to legislate on civil law, art. 149.1.8 CE) stipulates that the ownership of a dwelling comprises the powers of use, enjoyment and disposition of the same in accordance with its classification, state and objective characteristics, in accordance with the legislation on housing and other legislation that may be applicable, e.g. the laws implemented by Autonomous Communities. In practice this means the implementation of a special property regime specifically for primary residences, that is now under state supervision.

⁷⁵ Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ct/dl/2015/03/24/1/con>.

⁷⁶ Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2016/12/23/4/con>.

⁷⁷ Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2015/07/29/24/con>.

⁷⁸ Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/05/24/12/con>. More details at H. SIMÓN MORENO, «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, Vol. 42, pp. 139-177.

3. Intermediate tenures

As pointed out elsewhere⁷⁹, Catalan Act 19/2015, of the 29th July⁸⁰, introduced temporary ownership and shared ownership into the Catalan Civil Code on the basis of the English leasehold (but without any remnants from the feudal system) and shared ownership schemes, respectively. The latter was introduced in the UK during the 1970s–1980s and today makes up less than 1 per cent of all households in England; however, the supply has increased substantially in recent years. In fact, the majority of respondents to the British Social Attitudes Survey in 2018 would choose to buy a home (87 per cent) rather than rent it (12 per cent)⁸¹. Like the English scheme, the Catalan intermediate tenures offer the opportunity to move into full homeownership, provide security of tenure and support community stability⁸².

The temporary ownership tenure confers on its holder the ownership of an asset (any immovable and certain movables) for a limited and specified period (which may not be less than ten years for real estate and one year for movables, nor more than ninety-nine years, in any case; art. 547-4.(3) CCC) as a consequence of a legal transaction *inter vivos* (for valuable consideration or gratuitously) or *mortis causa*, at the end of which the ownership will revert back to the transferor or to a third party who has acquired the right of withdrawal (arts. 547-1 ff. CCC). It resembles the Anglo-American leasehold, which is deemed to be a right of ownership for a defined period of time from a civil law point of view, and it diverges from the concept of the perpetual right of ownership, more common in European Civil Codes.

The shared ownership tenure confers on the material owner (for example the buyer) a property share of the thing (movable or immovable property in question) which entitles them to the full possession, use and exclusive enjoyment of the whole thing (any immovable and certain movable assets) and the right to gradually acquire the remaining quota that may remain in the hands of the seller (formal owner)

⁷⁹ S. NASARRE-AZNAR and H. SIMÓN MORENO, «Spain», in Schmid, C., *Ways out of the European Housing Crisis*, Elgar, 2022, pp. 7 ff.

⁸⁰ Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2015/07/29/19>.

⁸¹ See UK PARLIAMENT, *Shared ownership (England): the fourth tenure?*, 2020, available at <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8828/>; and Ministry of Housing, Communities & Local Government, *Public attitudes to house building: findings from the British Social Attitudes survey 2018*, 2019, pp. 50 ff. Available at: <https://www.gov.uk/government/publications/public-attitudes-to-house-building-findings-from-the-british-social-attitudes-survey-2018>. Homeownership is correlated with a good investment, security and the freedom of the owner.

⁸² C. SINN and S. DAVID, *Shared ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure*, 2015, Final Report. Available at <https://orbitgroup.org.uk/media/1337/shared-ownership-20-towards-a-fourth-mainstream-tenure.pdf>.

in the course of the following thirty years, unless otherwise agreed, with a maximum time limit of ninety-nine years (arts. 556.1 ff. CCC). The material owner has the exclusive use of the property and may sell or mortgage his share, but without compromising the integrity or functionality of the property. The buyer is not allowed to alter the structural elements of the property.

These intermediate tenures are not regulated in the Spanish Civil Code. These new ownership-like intermediate tenures have the potential to increase levels of sustainable homeownership for those who prefer this type of tenure but who cannot afford to take on full ownership without the risk of becoming over-indebted. They could become a model that helps Spain and other EU countries to put in place a *continuum* of different housing tenures. In fact, they have been chosen as one of the 50 out-of-the-box Housing Solutions that could provide affordable housing in Europe⁸³ as they try to mix the pros of homeownership (stability, freedom, autonomy, etc.) and leases (flexibility and affordability); and they are mentioned as a best practice in the Report «Concrete actions for social and affordable housing in the EU»⁸⁴.

4. The object of the property right

The object of the property right varies from one legal system to another. Thus, in Germany, property rights are applied to tangible things (§ 90 BGB), which can be movable or immovable, although German law also provides for the possibility of exercising a usufruct right over property rights (§ 1068 BGB). Other legal systems admit the possibility of constituting real rights over movable or immovable property or over other property rights, such as the Spanish (arts. 334 and 335 CCE), the Catalan (arts. 511-1 and 2 CCC) or Dutch law, which admits the right of property over «all corporeal objects that are susceptible to human control» (art. 3:2 Book 5 BW) and also over rights (art. 3:6 Book 5 BW). For its part, Anglo-American law distinguishes between real property or land and personal property⁸⁵, which includes those goods or rights that cannot be possessed or are incorporeal (choses in action, for example patents or credit rights) and those that are susceptible to possession or are corporal (choses in possession, for example money, a computer...). Considering the new developments in the field of property law (rights on incorporeal things, virtual world, etc.), the adoption of a broader

⁸³ Solution 46, 112. The publication is available at: <https://www.feantsa.org/en/news/2019/12/11/hsp-publication-50-housing-solutions?bcParent=27>.

⁸⁴ See S. NASARRE AZNAR (coord.) (2021). *Concrete actions for social and affordable housing in the EU*, cit., 34 (Spain), 52 (UK) and 78 (the Netherlands).

⁸⁵ P. SPARKES, *Property and Trust Law in England and Wales*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2019, p. 5.

definition would make sense⁸⁶. Furthermore, along with ownership and limited rights or interests, there is the possibility of a concurrence of the right of ownership and a limited property right created over the same ownership in the same hands, as takes place in the Catalan easement (art. 566-3.1 CCC) or usufruct (art. 561-16.1.c) CCC), or in the German *Grundschuld* (§ 1196 BGB). This possibility is not admissible in Dutch, French or English law, which has to do with the approach taken concerning the creation and extinction of property rights⁸⁷.

5. The legal entity known as a *trust*

The trust is a distinctive feature of Anglo-American law based on English law; it was an equity instrument created to correct any injustice arising from the rigid application of common law⁸⁸. The trust is a legal relationship that derives from a unilateral act undertaken by the trustor or settlor, who transmits a series of assets to a third party (the fiduciary, called a trustee), who administers them for the benefit of one or more beneficiaries. The trustee becomes the legal owner (common law), while the beneficiary has ownership in equity (equity). Therefore, the Anglo-American trust produces a dismemberment of property and, specifically, a subjective dissociation between the management of assets and their enjoyment. A relevant effect is that the assets transferred to the trustee are not confused with the personal assets of the trustee, given that the entity created does not have its own legal status, and it cannot be sued by the personal creditors of the settlor, the trustee or the beneficiary. The main difficulty in adapting the trust to civil law systems is the admission of two different properties over the same asset. In order to overcome this problem, legal systems allowed the assets to be transferred to a separate patrimony held by the trustee, such as France⁸⁹ or Luxembourg⁹⁰. Some, but not all, EU Member States (*e.g.*, Italy, Luxembourg, Liechtenstein, Malta, Monaco, Switzerland or the

⁸⁶ VAN ERP argues that “in order to avoid a definition which resembles too much one legal tradition and particular types of objects, very open terms would have to be chosen” Sjeff Van Erp, «Can European Property...», cit., p. 171. In a similar sense, von Bar, in his book *Foundations of Property Law: Things as Objects of Property Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 4, argues that «in the understanding of this book, a ‘thing’ is anything in which a property right can arise. Only such a wide definition enables us to free ourselves from the particularities of individual jurisdictions and to perceive the reflexive relationship between property rights and their objects».

⁸⁷ B. AKKERMANs, «Concurrence of Ownership and Limited Property Rights», *European Review of Private Law*, Vol. 18, Issue 2, 2010, pp. 259 -284.

⁸⁸ See A. HUDSON, *Understanding Equity & Trusts*, 6th Ed., Routledge, New York, 2017, pp. 1 ff.

⁸⁹ The *fiducie* is regulated at the Act 211/2007, of 19 February.

⁹⁰ *Loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires* (*Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg* A-n°124, de 3.9.2003, p. 2620).

Netherlands) have ratified the Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition⁹¹.

6. Condominium

Multi-apartment buildings are organized in different ways (*e.g.* cooperatives, a community of tenants or a community of owners), but the community of owners (also known as a «condominium») seems to be the dominant legal type of multi-apartment buildings in Southern and other European countries, as well as in many post-communist new member states⁹², *e.g.* the scheme may be found in English Law (Commonhold and Leasehold Reform Act)⁹³, as well as in the Spanish (art. 3.1 Act 49/1960⁹⁴), Catalan (art. 553-1 CCC), German (§ 1.2 *Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht*)⁹⁵ or French legal systems (art. 1 *Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis*). The condominium is characterized by the individual ownership of each apartment, a co-ownership over some common elements of the building and membership of an owner's association (with the exception of England and Ireland, where an association or a company normally owns the common parts of the building, with the unit holders having a right to the exclusive use of their own apartment)⁹⁶.

However, differences can be seen between each legal system. Thus, in The Netherlands the building is owned all the owners, who have a right of use property right over a specific apartment or flat⁹⁷, and in Finland a limited liability company is created that owns all the homes, which moves these countries away from the traditional condominium scheme. Furthermore, the commonhold association, the owner of the common elements that is made up of all the co-owners, has its own legal status in English law (section 34 CLRA), but it does not have a separate legal status under Spanish law. Furthermore, a condominium may also be created over shops, offices, businesses or graves, as occurs in Spanish and Catalan Law (art. 553-2.2 CCC).

⁹¹ Available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59>.

⁹² K. MATSCHOSS *et al.* (2013), «Energy renovations of EU multifamily buildings: do current policies target the real problems?», *European Council for an Energy Efficient Economy Summer Study Proceedings*, pp. 1485-1496. Available at: https://www.eceee.org/library/conference_proceedings/eceee_Summer_Studies/2013/5b-cutting-the-energy-use-of-buildings-policy-and-programmes/energy-renovations-of-eu-multifamily-buildings-do-current-policies-target-the-real-problems/.

⁹³ Chapter 15.

⁹⁴ Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1960/07/21/49/con>.

⁹⁵ G. v. 15.03.1951 BGBl. I S. 175, 209.

⁹⁶ C. VAN DER MERWE, «Perspectiva internacional de la propiedad horizontal», in NASARRE AZNAR, S. (Eds.), *Bienes en común, op. cit.*, pp. 528 ff.

⁹⁷ See W. M. KLEIJN, *et al.*, «Property Law», in CHORUS, J. *et al.* (Eds.), *Introduction to Dutch Law*, Third revised edition, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 102.

A work published within the framework of the Common Core of European Private Law⁹⁸ analyzes the regulation of condominiums from a comparative perspective, for example the legal consequences of the sale of apartments under construction, restrictions on the sale and rental of housing, ownership of pets, the pursuit of a profession (such as a medical practice) in a home or sanctions against delinquent neighbors.

7. Ways of acquiring and losing property rights

The Anglo-American and civil law systems share ways of acquiring and losing property rights. Thus, the acquisition can be derived from a donation (Spain, art. 618 CCE; Catalonia, art. 531-7 CCC; or Germany, § 516 BGB), a succession (Spain, art. 609 CC; Catalonia, art. 411-1 CCC; or Germany, § 1922 BGB) or from the terms of a contract. In this last point, it is worth highlighting that there are three different systems for transferring property in European private law⁹⁹:

a) The consensual causal system (no distinction is made between an agreement of an obligatory nature, on the one hand, and that of a real nature, on the other, so that the conclusion of the former produces the automatic initiation of both rights and obligations between the parties and the implementation of real effects¹⁰⁰). In order for the transfer of property to be valid, this legal system may also require the validation of the obligatory transaction, as required by, for example, the French (art. 1108 *Code*) and Italian (art. 1325 *Codice*) legal systems.

b) The abstract system with tradition (requires the delivery of the thing for the transfer of ownership to be effective), which follows German Law (also Greek and Estonian law). In this case, the application of the principles of separation (*Trennungsprinzip*) and abstraction (*Abstraktionsprinzip*) means that the vicissitudes of the legal transaction that serves as the basis for the transfer of property are detached from the so-called real agreement (*dinglicher Vertrag*), whose conclusion is sufficient for the legal-real ownership modification to take effect. Thereby, the nullity or invalidity of the underlying contract does not

⁹⁸ C. VAN DER MERWE, *European Condominium Law*, The Common Core of European Private Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

⁹⁹ Following G. TOMÁS MARTÍNEZ, «La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXVII, 2014, pp. 118-119. On the transfer of ownership of movable property and the historical origin, pros and cons of consensual systems and those that require the delivery of the thing for the transfer of ownership, see V. SAGAERT, «Consensual versus Delivery Systems in European Private Law. Consensus about Tradition?», in FABER, W. and LURGER, B (Eds.), *Rules for the Transfer of Movables. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Sellier, 2008, pp. 9 ff.

¹⁰⁰ Arts. 711 y 1138 *Code*; English law (*section 18.(1) Sale of Goods Act* de 1979; arts. 1376 and 1470 *Codice*; arts. 408 and 1316 CCP).

affect said agreement (§ 929 BGB) and means that the only recourse open to the transferor is the possibility of claiming compensation for unjustified enrichment from the purchaser (§ 812 BGB).

c) The causal system with tradition, which requires a cause for the transfer of property. If this does not exist, for example if the contract of sale does not have a specific price, this will make the transfer of ownership impossible. Examples are the Spanish (arts. 609 and 1261 CCE), Catalan (art. 531-1 CCC) and Dutch (art. 3:84 BW) legal systems.

It is worth highlighting the existence of a rule in the property system that is relevant in derivative acquisition systems: no one can give more than what they already have (*nemo dat quod non habet*). Exceptions to this rule may be found when third parties acquired movable or immovable property in good faith.

8. The publication of property rights

With regard to movables, possession is the main system for publishing property rights. For its part, land registration systems in Europe¹⁰¹ may be classified based on a number of factors, such as the organisation of the land registry (*i.e.*, according to the public institutions responsible of dealing with land), the content of the registration (*e.g.*, whether rights or deeds are registered), the substantial effects of registration (*e.g.*, whether the registration has a declaratory or constitutive effect) or the protection (or non-protection) of good faith. For the sake of simplicity, the distinction between title by registration and the registration of rights or deeds is adopted, which is summarised in Figure 1.

Broadly speaking¹⁰², a title by registration system means that the registration creates ownership, so the title or right is created through registration. Among the countries falling into this category, some are based on the system designed by Sir Robert Richard Torrens in the nineteenth century (such as UK and Ireland). Its distinctive features are: to confer “indefeasibility of title” to the person or persons registered; to limit the chance of changing the land registry records; and to provide a state guarantee to the registered proprietor. This guarantee is not provided in countries where the Central European system of *Grundbuch* is the constitutive system for the registration of rights, such as Germany and Austria. This system is operated through a special division of a local court and the land registry records are presumed to be correct for

¹⁰¹ H. SIMÓN MORENO, «Registered Land and Adverse Possession: Comparative Remarks», in Hoops, B. and Marais, E. (eds.), *New Perspectives on Acquisitive Prescription*, The Hague, Eleven International Publishing, 2019, pp. 185-205.

¹⁰² See E. COOKE, «Land Registration Institutions: Developed World», in SMITH, S. (ed.), *International Encyclopedia of Housing and Home*, 1st ed., Elsevier, 2012, pp. 157 *et seq.*

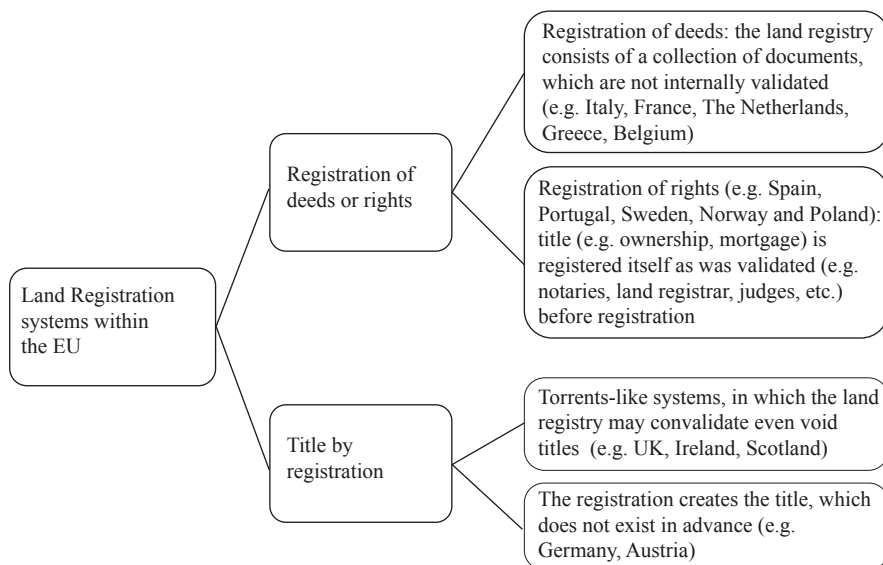


Figure 1. *A summary of the land registration systems in Europe.* Source: Own design.

the benefit of third parties based on the principle of good faith. Conversely, registration is not needed for the transfer of ownership to take place in registration of rights or deeds systems (with the exception of the Netherlands). Whereas in the former (e.g., Spain, Portugal or Poland) rights are entered into the land registry and third parties may rely on the content of the land registry to a greater or lesser extent, what is registered in the latter system (e.g. in the Netherlands, France, Italy or Greece, which are mainly based on the French mortgage register) is the deed itself, a document that describes an isolated transaction without identifying the title holder. The deed is evidence that a transaction has taken place, but it does not provide evidence of its legality.

IV. NEW CHALLENGES IN THE EVOLUTION OF PRIVATE PROPERTY

Personal data, robots, blockchain, animals or fundamental rights pose challenges for the development of the classic model of property law, which are analysed below. However, it is worth noting that scholars are increasingly focusing on other areas of property law, such as the protection of the environment, the question of sustainability, and the circular economy, or on property law theory¹⁰³.

¹⁰³ See K. ZIMMERMANN, «What's New in European Property Law? An Overview of Publications in 2019–2021», *European Property Law Journal*, Vol. 11, Issue 2, pp. 105 ff. Available at: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/eplj-2022-0004/html>.

1. Personal data

The EUCFR stipulates that European citizens have the right to the protection of their personal data (art. 8), and to that end Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, dated 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data¹⁰⁴, was passed. It lays down rules relating to the protection of natural persons with regard to the processing of personal data (*e.g.* subjects are empowered to lodge a complaint if the data processor does not follow the provisions of the Regulation) and to the free movement of personal data (art. 1.1), and it defines personal data as any information relating to an identified or identifiable natural person (art. 4.(1)).

Personal data is increasingly becoming an economic asset and a commodity in the context of the current «commodification of digital identities» era¹⁰⁵. Studies suggest that consumers are more conscious of the value of the data they provide to companies and intermediary platforms to get personalized offers or discounts and product recommendations that match their needs, *e.g.* the vast majority of American consumers (79%) are open to engaging with the data economy¹⁰⁶.

This raises the question of how personal data should be protected under property law rules. Can personal data be treated as property and would it fit under the classical property law rules? From a property law perspective, the nature of the content, the person creating the content and the purpose and use of the content would be three key factors for personal data to be considered as an object of property¹⁰⁷. This would entail replacing the notions of ownership and revindication with the concepts of control and access. The truth, however, is that the question of how to fit personal data into the four elements of ownership (control, protection, valuation, allocation) is unclear¹⁰⁸, and it is a matter of debate whether the propertisation of personal data leads to increased control by individuals¹⁰⁹. Be that as it may, the current EU fundamental

¹⁰⁴ OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

¹⁰⁵ G. MALGIERI and B. CUSTERS, «Pricing privacy – the right to know the value of your personal data», *Computer Law & Security Review*, Vol. 34, 2018, pp. 289–303.

¹⁰⁶ <https://globaldma.com/wp-content/uploads/2022/03/GDMA-US-Data-Privacy-2022.pdf>.

¹⁰⁷ According to S. VAN ERP, *Ownership of Digital Assets and the Numerus Clausus of Legal Objects* (October 1, 2017). Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2017/6, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3046402>.

¹⁰⁸ V. JANEČEK, «Ownership of Personal Data in the Internet of Things», *Computer Law & Security Review*, Vol. 34, Issue 5, 2018, pp. 1039–1052, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3111047>.

¹⁰⁹ Y. PADOVA, «Data Ownership versus Data Sharing: and What about Privacy?», *Lex Electronica*, Vol. 26, Issue 1, 2021, pp. 37 ff. Available at <https://canlii.ca/t/tc0x>.

right to data protection and its inalienable nature, developed by Regulation 2016/679, poses difficulties in the trading of personal data as it disqualifies personal data as a commodity¹¹⁰.

2. Robots

The European Parliament resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (16 February 2017)¹¹¹ stresses the increasing importance of robots in some spheres of our lives (*e.g.* employment, new technologies, adult care, etc.) and calls into question the application of ordinary rules on liability to robots as the more autonomous robots are, the less they can be considered to be simple tools in the hands of another actor, this poses difficulties in identifying the party responsible for providing compensation. The challenges regarding the legal status of robots are likely to increase soon because of the current trend towards developing smart and autonomous machines, with the capacity to be trained and to make decisions independently.

The potential unpredictability of robots' decisions, *i.e.* if developers incorporate an element of randomness into the robot's decision-making process, calls into question the current EU approach. Even though both the EP resolution and the follow up resolution by the European Commission (June 2017) made reference to the potential risks of robotics concerning human safety, health and security, freedom, privacy, integrity and dignity, self-determination and non-discrimination, and personal data protection, so autonomous vehicles, data protection, consumer protection, intellectual property, medical services, cyber security and employment, which are the main topics of research today, as well as regulatory concerns, lesser attention has been paid to property and civil and human rights law-related challenges, other than the aspects that pertain to civil liability and consumer protection¹¹². The Proposal for a Regulation to be enacted by the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)¹¹³ does not touch these issues either.

Currently, robots are considered as «things» in EU Members States. However, a robot that displays emotions, makes jokes and is capable

¹¹⁰ G. MALGIERI and B. CUSTERS, «Priceless data: why the EU fundamental right to data protection is at odds with trade in personal data», *Computer Law & Security Review*, Vol. 45, 2022, pp. 1 ff.

¹¹¹ Available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html.

¹¹² See the European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a framework of ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies (2020/2012(INL)). Available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_EN.html

¹¹³ <https://artificialintelligenceact.eu>.

of holding a conversation, called Sophia, was granted Saudi nationality by the Kingdom of Saudi Arabia (2017)¹¹⁴. A Chinese man even «married» a robot he built himself despite the act not being recognised by public authorities¹¹⁵. Also, companion robots for the elderly may make it difficult for old people to continue seeing robots as mere objects, and the Reborn dolls phenomenon is based on dolls resembling babies that are considered so realistic, they are available for adoption on specialist sites. Their «parents» treat them as if they were real: bring them to the park to have fun, experience a sort of «reborn pregnancy» when they are waiting on the arrival of a new doll or post photos with them on social networks. They are not just things or movable property, but objects that are animated with affective relations. As robots foster and allow for unique types of intersubjective relationships, it has been argued that the classical categories—property and person—fail to adequately capture the ways in which robots are positioned in human–robot relationships¹¹⁶.

As a result, there are a number of potential implications for property law rules that need to be explored in relation to robots¹¹⁷: whether robots, like animals, deserve protection against unlawful use by humans, *i.e.* harm or abandonment, thus restricting owners' property rights; whether robot should have the legal capacity to own rights and goods or to have legal obligations, *e.g.* thanks to a matrimonial property regime after getting married with another robot or human or to the fact that the robot has been appointed as an heir by the person the robot has taken care of during the later stage of their life; whether robots can have a right to make a claim for custody of a «replication» or if they might be entitled to labour rights, asking to only be used for specific purposes, or if they have any sort of duty concerning their «kids»; or whether or not, one day they could be given the right to vote as regular citizens and if they become a majority, could they conceivably vote for us to become «their» things, so that they could own us.

¹¹⁴ <https://economictimes.indiatimes.com/news/science/sophia-the-robot-gets-a-saudi-arabian-citizenship/first-ever-robot-citizen/slideshow/61355634.cms?from=mdr>.

¹¹⁵ <https://www.theguardian.com/world/2017/apr/04/chinese-man-marries-robot-built-himself>.

¹¹⁶ M. DEHNERT and D. J. GUNKEL, «Beyond ownership: Human–robot relationships between property and personhood», *New Media & Society*, 2023. The author proposes as social-relational approach.

¹¹⁷ According to S. NASARRE AZNAR, «Ownership at a stake (once again): housing, digital contents, animals and robots», *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, Vol. 1, 2018, pp. 69–86. More recently, see the approach of P. KSIEŻAK and S. WOJTCZAK, *Toward a Conceptual Network for the Private Law of Artificial Intelligence*, Springer, 2023, pp. 151 ff.

3. Blockchain

Blockchain technology allows virtual disintermediation and automation of property transactions, which can help to design future platforms that would help to promote cross-border real estate transactions in the EU, thus contributing to the objective of creating an internal market (art. 3.2 TEU) in a decentralized, secured, efficient and transparent manner. Indeed, ownership can be the object of smart contracts (self-executing contracts, that do not require the intervention of the parties and intermediaries, and are written in computer code, with electronic support, instead of using a printed document with natural or legal language) and may be transferred securely through blockchain. Along with tax evasion, money laundering, terrorist financing or the facilitation of other criminal activities, another challenge is the adaptation of private law to this new reality as few EU Member States have addressed this issue, *e.g.* only a small minority of EU Member States, such as Italy or Malta, have issued *ad hoc* regulations on smart contracts¹¹⁸. Indeed, there are a number of challenges in this field, such as the legal framework for smart contracts in general, and in international commerce in particular, real-world enforceability, jurisdiction and liability¹¹⁹.

In practice this leads to legal uncertainty regarding the legal and economic qualification of virtual currencies, tokens, initial coin offerings (a method used to raise funds by offering crypto tokens created on a Blockchain before the launch of an enterprise), smart contracts and distributed ledger technology¹²⁰. As any smart contract defined on the blockchain will have to at least comply with the contract regulations applicable in the corresponding jurisdiction¹²¹, this poses challenges in relation to consumer protection, one of the key areas of European regulator law, the role of real estate intermediaries (*e.g.* notaries and land registrars), how to guarantee the legal capacity of the parties, or who would be responsible for satisfying any liabilities.

From a property law perspective, there is a legislative and doctrinal trend to conceptualize tokens as digital assets (of an incorporeal

¹¹⁸ Dell'Erba, D. M., *Technology in Financial Markets: Complex Change and Disruption*, Oxford, Oxford University Press, 2024, pp. 105 ff.

¹¹⁹ J. SEBASTIÁN CERMEÑO, *Blockchain in financial services: Regulatory landscape and future challenges for its commercial application*, Working Paper, December 2016, pp. 16 ff. Available at: https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2016/12/WP_16-20.pdf.

¹²⁰ S. BLEMUS, «Law and Blockchain: A Legal Perspective on Current Regulatory Trends Worldwide», *Revue Trimestrielle de Droit Financier* (Corporate Finance and Capital Markets Law Review), Vol. 4, 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3080639>.

¹²¹ J. SEBASTIÁN CERMEÑO, *Blockchain in financial services: Regulatory landscape and future challenges for its commercial application*, Working Paper, December 2016. Available at: https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2016/12/WP_16-20.pdf.

nature), which could be a starting point for a proper regulation of asset-backed tokens at a national level. Property law rules on the transfer of property may be adapted to the blockchain technology¹²². At the EU level, the potential contribution of smart contracts to the Digital Single Market has already been pointed out¹²³, Regulation (EU) 2023/2854 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2023 on harmonised rules on fair access to and use of data and amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act)¹²⁴ defines smart contracts (art. 2.39)) and has implemented essential requirements for smart contracts which professionals create for others or integrate in applications that support the implementation of agreements for data sharing (art. 36), and Regulation (EU) 2023/1113 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on information accompanying transfers of funds and certain crypto-assets and amending Directive (EU) 2015/849¹²⁵ aims to prevent misuse of the crypto industry for the purposes of money laundering and the financing of terrorism.

4. Animals

The legal treatment of animals has evolved in recent decades in Europe. Art. 13 TFEU (which followed the protocol of 1997 in which the European Community admitted for the first time that animals are sentient beings¹²⁶) has driven legislative progress in terms of the recognition of animals as sentient beings, even though several EU Member States already recognized the protection of animals, some even in their own constitutions¹²⁷. This recognition led countries such as Germany, Austria, Switzerland and the Czech Republic¹²⁸ to modify their Civil

¹²² R. M. GARCIA-TERUEL and H. SIMÓN-MORENO, «The digital tokenization of property rights. A comparative perspective», *Computer Law and Security Review*, Vol. 41, 2021.

¹²³ T. SCHREPEL, *Smart contracts and the digital single market through the lens of a “law + technology” approach*, European Commission, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021. Available at: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/smart-contracts-and-digital-single-market-through-lens-plus-technology-approach>.

¹²⁴ OJ L 2023/2854, 22.12.2023.

¹²⁵ OJ L 150, 9.6.2023, p. 1–39.

¹²⁶ Treaty establishing the European Community (consolidated version) D. Protocols annexed to the Treaty establishing the European Community Protocol (No 33) on protection and welfare of animals (1997) (OJ C 321E, 29.12.2006, p. 314–314).

¹²⁷ E.g., EU Member States that recognize the protection of animals in their constitutions are Austria (art. 11.1 *Österreichische Bundesverfassung* —Federal Constitution of Austria—; <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138>); or Germany (art. 20a *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* —Constitution of the Federal Republic of Germany—; <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>).

¹²⁸ See I. VIVAS TESÓN, «Los animales en el ordenamiento jurídico español», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 21, 2019, pp. 6 ff.

Codes to exclude the category of thing with respect to animals. They adopted a negative formulation in their modifications, that is, they limited themselves to indicating that animals cannot be classified as things or goods, without mentioning their sentience. This has been criticised as the reforms do not provide alternative applicable rules, so they are actually entirely cosmetic, *i.e.* with the only purpose being to ensure that their national legislation is compliant with art. 13 TFEU¹²⁹. On the other hand, the latest reforms regarding animal protection and respect have opted for a positive formulation, such as France (art. 515-14 *Code*; see Act 177/2015, of 16 February, albeit property law rules have not been developed¹³⁰), Portugal (Act 8/2017, of 3 March) or Spain. Indeed, the Spanish Act 7/2023, of 28 March, to protect the rights and welfare of animals¹³¹, establishes that the owner may enjoy and dispose of animals (without being entitled to abuse them), which cannot be abandoned or sacrificed unless the procedure established by law is followed. Now animals are considered as living beings endowed with sensibility. From the property law perspective, companion animals cannot be seized, the mere fact that a person owns a companion animal shall not imply the right to keep it in case of divorce, other circumstances will also be taken into consideration, and property law rules shall be applied to animals only insofar as they are compatible with their nature. Furthermore, under Portuguese law the owner has the duty to ensure that animals have access to water and food and medical treatments, and under the Spanish legal system the owner must ensure the well-being of the animal. This means that some duties are imposed on owners by law on the basis of the particular circumstances of the object¹³². In addition, it is also possible to acquire the property of an animal by occupation, the rules for the transfer and acquisition of property may be applied (animals may be subject to occupation and be transferred through a donation or sale, in the latter case the rules on defects and acquisition in good faith will be applied) and the animal may be reinvoked by the owner from the possessor.

As a result, animals are currently being considered as a new object of property ownership as they are not movable or immovable property. But there are other potential rights that animals may have recognised that are yet to be explored, *e.g.*, whether new reforms should introduce legal rights for animals or the legal personhood of animals¹³³.

¹²⁹ J. M. DE TORRES PEREA, *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho civil: De su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Madrid, Reus, 2020, pp. 119 ff.

¹³⁰ Indeed, new legislation does not include more provisions on animals, only the fact that subject to the laws that protect them, animals are subject to the property regime (art. 515-15 *Code*).

¹³¹ Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/03/28/7/con>.

¹³² H. CORREIA MENDONÇA, «Recognising sentience in the Portuguese Civil Code», *Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, Vol. 8, Issue 2, p. 2.

¹³³ See for example the approach of E. BERNET KEMPERS, «Transition rather than Revolution: The Gradual Road towards Animal Legal Personhood through the Legislature», *Trans-*

5. Fundamental rights and EU private law

The global financial crisis 2007 revealed the limited capacity of the EU to adapt its housing legislation. With consumer protection being the main field in which the EU has the power to pass legislation, the main approach from the EU Commission has been the enactment of the Mortgage Credit Directive, which does not touch upon the matter of abusive contractual terms, even though the classical liberal mortgage contract (individual contracts with negotiated terms, to which the general principles of contract law are applied) is undergoing a change due to the increasing influence of EU consumer law¹³⁴. Indeed, the CJEU has scrutinised many EU national mortgage law and procedural systems for compatibility with these consumer rights. Based on the Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (UTCD)¹³⁵, which protects consumers from those contractual terms that have not been individually negotiated and that cause a significant imbalance in the parties' rights and obligations, the CJEU case law has provided a new perspective on this issue when dealing with the protection of debtors from the existence of unfair contractual terms. Clear examples are the CJEU judgements of 14 June 2012¹³⁶, of 14 March 2013¹³⁷ and of 14 September 2014¹³⁸, which recognised that national courts are bound to examine all the contractual terms falling within the scope of the UTCD, that the consumer contract related to «home» and that the right to accommodation is a fundamental right guaranteed under art. 7 EUCFR («Respect for private and family life»). The CJEU forced the adaptation of national procedural rules to EU consumer law standards following the *Aziz* case, *e.g.*, Spanish law through Act 1/2013¹³⁹. However, it is doubtful whether the UTCD may be used to go beyond procedural issues, *i.e.*, aspects such as the security of tenure or any other dimension of the right to housing would exceed the scope of controlling the fairness of contractual terms¹⁴⁰. For its part, the CJEU has not further developed the relationship between the EU Charter and consumer law until quite recently: the CJEU judgement of 9 November

national Environmental Law, Vol. 11, Issue 3, 2022, pp. 581 ff, who proposes an alternative approach to animal legal personhood as a gradual transition rather than a revolution.

¹³⁴ See P. KENNA and H. SIMÓN-MORENO, «Towards a common standard of protection of the right to housing in Europe through the charter of fundamental rights», *European Law Journal*, Vol. 25, Issue 6, 2019, pp. 608-622.

¹³⁵ OJ L 95, 21.4.1993, p. 29-34.

¹³⁶ Banco Español de Crédito, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349.

¹³⁷ *Aziz*, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164

¹³⁸ Kušionová, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189.

¹³⁹ Act 1/2013, of 14 May, available at: www.boe.es/eli/es/l/2013/05/14/1/con.

¹⁴⁰ I. DOMURATH and C. MAK, «Private Law and Housing Justice in Europe», *Modern Law Review*, Vol. 83, Issue 6, 2020, pp. 1188-1220. See also CJEU Judgment of 7 December 2017, Banco Santander, Case C-598/15, ECLI:EU:C:2017:945.

2023¹⁴¹ recognises the importance of the consequences of the eviction of the borrower when interpreting the unfairness of the clause.

From a broader perspective, the duty of national legislators to pass legislation in a EUCFR-compliant way (based on art. 51 EUCFR) could offer the potential for the housing rights already accepted at international level by EU Member States to be integrated into EU law¹⁴². Nevertheless, this approach has not been integrated into neither the Mortgage Credit Directive nor Directive (EU) 2021/2167 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2021 on credit servicers and credit purchasers and amending Directives 2008/48/EC and 2014/17/EU¹⁴³.

V. CONCLUDING REMARKS

Even though EU legal systems have different roots, common and broad features of the concept of right *in rem* may be found. Thus, a right *in rem* may grant: a) A full or limited power over a proper or alien thing; b) A full or limited power for a limited or unlimited period of time (*e.g.* full faculties for a limited period of time —civil law ownership and the English freehold—; full faculties for a limited period of time —the English leasehold or the Catalan temporal ownership—; or limited faculties for a limited period of time —the limited real rights— or an unlimited period of time —*e.g.* the Polish perpetual usufruct—); c) A full or limited power over movables, immovables or rights (*e.g.* as is the case in the German pledge over rights —§ 1273 BGB—); d) A power effective against everyone (*erga omnes* effects)¹⁴⁴ in accordance with the opposability systems provided for in each legal system, which would allow their holder to follow the thing independently of its possessor as long as its acquisition was not protected (*e.g.* by *bona fides*

¹⁴¹ Všeobecná úverová banka, Case 598/21, ECLI:EU:C:2023:845. The CJEU dealt with the validity of an acceleration clause that allowed the mortgage creditor to require early repayment of the loan if the debtor has failed to pay 3 or more monthly instalments. The Court held that it is essential to examine the proportionality of the term, in particular the gravity of the infringement by the consumer of his or her obligations in relation to the total sum of the loan and its term, as well as the fact that the consumer credit contract is secured by the family home (a reference is made to the Kušionová case).

¹⁴² H. SIMÓN-MORENO and P. KENNA, «Towards a new EU regulatory law on residential mortgage lending», *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, Vol. 11, Issue. 1, 2019, pp. 51-66.

¹⁴³ OJ L 438, 8.12.2021, p. 1-37.

¹⁴⁴ Following MILO, «property rights are exigible against an indefinite number of people or have an *erga omnes* effect, and are as such opposed to personal rights», see MILO, *op. cit.*, p. 726. Also, Von Bar says that «Property law worthy of the name must (i) recognize rights over assets with effect against third parties as building blocks of private law, and provide appropriate legal remedies», VON BAR, *op. cit.*, p. 23.

purchasers), *i.e.* its durability¹⁴⁵. There is, of course, controversy about some rights, such as the German *Anwartschaftsrecht* (§ 446 BGB) or the «propter rem» obligations, which are connected to certain property rights in the sense that the subject of such obligations is determined to be the title-holder of a right upon an asset¹⁴⁶.

Suprisingly enough, the harmonization of property law is not a priority for the EU in the short or medium term, as efforts to achieve an internal market have focused mainly on contract law. This decision by the EU is due to the deep roots of property rights in each Member State, the complexities in harmonizing this area of law and the lack of express competence in the Constitutive Treaties. However, personal data, robots, blockchain, animals or fundamental rights pose challenges for the development of the classic model of property law.

¹⁴⁵ See C. LEBON, *The Proprietary Nature of Claims*: «A property right rests immediately and direct on the physical thing which is its object and remains resting on that thing, wherever it is located and in whose hands it may have passed from a substantive law viewpoint. The person entitled to a property right has a right to follow the object of his right and, generally speaking, derives from this right the possibility to demand the thing by a property *actio* from who holds the thing in his hands». Extract of the book *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Diss, Leuven, 2008, translated to English by S. VAN ERP and B. AKKERMANS, *Cases, Materials and Text on Property Law*, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, p. 42.

¹⁴⁶ Following the «National report on the Transfer of Movables in Spain», in FABER, W. and LURGER, B. (eds.), *National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Vol. 5: Sweden, Norway and Denmark, Finland, Spain*, Sellier, European Law Publishers, pp. 407-408. Thus, art. 9.1.e) Spanish Act 49/1960 establishes that the seller of a unit remains personally liable for all previous condominium's debts, but a legal charge arises securing the payment for the present and the preceding three financial years for the benefit of the condominium board. This charge runs with the asset, so the foreign purchaser, the new owner, will have to pay the debt so as to be released from that charge, with the chance of claiming the amounts satisfied to the seller.

CHOICE OF LAW FOR PROPERTY ISSUES: THE THIRD RESTATEMENT'S APPROACH IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

Christopher A. WHYTOCK*
University of California, Irvine

SUMMARY: I. INTRODUCTION.— II. CHOICE OF LAW IN THE UNITED STATES AND THE ROLE OF RESTATEMENTS.— III. THE FIRST AND SECOND RESTATEMENTS, THE SITUS RULE, AND RENVOL.— IV. THE THIRD RESTATEMENT: THEORY.— V. THE THIRD RESTATEMENT: EXAMPLES: 1. Core Property Issues; 2. Property in Marriage and Other Domestic Relationships; 3. Succession.— VI. COMPARATIVE OBSERVATIONS.

I. INTRODUCTION

In both Europe and the United States, the rules of private international law governing property-related issues are being reexamined¹. In addition to the Spanish Ministry of Science and Innovation-sponsored project on European private international law and property rights,²

* Professor of Law, University of California, Irvine (cwhytock@law.uci.edu). Associate Reporter, Restatement of the Law Third, Conflict of Laws; American Law Institute Advisor, Uniform Law Commission Conflict of Laws in Trusts and Estates Act.

¹ See G. GARRIGA SUAU and C. A. WHYTOCK, «Choice of Law for Immovable Property Issues: New Directions in the European Union and the United States», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, no. 1, 2022, pp. 81-108 (<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.1b.01>).

² «Property rights system over tangible goods in the field of European Private International Law: aspects of international jurisdiction and applicable law», funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation (Ref. PID2020-112609GB-I00) (<https://www.dret-privat.urv.cat/en/conferences/international-seminar-on-rights-in-rem-in-the-ue/presentacion-1/>).

both the European Association of Private International Law³ and the European Group of Private International Law have undertaken projects on this topic⁴.

In the United States, the American Law Institute (ALI) launched its Restatement of the Law Third, Conflict of Laws (Third Restatement) project in 2014, marking the ALI's first comprehensive effort in the field of conflict of laws since the 1971⁵. Like its predecessors, the Third Restatement project will contain a chapter on choice of law for property issues. In addition, in 2020 the Uniform Law Commission (ULC) began work on a uniform Conflict of Laws in Trusts and Estates Act (Uniform Act) for consideration by U.S. state legislatures⁶.

This chapter discusses the Third Restatement's approach to choice of law for issues about property and offers some comparative observations⁷. Although the various European regulations and projects and the Third Restatement have different premises, they have significant similarities in content, thus raising the possibility of a modest degree of convergence between EU and U.S. approaches to these issues. In particular, by deemphasizing the distinction between personal property and real property⁸ and sharply limiting the scope of the traditional law-of-the-situs (*lex rei sitae*) rule, the Third Restatement's choice-of-law rules for property issues are much closer than the First Restatement's or Second Restatement's rules to those found in EU private international law⁹.

The chapter proceeds as follows. Section II provides an overview of choice of law in the United States, including the role of Restatements. Section III presents the overall approach of the 1934 First

³ European Association of Private International Law project on International Property Law (<https://eapil.org/eapil-activities/eapil-working-groups/eapil-working-group-on-international-property-law/>).

⁴ European Group of Private International Law project on the law applicable to rights *in rem* (<https://gedip-egpil.eu/en/2023/milan-2023/>).

⁵ See <https://www.ali.org/projects/show/conflict-laws/>.

⁶ See <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=8c219179-daa7-4a25-a070-b11acd9e48f5>.

⁷ The Third Restatement project is not yet complete. Although portions of the Third Restatement have been approved by the ALI membership (Tentative Drafts), others have not (Preliminary Drafts and Council Drafts). I will specify the status of each portion I refer to when I cite it.

⁸ Consistent with the Third Restatement's usage, which also is the predominant usage in the United States, this chapter uses the terms «personal property» and «real property» rather than «movables» and «immovables» (which is used in EU private international law instruments). For most purposes, the distinction between personal property and real property is the same as the distinction between movables and immovables. One difference, however, is that leasehold interests are sometimes said to be immovables but not real property. See S. C. SYMEONIDES, *Choice of Law*, Oxford University Press, 2016, p. 581.

⁹ So far, the Uniform Act also has deemphasized the personal property-real property distinction and limited the scope of the situs rule.

Restatement and the 1971 Second Restatement to choice of law for property issues. Section IV explains the theory and design principles animating the Third Restatement. Section V provides some concrete examples of the Third Restatement's approach to property issues. Section VI concludes by offering some brief comparative observations.

II. CHOICE OF LAW IN THE UNITED STATES AND THE ROLE OF RESTATEMENTS

In the United States, choice of law is primarily a matter of U.S. state law, not U.S. federal law¹⁰. This means there is no singular U.S. approach to choice of law. Instead, each state of the United States has its own choice-of-law rules, which differ significantly¹¹. Moreover, choice of law rules in the United States are primarily common law rules developed by state court judges. Only two U.S. states have comprehensively codified choice-of-law rules¹²: Oregon¹³ (for torts and contracts) and Louisiana¹⁴.

Nevertheless, a certain degree of uniformity has been achieved among U.S. states due to the influence of two Restatements: The Restatement of the Law, Conflict of Laws (First Restatement), published in 1934, and the Restatement of the Law Second, Conflict of Laws (Second Restatement), published in 1971¹⁵. Restatements «aim at clear formulations of common law and its statutory elements or variations and reflect the law as it presently stands or might appropriately be stated by a court»¹⁶. Primarily addressed to courts, they «scan an entire legal field and render it intelligible by a precise use of legal terms...»¹⁷. The Third Restatement, like its two predecessors, tries to accomplish this for the field of conflict of laws.

¹⁰ See S. C. SYMEONIDES, *Choice of Law*, *op. cit.*, p. 3 («[C]onflicts law within the United States is de facto and for the most part state law rather than federal law»).

¹¹ Federal courts are required to apply the choice-of-law rules of the state in which they sit when federal jurisdiction is based on diversity of citizenship between the parties. *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co.*, 313 U.S. 487 (1941).

¹² S. C. SYMEONIDES, *Choice of Law*, *op. cit.*, p. 8.

¹³ See OR. REV. STAT. §§ 15.300-380 (2017) for contracts and the OR. REV. STAT. §§ 15.400-460 (2017) for torts.

¹⁴ See Louisiana Civil Code, arts. 3515-3542.

¹⁵ See, e.g., S. C. SYMEONIDES, *Choice of Law*, *op. cit.*, p. 58 (noting that the first Restatement temporarily «unified American conflicts law, which until then had been scattered in the law reports» such that «[f]or the first time, it was possible to speak of a single American conflicts law, despite variations from state to state»).

¹⁶ *Capturing the Voice of the American Law Institute: A Handbook for ALI Reporters and Those Who Review Their Work*, American Law Institute, Philadelphia, PA, 2015, p. 4 (https://www.ali.org/media/filer_public/2b/f8/2bf8b6aa-10b9-4be5-bb28-965451c40e2d/ali-style-manual.pdf) (ALI Handbook).

¹⁷ ALI Handbook, p. 5.

Restatements are produced by a non-governmental organization—the ALI—which was founded in 1923 «to promote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs, to secure the better administration of justice and to encourage and carry on scholarly and scientific legal work»¹⁸. According to the ALI, its membership consists of more than 4,500 «eminent judges, lawyers, and law professors from all areas of the United States and from many foreign countries, selected on the basis of professional achievement and demonstrated interest in improving the law»¹⁹.

Restatements do not necessarily state the law strictly as it currently exists. To the contrary, as the ALI puts it:

A Restatement...assumes the perspective of a common-law court, attentive to and respectful of precedent, but not bound by precedent that is inappropriate or inconsistent with the law as a whole. Faced with such precedent, an Institute Reporter is not compelled to adhere to what [Professor and former ALI Director] Herbert Wechsler called ‘a preponderating balance of authority’ but is instead expected to propose the better rule and provide the rationale for choosing it. A significant contribution of the Restatements has also been anticipation of the direction in which the law is tending and expression of that development in a manner consistent with previously established principles²⁰.

However, the ALI «needs to be clear about what it is doing. For example, if a Restatement declines to follow the majority rule, it should say so explicitly and explain why»²¹.

Restatements have three main elements: so-called «black letter» provisions, Comments, and Reporters’ Notes²². The black letter, which is a Restatement’s operative language, is intended to be «a clear, precise, and succinct statement of the law»—in this case, clear, precise, and succinct statements of conflict-of-laws rules²³. The Comments «explicat[e], analyz[e], and illustrat[e] the black letter and its application»²⁴. A Restatement’s black letter and Comments are «intended to be...the official product of the Institute and to represent its institutional voice rather than the voice of the Reporter»²⁵. The Reporters Notes «explain[] the sources relied upon in formulating the provision and its attendant Comment and set[s] forth its relationship to current law»²⁶.

¹⁸ See «The Story of the ALI» (<https://www.ali.org/about-ali/story-line/>).

¹⁹ See «Membership» (<https://www.ali.org/members/>); «Who comprises ALI’s membership and leadership?» (<https://www.ali.org/about-ali/faq/>).

²⁰ ALI Handbook, pp. 5-6.

²¹ ALI Handbook, p. 6.

²² ALI Handbook, p. 34.

²³ ALI Handbook, p. 6.

²⁴ ALI Handbook, p. 34.

²⁵ ALI Handbook, p. 42.

²⁶ ALI Handbook, p. 34.

They may also «provide avenues for additional research» and allow the Reporters «to convey views not necessarily those of the Institute and to suggest related areas for investigation that may be too peripheral for treatment in the black letter or Comment»²⁷. Unlike the black letter and Comments, the Reporters' Notes represent the voice of the Reporters rather than the institutional voice of the ALI²⁸.

The drafting cycle for Restatements consists of four principal steps. First, the Reporters research and draft a portion of the Restatement, for example a chapter or subtopic of a chapter that addresses a particular set of issues. Second, they submit it as a Preliminary Draft to a group of specially appointed project Advisers and a group of other interested ALI members (called a «Members Consultative Group» or «MCG») — both of which consist of judges, lawyers, and legal academics — who comment on the draft. An Advisers and MCG meeting is held to discuss the draft, giving Reporters an opportunity to receive extensive feedback and «to explore issues, to solicit advice and counsel, and to test the appropriateness of the draft»²⁹. Third, the Reporters make revisions and send a Council Draft to the ALI Council, which consists of up to 65 judges, lawyers, and academics. Council members provide comments. If the Council approves the Council Draft, the Reporters make further revisions and, as a fourth step, they submit it as a Tentative Draft to the entire membership of the ALI. If the membership approves the Tentative Draft, it becomes the official position of the ALI and can be cited and relied upon by judges. This cycle continues until the entire Restatement is completed³⁰. Unsurprisingly, this is a very lengthy process. The Second Restatement took almost 15 years to complete. The Third Restatement project began in 2014, already 10 years ago, and I expect it will be at least five more years before it is complete.

Although similar in form to statutes³¹, Restatements are not legally binding³². As the ALI puts it, «An unelected body like The American

²⁷ ALI Handbook, p. 45.

²⁸ ALI Handbook, p. 45.

²⁹ ALI Handbook, p. 16.

³⁰ See ALI Handbook, pp. 15-19.

³¹ See ALI Handbook, p. 5 («Restatements—'analytical, critical and constructive'—... resemble codifications more than mere compilations of the pronouncements of judges. The Institute's founders envisioned a Restatement's blackletter statement of legal rules as being 'made with the care and precision of a well-drawn statute.'»); S. C. SYMEONIDES, «Restatement (First and Second) of Conflict of Laws», in Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F., and de Miguel Asensio, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2017, pp. 1546-1553, 1546 («In the American legal lexicon, a Restatement of the Law is a document that resembles a code in the sense that it is a comprehensive and relatively systematic treatment of a legal subject...»).

³² See S. C. SYMEONIDES, «Restatement (First and Second)», *op. cit.*, p. 1546 (noting that «restatements are not binding authority»). For a different view, see F. SCHAUER, «The Restatements as Law», in GOLD, A.S. and GORDON, R.W. (eds.), *American Law Institute Centennial*

Law Institute has limited competence and no special authority to make major innovations in matters of public policy. Its authority derives rather from its competence in drafting precise and internally consistent articulations of law»³³. While courts are not legally required to follow a Restatement's rules, some Restatements are widely followed by courts in many states and, in some cases, courts adopt portions of a Restatement as common law rules, in effect giving them binding legal effect³⁴. The First Restatement once had a large judicial following, and the Second Restatement does today. It is hoped that the Third Restatement will also be influential in the courts.

III. THE FIRST AND SECOND RESTATEMENTS, THE SITUS RULE, AND RENVOI

The First Restatement has strict jurisdiction-selecting choice-of-law rules relying primarily on single, territorial connecting factors, and generally derived from vested rights theory³⁵. In line with this approach, the First Restatement calls for the application of the law of the situs state for virtually all issues related to real property, including the validity and effect of conveyances of real property³⁶, real property in marriage³⁷, and both intestate and testate succession to real prop-

History, Oxford University Press, 2023, pp. 425-440 (arguing that Restatements should, in some respects, be understood as «law»).

³³ ALI Handbook, p. 6.

³⁴ See S. C. SYMEONIDES, «Restatement (First and Second)», *op. cit.*, p. 1546 («Although the restatements are not binding authority in any state, they can be highly persuasive, depending on their intrinsic quality, and some of them enjoy wide judicial following»).

³⁵ See generally S. C. SYMEONIDES, «Restatement (First and Second)», *op. cit.*, pp. 1546-1547.

³⁶ See Restatement of the Law, Conflict of Laws, American Law Institute, 1934, § 215 (First Restatement) («The validity of a conveyance of an interest in land is determined by the law of the state where the land is»); § 216 («Capacity to make a valid conveyance of an interest in land is determined by the law of the state where the land is»); § 217 («The formalities necessary for the validity of a conveyance of an interest in land are determined by the law of the state where the land is»); § 220 («The effect upon interests in land of a conveyance is determined by the law of the state where the land is»). Cf. § 214 («(1) Words used in an instrument of conveyance of an interest in land which, by the law of the state where the land is, have a given operative effect irrespective of the intent of the conveyor, will be accorded such effect in any state. (2) Words used in an instrument of conveyance of an interest in land which, by the law of the state where the land is, have a given operative effect unless a contrary intent is shown by admissible evidence, will be accorded such effect in any state. (3) The meaning of words used in an instrument of conveyance of an interest in land which, by the law of the state where the land is, are accorded neither of the effects described in Subsections (1) and (2), is, in the absence of controlling circumstances to the contrary, determined in accordance with usage at the domicile of the conveyor at the time of the conveyance»).

³⁷ See First Restatement § 238 («The effect of marriage upon an interest in land acquired by either or both of the spouses during coverture is determined by the law of the state where the land is»).

erty³⁸. However, the First Restatement takes a different approach for issues about contracts to convey real property, providing that «[t]he law of the place of contracting determines the validity of a promise to transfer or to convey land»³⁹.

The First Restatement also has a situs rule for issues about conveyances of personal property⁴⁰. However, under the First Restatement, contracts to convey personal property are governed by the law of the state where the contract was made⁴¹, issues about personal property in marriage are governed by the matrimonial domicile⁴², and issues about intestate and testate succession to personal property are governed by the law of the state of the decedent's domicile at the time of death⁴³.

For a certain period, the First Restatement was widely followed by courts, and it continues to be followed by a small but significant number of states⁴⁴. However, it was criticized from the beginning⁴⁵. On the one hand, its rigid rules were said to produce frequently arbitrary

³⁸ See First Restatement § 245 («The law of the state where the land is determines its devolution upon the death of the owner intestate»); § 249 («The validity and effect of a will of an interest in land are determined by the law of the state where the land is»). Cf. § 251 («(1) Words used in a devise of an interest in land which, by the law of the state where the land is, have a given operative effect irrespective of the intent of the testator, will be accorded such effect in any state. (2) Words used in a devise of an interest in land which, by the law of the state where the land is, have a given operative effect unless a contrary intent is shown by admissible evidence, will be accorded such effect in any state. (3) The meaning of words used in a devise of an interest in land which, by the law of the state where the land is, are accorded neither of the effects described in Subsections (1) and (2), is, in the absence of controlling circumstances to the contrary, determined in accordance with usage at the domicile of the testator at the time when the will was made»).

³⁹ First Restatement § 340.

⁴⁰ § 255 («Capacity to make a valid conveyance of an interest in a chattel is determined by the law of the state where the chattel is at the time of the conveyance»); § 256 («The formal validity of a conveyance of an interest in a chattel is determined by the law of the state where the chattel is at the time of the conveyance»); § 257 («Whether a conveyance of a chattel which is in due form and is made by a party who has capacity to convey it is in other respects valid, is determined by the law of the state where the chattel is at the time of the conveyance»).

⁴¹ See First Restatement § 332.

⁴² § 290 («Interests of one spouse in movables acquired by the other during the marriage are determined by the law of the domicile of the parties when the movables are acquired»).

⁴³ § 303 («The movables of one who died intestate which remain in the state after the estate is fully administered are distributed to the persons who are entitled to take by the law of the state of his domicile at the time of his death»); § 306 («The validity and effect of a will of movables is determined by the law of the state in which the deceased died domiciled»); § 308 («The meaning of words used in a will of movables, in the absence of controlling circumstances to the contrary, is determined in accordance with the usage at the domicile of the testator at the time of making the will»).

⁴⁴ See S. C. SYMEONIDES, *Choice of Law*, *op. cit.*, p. 60 (noting that the First Restatement at one point had been «adopted with varying degrees of enthusiasm in virtually all states in the United States» and «dominated American conflicts law for more than a generation»).

⁴⁵ See K. ROOSEVELT III, *Conflict of Laws*, 2nd. ed., St. Paul, Minnesota, Foundation Press, 2015, p. 35 («Almost from its inception, the First Restatement was subjected to fierce criticism»).

results. On the other hand, these rules were applied in ways that produced uncertainty and lack of transparency in legal reasoning, because judges dissatisfied with those results tended to avoid them by using a variety of “escape devices” (such as characterization and the public policy exception)⁴⁶.

Influenced by the so-called «American conflicts revolution» that proposed various «modern» approaches in lieu of the First Restatement’s choice-of-law rules, the Second Restatement generally avoids rules. Instead, Section 6 of the Second Restatement enumerates a variety of factors that judges are to consider when making choice-of-law decisions⁴⁷. Its issue-specific choice-of-law sections typically call on courts either to apply the law of the state which, with respect to that issue, has «the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6»⁴⁸, or identify the state that presumptively has that relationship and calls on courts to apply that state’s law «unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship under the principles stated in § 6 to the occurrence and the parties, in which event the local law of the other state will be applied»⁴⁹. Thus, under the Second Restatement approach, «courts must look in each case to the underlying factors themselves in order to arrive at a decision which will best accommodate them»⁵⁰.

However, the Second Restatement’s approach to choice of law for real property issues is more rule-like, similar to the First Restatement’s approach. Under the Second Restatement, the law of the state where real property is located presumptively governs those issues for conveyances⁵¹

⁴⁶ See generally S. C. SYMEONIDES, «Restatement (First and Second) of Conflict of Laws», *op. cit.*, p. 1547.

⁴⁷ See Restatement of the Law Second, Conflict of Laws, American Law Institute, 1971, § 6(2) (Second Restatement) («[T]he factors relevant to the choice of the applicable rule of law include (a) the needs of the interstate and international systems, (b) the relevant policies of the forum, (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue, (d) the protection of justified expectations, (e) the basic policies underlying the particular field of law, (f) certainty, predictability and uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied»).

⁴⁸ See, e.g., Restatement Second, § 145(1) («The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6»).

⁴⁹ See, e.g., Restatement Second § 146 («In an action for a personal injury, the local law of the state where the injury occurred determines the rights and liabilities of the parties, unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship under the principles stated in § 6 to the occurrence and the parties, in which event the local law of the other state will be applied»).

⁵⁰ Restatement Second, § 6, cmt. c.

⁵¹ See Second Restatement § 223 («(1) Whether a conveyance transfers an interest in land and the nature of the interest transferred are determined by the law that would be applied by the courts of the situs. (2) These courts would usually apply their own local law in determining such questions»); § 224 («(1) An instrument of conveyance of an interest in land is construed in

and in the contexts of marriage⁵² and succession⁵³. Nevertheless, some differences between the two Restatements stand out. For example, unlike the First Restatement, the Second Restatement extends the situs rule to contracts to convey real property⁵⁴. In addition, unlike the First Restatement, the Second Restatement incorporates renvoi into most of its real property choice-of-law rules. Rather than directly referring to the law of the state where real property is located, these rules refer to «the law that would be applied by the courts of the situs» and state that «[t]hese courts would usually apply their own local law in determining such questions»⁵⁵. In practice, however, it appears that courts purporting to follow the Second Restatement have applied renvoi in this context only exceptionally rarely⁵⁶ and have instead generally followed a simple situs rule.

The Second Restatement's choice-of-law approach to personal property issues is somewhat eclectic, varying depending on the particular issue. For issues about conveyances of personal property, it favors the law of the state where the property was located at the time of the conveyance⁵⁷; for issues about contracts to convey personal property,

accordance with the rules of construction of the state designated for this purpose in the instrument. (2) In the absence of such a designation, the instrument is construed in accordance with the rules of construction that would be applied by the courts of the situs»).

⁵² See Second Restatement § 234 («(1) The effect of marriage upon an interest in land acquired by either of the spouses during coverture is determined by the law that would be applied by the courts of the situs. (2) These courts would usually apply their own local law in determining such questions»).

⁵³ See Second Restatement § 236 («(1) The devolution of interests in land upon the death of the owner intestate is determined by the law that would be applied by the courts of the situs. (2) These courts would usually apply their own local law in determining such questions»); § 239 («(1) Whether a will transfers an interest in land and the nature of the interest transferred are determined by the law that would be applied by the courts of the situs. (2) These courts would usually apply their own local law in determining such questions»); § 240 («(1) A will insofar as it devises an interest in land is construed in accordance with the rules of construction of the state designated for this purpose in the will. (2) In the absence of such a designation, the will is construed in accordance with the rules of construction that would be applied by the courts of the situs»).

⁵⁴ See § 189 («The validity of a contract for the transfer of an interest in land and the rights created thereby are determined, in the absence of an effective choice of law by the parties, by the local law of the state where the land is situated unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship under the principles stated in § 6 to the transaction and the parties, in which event the local law of the other state will be applied»).

⁵⁵ See, e.g., §§ 223, 234, 236.

⁵⁶ See C. A. WHYTOCK and M.-Y. CHANG, «Au Renvoi, Renvoi? An Analysis of the Renvoi Doctrine in State and Federal Courts», *Willamette Law Review* (forthcoming) (manuscript on file with author).

⁵⁷ See § 244 («(1) The validity and effect of a conveyance of an interest in a chattel as between the parties to the conveyance are determined by the local law of the state which, with respect to the particular issue, has the most significant relationship to the parties, the chattel and the conveyance under the principles stated in § 6. (2) In the absence of an effective choice of law by the parties, greater weight will usually be given to the location of the chattel, or group

it favors the law of the state where the seller is to deliver the property⁵⁸; for issues about personal property in marriage, it favors the law of the state where the spouses were domiciled at the time the property was acquired⁵⁹; and for issues about intestate and testate succession to personal property, it favors the law of the state where the testator was domiciled at the time of death⁶⁰.

In summary, both the First Restatement and the Second Restatement make a strict distinction between issues about real property and issues about personal property. The Second Restatement generally calls for the application of the law of the situs to issues about real property—even in the context of contracting, marriage, and succession—and uses a variety of different connecting factors, including domicile, for personal property issues. As one commentator puts it, «By and large, the Conflicts Revolution simply never made it to property»⁶¹.

IV. THE THIRD RESTATEMENT: THEORY

The Third Restatement is more rule-oriented than the Second Restatement and, in that sense, it is similar in form to the First Restatement. However, the principles used to derive the Third Restatement's rules—what I call its «design principles»—are very different from the First Restatement's animating vested rights theory. In fact, the Third

of chattels, at the time of the conveyance than to any other contact in determining the state of the applicable law»).

⁵⁸ See § 191 («The validity of a contract for the sale of an interest in a chattel and the rights created thereby are «etermined, in the absence of an effective choice of law by the parties, by the local law of the state where under the terms of the contract the seller is to deliver the chattel unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship under the principles stated in § 6 to the transaction and the parties, in which event the local law of the other state will be applied»).

⁵⁹ See § 258 («(1) The interest of a spouse in a movable acquired by the other spouse during the marriage is determined by the local law of the state which, with respect to the particular issue, has the most significant relationship to the spouses and the movable under the principles stated in § 6. (2) In the absence of an effective choice of law by the spouses, greater weight will usually be given to the state where the spouses were domiciled at the time the movable was acquired than to any other contact in determining the state of the applicable law»).

⁶⁰ See § 260 («The devolution of interests in movables upon intestacy is determined by the law that would be applied by the courts of the state where the decedent was domiciled at the time of his death»); § 263 («(1) Whether a will transfers an interest in movables and the nature of the interest transferred are determined by the law that would be applied by the courts of the state where the testator was domiciled at the time of his death. (2) These courts would usually apply their own local law in determining such questions»); § 264 («(1) A will insofar as it bequeaths an interest in movables is construed in accordance with the local law of the state designated for this purpose in the will. (2) In the absence of such a designation, the will is construed in accordance with the rules of construction that would be applied by the courts of the state where the testator was domiciled at the time of his death»).

⁶¹ J.Y. STERN, «Property, Exclusivity, and Jurisdiction», *Virginia Law Review*, vol. 100, 2014, p. 113.

Restatement's design principles resemble some of the choice-of-law principles in Section 6 of the Second Restatement, discussed above.

Specifically, the Third Restatement's rules are designed to «select[] the most appropriate relevant law to govern particular issues»⁶² taking into account two sets of considerations:

First, choice-of-law systems should generally seek to provide sensible, rather than arbitrary, answers to choice-of-law questions so that states' policies are not needlessly thwarted and parties are not subject to unfair surprise. Whether it is sensible to choose a particular state's law to govern a particular issue is affected by the policies underlying the relevant laws, the connections between the relevant states and the particular issue under consideration, and the reasonable expectations of the parties. The considerations relevant to this analysis could be called «right answer» considerations....

Second, choice-of-law systems should generally seek to provide answers in an easy, predictable, and uniform fashion so that the litigation process is streamlined and parties can structure their out-of-court behavior with confidence as to what law will govern. The considerations relevant to this analysis could be called “systemic” considerations⁶³.

For some property choice-of-law issues, these considerations imply that the law of the situs is the most appropriate law. For other issues involving property, right answer and systemic considerations imply that the law of a state other than the situs state is the most appropriate law, such as the law of the state of a relevant party's domicile.

As these observations suggest, the scope of the Third Restatement's situs rule is not deduced from a particular concept of rights *in rem* and a presumption that situs law should govern those rights. Rather, it is based on an assessment of case law in light of right answer considerations and systemic considerations on an issue-by-issue basis to determine the most appropriate connecting factor for each choice-of-law rule.

The Third Restatement's approach also takes into account the extensive criticism of the earlier Restatements' categorical situs rule, according to which virtually all issues related to real property are governed by the law of the state where the real property is located. These critiques are based largely on the proposition that a state is unlikely to have the strongest interest in having its law govern an issue about, say, property in marriage or succession to property merely because the property is located within its territory. Instead, because these issues are more fundamentally about the rights and relationships of individuals

⁶² Restatement Third, Conflict of Law § 5.01 (Tentative Draft No. 3, 2022) (Third Restatement T.D. 3).

⁶³ Third Restatement T.D.3 § 5.01, Comment d.

rather than about property as such, and because the relevant policies are above all the policies underlying the law of marriage and the law of succession, the state with the strongest interest will generally be the domicile state⁶⁴.

V. THE THIRD RESTATEMENT: EXAMPLES

How does this theory translate into the Third Restatement's actual choice-of-law rules? To illustrate, I will offer several examples from the current drafts of the Third Restatement's chapter on property.

1. Core Property Issues

Some issues related to property are governed by distinct fields of law that are based on substantive policies specific to those fields, such as the law of matrimonial property, succession law, and the law of trusts⁶⁵. The Third Restatement calls those issues «property-related issues» to recognize the distinctive policies underlying the law that governs them, to recognize that those policies are an important factor in determining which state's law is most appropriate, and to recognize that different underlying policies may therefore imply distinctive choice-of-law rules⁶⁶. As illustrated below, those choice-of-law rules generally do not require a distinction between real property and personal property.

⁶⁴ See, e.g., W. M. RICHMAN, and W. L. REYNOLDS, «Prologomenon to an Empirical Restatement of Conflicts», *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000, p. 424 (referring to the situs rule as «one of [the] most dysfunctional» choice-of-law rules and explaining that «[t]he problem with the situs rule ... is an imbalance between its scope and rationale. The scope of the rule extends to nearly all questions involving title to real property, but its rationales work in only a fraction of those cases»); J. W. SINGER, «Property Law Conflicts», *Washburn Law Journal*, vol. 54, 2014, p. 160 (arguing that «[t]he situs rule is a good one in many cases, but in other cases it promotes perverse or destructive results»); S. C. SYMEONIDES, «The Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts)», *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000, p. 443 («Today no sound policy reason can be offered for inexorably subjecting all issues involving land to the law of the situs. While the situs state has a legitimate interest in matters of land utilization and issues involving clarity and security of title, it has no interest in controlling issues such as the capacity of the disposer, the capacity or worthiness of an heir or legatee, the interests of the surviving or non-owning spouse, the order of succession, or the formal validity of a will or a transaction involving land»); R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 6th ed., New York, Foundation Press, 2010, §§ 8.1–8.22, pp. 573–627 (systematically critiquing the situs rule); C. A. WHYTOCK, «“Situs and Domicile in Choice of Law for Succession Issues», *Tulane Law Review*, vol. 97, 2023, pp. 1181–1221 (critiquing situs rule for succession choice-of-law issues).

⁶⁵ The Third Restatement's property chapter will also include choice-of-law rules for issues about trusts. These rules have not yet been approved by the ALI Council or the ALI Membership and will not be discussed.

⁶⁶ See Restatement Third, Conflict of Law, Chapter 7, Introductory Note a (Tentative Draft No. 4, 2023) (Third Restatement T.D. 4).

Other issues about property—which the Third Restatement calls «core property issues»—do not so directly implicate the field-specific substantive policies of matrimonial property law, succession law, or the law of trusts, but they do implicate fundamental policies underlying the substantive law of property, such as clarity and security of title and the efficient operation of markets for property. As discussed here, right-answer and systemic considerations suggest that the most appropriate law for core real property issues, but not necessarily all core personal property issues, generally will be the law of the situs state.

Under the Third Restatement, core real property issues governed by the law of the situs state include the transfer of real property interests by deed and the recordation and priorities of real property instruments. Section 7.04 covers choice of law for issues about the transfer of real property interests by deed: «(a) The transfer of an interest in real property by deed is governed by the law of the state where the real property is located. (b) The construction or interpretation of a deed for the transfer of a real property interest is governed by the law of the state designated in the deed for that purpose or, in the absence of such a designation, by the law of the state where the real property is located». The stated rationale for the rule is based on the right-answer considerations discussed above:

The law of the state where real property is located has a strong interest in having its law govern the validity and effect of a transfer of an interest in that property by deed and the nature of the interest transferred, as well as the construction or interpretation of the deed. This interest flows from that state's broader interests in both ensuring certainty and clarity of title and the integrity of its real property records and supporting the operation of its market for real property interests. A state is unlikely to have a strong interest in having its law govern these issues as to real property located in another state's territory.

If the deed designates the law of a state to govern the interpretation and construction of the deed, a court will apply the designated law for that purpose. A third party examining title records must be able to determine the law governing the interpretation and construction of a deed. Therefore, this Section refers only to the law of the state designated in the deed itself for that purpose, and not to a designation in a related document (such as a contract for the sale of real property interests) that will not necessarily be recorded or understood by a third party to be associated with the deed. If the designation is not in the deed itself, then the law of the state where the real property is located will govern the interpretation and construction of the deed⁶⁷.

The Third Restatement, like its predecessors, distinguishes between transfers by deed and contracts for a transfer by deed. Transfer by deed

⁶⁷ Third Restatement T.D. 4, § 7.04, Comment c.

is a method for transferring real property interests, whereas a related contract determines the rights and obligations of the transferor and transferee of those interests. For example, contracts for the sale of real property interests typically obligate the seller to execute and deliver a deed upon the satisfaction of certain conditions in order to transfer the interests to the buyer⁶⁸. A contract for the sale of real property is governed by the law applicable to contract issues, covered by Chapter 8 of the Third Restatement.

Section 7.05 covers recording and priorities of real property interests (which is used in most U.S. states to serve a function roughly analogous to the registration of such interests): «(a) A state's real property recording system, the real property documents that are eligible for recording, and the required formalities for recording are governed by that state's law. (b) The law of the state where real property is located governs the effect that recording or failing to record a real property document has on the priorities of interests in that real property.» The Restatement's rationale for this rule is as follows:

[A] state has a strong interest in ensuring the integrity of its real property records and promoting clarity of title to real property located within its territory, and therefore in having its law govern the recording and priorities of interests in real property located within its territory. A state other than the state where the real property is located is unlikely to have such an interest. Therefore, this Section's choice-of-law rule should result in the application of the law of the most interested state. This Section's choice-of-law rule should also protect the reasonable expectations of persons concerned with issues about the recording and priorities of real property interests. There appears to be no reason to expect one state's law to govern issues about another state's real-property-recording system or for one state's law to govern issues about the effect that recording or failing to record has on the priorities of interests in real property located in another state⁶⁹.

The Third Restatement also extends the situs rule to some core property issues generally (including those involving personal property), such as adverse possession (§ 7.06) and leases (§ 7.08(b)), but not to others such as restraints on alienation (§ 7.07(b)) and, following the Uniform Commercial Code, certain issues about security interests in personal property (§ 7.08(d))⁷⁰. Hence, for core property issues, it remains necessary under the Third Restatement to distinguish between real property and personal property to determine the appropriate choice-of-law rule.

⁶⁸ See Third Restatement T.D. 4, § 7.04, Comment b.

⁶⁹ Third Restatement T.D. 4, § 7.05, Comment b.

⁷⁰ Section references are to Third Restatement T.D. 4.

2. Property in Marriage and Other Domestic Relationships

The Third Restatement provides that issues about property in marriage and other domestic relationships are governed by the law of the state of the marital domicile, determined as of the time specified in choice-of-law rules for particular issues. For example, under Section 7.13, «(a) Management and control rights between spouses during marriage as to property owned by a spouse before marriage are governed by the law of the marital domicile at the time of marriage. (b) Management and control rights between spouses during marriage as to property acquired by a spouse during marriage are governed by the law of the marital domicile at the time of acquisition.» Under Section 7.14, «The matrimonial property rights between spouses upon divorce are governed by the law of the marital domicile at the time of divorce.» And under Section 7.15, «The matrimonial property rights of spouses upon the death of a spouse are governed by the law of the marital domicile at the time of death.» These rules apply regardless of whether the property is real property or personal property.

According to Section 7.12, «[t]he ‘marital domicile’ is: (a) the state of the spouses’ common domicile, if the spouses are domiciled in the same state; or (b) the state where the spouses last had a common domicile and where one spouse remains domiciled or has reestablished domicile, if the spouses do not have a common domicile; or (c) if neither subsection (a) nor subsection (b) applies, the state with which the spouses jointly have the closest connection, taking into account all the circumstances.»

There are three main reasons why the Restatement uses marital domicile as the primary connecting factor in its choice-of-law rules for issues about property in marriage and other domestic relationships⁷¹. First, in most cases, the state where the marital domicile is located is the state that is most likely to have the strongest interest in having its law govern the matrimonial property rights of spouses. The policies underlying matrimonial property rights are about the marriage relationship and the spouses. These policies include economic protection of the spouses, protection of their reasonable expectations about property in marriage, fairness and equity between spouses, and the recognition of both spouses’ contributions to the marriage. Therefore, the state that has the closest connection to the spouses and the marriage relationship—that is, the marital domicile—will ordinarily have the strongest interest in having its laws govern issues about the spouses’ matrimonial property rights.

⁷¹ See Third Restatement T.D. 4, § 7.12, Comment e.

Second, the application of the law of the marital domicile to govern matrimonial property rights should in most cases protect reasonable expectations of spouses and third parties dealing with them. It is reasonable to expect matrimonial property rights to be governed by the state that is most closely connected with the spouses and the marriage relationship rather than a state lacking such connections. By making the marital domicile the principal connecting factor, this Topic promotes the reasonable expectation that the law of the marital domicile governs issues about matrimonial property rights, thus helping parties plan their out-of-court behavior with confidence as to what law will govern.

Third, the application of the law of the marital domicile to govern issues about matrimonial property rights promotes the efficient resolution of disputes about those rights. Under the traditional approach—which is sometimes referred to as «scission»—the governing law depends on how property is classified: issues about matrimonial property classified as real property are governed by the law of the state where the real property is located, whereas issues about matrimonial property classified as personal property are governed by the marital domicile at a specified time. This approach, which may require the determination and application of the law of multiple states to issues about the matrimonial property rights of a single married couple, is unnecessarily complex and difficult for the parties, their lawyers, and the court, and risks frustrating both the interests of states and the reasonable expectations of the spouses.

These three reasons apply to choice of law for issues about matrimonial property regardless of whether the property is real property or personal property. Therefore, this Restatement's choice-of-law rules for issues about matrimonial property take a «unitary» approach: they do not distinguish between the two types of property and use the marital domicile as the principal connecting factor for matrimonial property issues involving both real property and personal property.

3. Succession

Like the Third Restatement's approach to property in marriage and other domestic relationships, its choice-of-law rules for issues about succession use domicile as its principal connecting factor and take a unitary approach by not distinguishing between real property and personal property. While this portion of the Third Restatement has been approved by the ALI Council, it has not yet been approved by the ALI Membership. I therefore will not provide specific examples of its choice-of-law rules for succession.

Nevertheless, it may be useful to note some of the rationales for taking a unitary domicile-based approach to succession choice-of-law

issues⁷². First, the state of the decedent's domicile will usually have a stronger interest in having its law govern succession issues than a non-domicile state where real property of the decedent is located. The policies underlying the law of succession are primarily policies about the rights of persons to dispose of their property in accordance with their intent when they die. A natural person's domicile is the place where their life is centered and where they are physically present. The state of a person's domicile usually will be the state with the closest connection to that person. Therefore, in most cases, a state is likely to have an interest in governing issues about succession as to its own domiciliaries. In general, a nondomicile state is unlikely to have a stronger interest than the domicile state in having its law govern succession issues solely because the decedent's estate includes real property located there. Those issues are more about the decedent's freedom of disposition than about real property as such.

Second, in most cases, application of the law of the state of a decedent's domicile is more likely to be consistent with the decedent's expectations and intent than application of the law of a nondomicile state where real property of the decedent is located. Insofar as a person has expectations regarding the law that would govern issues about succession to their property when they die, they would probably be more likely to expect the law of their state of domicile to govern than the law of some other state with a weaker connection to them. A fundamental policy of the substantive law of succession is to favor the disposition of a person's property as they intend when they die. A person is unlikely to intend the law of different states to govern their succession as to different items of property merely because those items of property are characterized as personal property rather than real property, or vice versa, and are located in different states. For example, a testator is unlikely to expect their will to be considered valid as to personal property (under the law of their state of domicile) but invalid as to real property (under the law of the state where that property is located), or vice versa. Similarly, a testator is unlikely to intend their will to be construed as having one meaning as to personal property (under the law of their state of domicile) but another potentially contradictory meaning as to real property (under the law of the state where that property is located). For these reasons, a unitary domicile-based choice-of-law approach is more consistent with persons' usual expectations and with succession law's fundamental policies than the traditional fragmented approach.

Third, a unitary approach is simpler and more efficient for estate planning and probate than the traditional scissionist approach. For

⁷² See Restatement Third, Conflict of Law, Chapter 7, Topic 4, Introductory Note (Council Draft No. 9, 2023) (Third Restatement C.D. 9). These and other reasons are developed more systematically in C. A. WHYTOCK, «Situs and Domicile», *op. cit.*, pp. 1181-1221.

estates that include personal property and also real property located in states other than the state of the testator's domicile, scission requires estate planners, administrators, and courts to characterize property in the estate as either personal property or real property—which is not always a straightforward exercise—and to determine and apply the law of multiple states (including law that is foreign to the courts of the domicile state, where primary probate proceedings are likely to occur). Sophisticated estate planners can—and often do—circumvent the situs rule by conveying real property to a separate legal entity (such as a limited liability company) so that the decedent's estate will include securities of that entity, which are personal property, rather than the real property itself. Insofar as this practice reflects a general interest among estate planners in avoiding scission (and, perhaps, avoiding situs law), it would seem more desirable to have a default domicile choice-of-law rule for both personal property- and real property-related succession issues than to require estate planners to use devices like securitization to achieve those results.

Fourth, the Third Restatement's unitary approach to choice of law for issues about succession is more consistent with the structure of substantive succession law today than the traditional scissionist approach. The substantive common law of succession once distinguished between chattels and land, and that distinction helps explain the historical emergence of the situs rule and scission. Today, however, the substantive law of succession has a unitary structure, providing a single set of rules that apply to testate and intestate succession as to both personal property and real property. A unitary domicile-based approach brings the choice-of-law rules for succession issues into structural alignment with the substantive law of succession.

V. COMPARATIVE OBSERVATIONS

In this Section, I consider the Third Restatement's approach to choice of law for property issues as compared to the EU private international law approach, taking into account the Succession Regulation, the Matrimonial Property Regulation, the Registered Partnerships Regulation, and the current version of the European Group of Private International Law's (EGPIL) proposal on «The law applicable to rights *in rem* in corporeal assets»⁷³. Across multiple dimensions of com-

⁷³ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (Succession Regulation); Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes

parison, the Third Restatement is closer to the European approach to choice of law for property issues than either the First Restatement or the Second Restatement. To be clear, convergence toward EU private international law is not among the Third Restatement's goals. Instead, as explained above, the Third Restatement's choice-of-law rules are based on issue-by-issue analysis of U.S. caselaw and legislation in light of right answer considerations and systemic considerations. And important differences obviously remain between the approaches of the Third Restatement and EU private international law. Yet, as the following examples suggest, one outcome of the Third Restatement process has been a move in the general direction of EU private international law in the area of choice of law for property issues.

First, the Third Restatement, unlike the First Restatement and the Second Restatement, but like the relevant EU regulations, adopts a unitary approach that does not rely on a personal property-real property distinction in its choice-of-law rules for issues about succession and property in marriage and other domestic relationships⁷⁴.

Second, the Third Restatement, unlike the First and Second Restatements, but like the relevant EU regulations, deemphasizes the *situs* and instead uses personal connecting factors in its choice-of-law rules for issues about real property in succession and in marriage⁷⁵. There are,

(Matrimonial Property Regulation); Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships (Registered Partnerships Regulation); Proposal of the European Group of Private International Law on "The law applicable to rights *in rem* in corporeal assets," 17 September 2023 (<https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2023/06/The-law-applicable-to-rights-in-rem-in-corporeal-assets-Consolidated-version.pdf>) (EGPIL Proposal). I do not consider Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), although it, too, addresses certain choice-of-law issues regarding property.

⁷⁴ Regarding the Third Restatement, see Sections V(2) and V(3) above. Regarding EU private international law, see Succession Regulation art. 21(1) («Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to the succession *as a whole shall be the law of the State in which the deceased had his habitual residence at the time of death*»), Matrimonial Property Regulation art. 21 («Unity of the applicable law. The law applicable to a matrimonial property regime...shall apply to *all assets falling under that regime, regardless of where the assets are located*»), and Registered Partnerships Regulation art. 21 («Unity of the applicable law. The law applicable to the property consequences of a registered partnership shall apply to *all assets that are subject to those consequences, regardless of where the assets are located*») (emphasis added). Due to lack of space, I do not discuss party autonomy regarding the applicable law under these regulations or choice of law for issues about the rights of third parties.

⁷⁵ Regarding the Third Restatement, see Sections V(2) and V(3) above. Regarding EU private international law, see Succession Regulation art. 21(1) («*habitual residence at the time of death*») and Matrimonial Property Regulation art. 21(1) («In the absence of a choice-of-law agreement pursuant to Article 22, the law applicable to the matrimonial property regime shall be the law of the State: (a) of the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage; or, failing that (b) of the spouses' common nationality at the time of the conclusion of the marriage; or, failing that (c) with which the spouses jointly have the closest connection

however, significant differences. One is that the Third Restatement uses the decedent's domicile (for succession) and the marital domicile (for property in marriage) while the EU succession and matrimonial property regulations use the decedent's habitual residence (for succession) and the spouses' common habitual residence (for property in marriage) as the primary personal connecting factors⁷⁶. Another is that, for issues about property in marriage, the relevant time of personal connection is the time of divorce or death in the Third Restatement but the time of marriage in the EU matrimonial property regulation⁷⁷. The Third Restatement's Reporters had initially proposed a habitual residence concept inspired by EU private international law and the work of the Hague Conference on Private International Law, but that proposal was rejected by the project's advisers on the ground that both the term and the concept of «domicile» were too firmly established in American common law to be abandoned⁷⁸. However, it is worth noting the Third Restatement's fallback definition for marital domicile was partly inspired by the Matrimonial Property Regulation's fallback provision regarding the applicable law⁷⁹.

Third, the Third Restatement, unlike the Second Restatement, but like the relevant EU regulations and like the EGPIIL Proposal, takes a rule-oriented approach to choice of law for issues about property, while also including exceptions to avoid the arbitrary results that rules sometimes produce in particular factual circumstances. The Third Re-

at the time of the conclusion of the marriage, taking into account all the circumstances»). The Registered Partnership Regulation does not use the situs of property as a primary connecting factor, either, but it refers to «the law of the State under whose law the registered partnership was created» rather than the state of the partners' habitual residence (art. 26(1)).

⁷⁶ Regarding the Third Restatement, see Sections V(2) and V(3) above. Regarding EU private international law, see Succession Regulation art. 21(1) and Matrimonial Property Regulation art. 21(1).

⁷⁷ Regarding the Third Restatement, see Sections V(2) and V(3) above. Regarding EU private international law, see Matrimonial Property Regulation art. 21(1).

⁷⁸ Under Section 2.05 of Restatement Third, Conflict of Law (Tentative Draft No. 2, 2021) (Third Restatement T.D. 2), a natural person's domicile is «the place where the person's life is centered and the person is physically present,» determined based on «objective evidence of the person's domestic, familial, social, religious, economic, professional, and civic activities.» Under Section 2.08, the domicile for juridical persons depends on «the center of its activities relevant to the particular conflict-of-laws matter to be resolved,» but is presumed to be where it has its principal place of business. In my personal capacity, I have argued in favor of an important role for comparative analysis in the Restatement process and I continue to refer to comparative materials in my Restatement work. See R. MICHAELS, and C. A. WHYTOCK, «Internationalizing the New Conflict of Laws Restatement», *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 27, no. 3, 2017, pp. 356-359.

⁷⁹ Compare Third Restatement T.D. 4 § («the state with which the spouses jointly have the closest connection, taking into account all the circumstances») with Matrimonial Property Regulation art. 26(1)(c) (referring to the law of the state «with which the spouses jointly have the closest connection at the time of the conclusion of the marriage, taking into account all the circumstances»).

statement has two primary exceptions: a public policy exception⁸⁰ and a manifestly-more-appropriate-law exception⁸¹. The Succession Regulation, the Matrimonial Property Regulation, the Registered Partnerships Regulation, and the current version of the EGPII Proposal all contain a public policy exception⁸². The Matrimonial Property Regulation, the Registered Partnerships Regulation, and the EGPII Proposal also contain an exception relating to overriding mandatory provisions⁸³. In addition, the Succession Regulation provides that «[w]here, by way of exception, it is clear from all the circumstances of the case that, at the time of death, the deceased was manifestly more closely connected with a State other than the State whose law would be applicable under paragraph 1, the law applicable to the succession shall be the law of that other State»⁸⁴.

A fourth dimension of comparison is *renvoi*. The Second Restatement embraced the use of *renvoi*, particularly for property-related choice-of-law issues⁸⁵. Unlike the Second Restatement, but like the Matrimonial Property Regulation, the Registered Partnerships Regulation, and the current version of the EGPII Proposal⁸⁶, the current ver-

⁸⁰ See Third Restatement T.D. 3, § 5.04 («A court may decline to decide an issue under foreign law if the use of foreign law would offend a deep-rooted forum public policy»). As the Comment to Section 5.04 clarifies: «For invocation of the public policy exception to be justified, two conditions must be met. First, the foreign law must be offensive to a deep-rooted public policy of the forum. Second, the use of the law to govern a particular issue must actually injure the forum policy. Offensiveness in the abstract is not enough.»

⁸¹ See Third Restatement T.D. 3, § 5.03 («The law selected by the rules of this Restatement will not be used if a case presents exceptional and unaccounted-for circumstances that make the use of a different state's law manifestly more appropriate. In such cases, the court will select the manifestly more appropriate law.»). The Comment to Section 5.03 explains: «Whether a result is manifestly more appropriate is to be determined by considering factors including the relevant policies of the forum and other interested states, the relative interests of those states in the particular issue—determined in light of the strength and relevance of the contacts between the states and the issue, and the protection of justified expectations. These «right answer» considerations determine whether a choice of law is sensible or arbitrary, and the exception should be used to avoid arbitrary outcomes.» Third Restatement T.D. 3, § 5.03, Comment c.

⁸² See Succession Regulation art. 35 («The application of a provision of the law of any State specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.»). See also Matrimonial Property Regulation art. 31, Registered Partnerships Regulation art. 31, and EGPII Proposal art. 13.

⁸³ See Matrimonial Property Regulation art. 30 («Overriding mandatory provisions. 1. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum. 2. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a Member State for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the matrimonial property regime pursuant to this Regulation»). See also Registered Partnership Regulation art. 30 and EGPII Proposal art. 12.

⁸⁴ Succession Regulation art. 21(2).

⁸⁵ See Second Restatement § 8 (2).

⁸⁶ See Matrimonial Property Regulation art. 32 («Exclusion of *renvoi*. The application of the law of any State specified by this Regulation means the application of the rules of law

sion of the Third Restatement's chapter on choice of law for property declares that renvoi is unnecessary under its rules⁸⁷. Interestingly, the EU Succession Regulation provides for renvoi under certain circumstances⁸⁸. In the United States, renvoi has only been used by courts exceptionally rarely, despite the Second Restatement's embrace of it, and it has been extensively criticized by judges and scholars alike⁸⁹.

Both the Third Restatement and EU private international law cover choice of law for issues about succession and property in marriage and other domestic relationships. However, unlike the Third Restatement and its predecessors, EU private international law currently does not extend to choice-of-law issues relating to what the EGPIIL Proposal calls «proprietary rights»⁹⁰. The EGPIIL Proposal offers a model to fill that gap⁹¹. The current drafts of the Third Restatement and the EGPIIL Proposal are similar in at least two ways. Neither of them adopts renvoi⁹² and both of them adopt a general situs rule for proprietary rights

in force in that State other than its rules of private international law»). See also Registered Partnerships Regulation art. 32 and EGPIIL Proposal art. 14.

⁸⁷ Third Restatement T.D. 4, Chapter 7, Property, Introductory Note d («This Chapter's choice-of-law rules refer to the 'law' of a designated state. This reference is to the 'internal law' of the designated state, which does not include its choice-of-law rules.... Thus, this Chapter's choice-of-law rules do not require a court to determine and apply a foreign state's choice-of-law rules...»). The Third Restatement does, however, contemplate that «a court may find foreign states' choice-of-law rules relevant to an assessment of the relative interests of states for purposes of determining whether this Restatement's manifestly-more-appropriate-law exception applies.» Third Restatement T.D. 4, Chapter 7, Property, Introductory Notes, Reporters Note b. It also so far retains a general renvoi provision similar to that of the Second Restatement. See Third Restatement T.D. 3 § 5.06(2).

⁸⁸ See EU Succession Regulation Article 34(1) («The application of the law of any third State specified by this Regulation shall mean the application of the rules of law in force in that State, including its rules of private international law in so far as those rules make a renvoi: (a) to the law of a Member State; or (b) to the law of another third State which would apply its own law»).

⁸⁹ See C. A. WHYTOCK and M.-Y. CHANG, *op. cit.* See also J. W. SINGER, *op. cit.*, pp. 159–160 (criticizing renvoi); In re American Suzuki Motor Corp., 494 B.R. 466, 490 n.14 (Bankr. C.D. Cal. 2013) (stating that «[t]he Ninth Circuit is clear that renvoi is generally dead-letter»); Chang-Williams v. Dep't of the Navy, 766 F. Supp. 2d 604, 628 n.23 (D. Md. 2011) (stating that «no Virginia court has ever employed renvoi»).

⁹⁰ See EGPIIL Proposal art. 2(a) (defining «proprietary rights» as «rights over corporeal assets that are effective against third parties (*erga omnes*), such as ownership, security interests, mortgages, usufructs or servitudes»). The Third Restatement generally classifies these issues as «core property issues.»

⁹¹ See generally F. GARCIMARTIN, «The Law Applicable to Rights *in rem*: A Proposal of the European Group for Private International Law», *Willamette Law Review* (forthcoming; manuscript on file with author).

⁹² Regarding the Third Restatement, see Third Restatement T.D. 4, Chapter 7, Property, Introductory Note d («This Chapter's choice-of-law rules refer to the 'law' of a designated state. This reference is to the 'internal law' of the designated state, which does not include its choice-of-law rules.... Thus, this Chapter's choice-of-law rules do not require a court to determine and apply a foreign state's choice-of-law rules...»). Regarding the EGPIIL proposal, see art. 14 («The application of the law of any State specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that State other than its rules of private international law»).

issues involving real property⁹³. Interestingly, the two projects have used different methods to determine the scope of the situs rule. For the Third Restatement, the scope of the situs rule is derived from a critical analysis of caselaw (an inductive aspect) in light of right answer and systemic considerations (a deductive aspect). For the GEDIP Proposal, the scope of the situs rule is derived from an a priori definition of «proprietary rights»⁹⁴. One consequence of those different paths is that while the scope of the situs rule for proprietary rights issues involving real property so far appears similar in the two projects⁹⁵, its scope for proprietary rights issues involving personal property so far appears broader in the EGPIIL Proposal than in the Third Restatement.⁹⁶

Limited space precludes examination in this chapter of many other interesting dimensions of comparison between the Third Restatement's and EU private international law's respective approaches to choice of law for property issues, such as their treatment of the question of party autonomy to select the governing law and choice of law governing the rights of third parties as to matrimonial property. Moreover, although this chapter has highlighted certain similarities between the

⁹³ See Section V(1) above and EGPIIL Proposal art. 4 («General rule. The proprietary rights in an asset are governed by the law of the State within the territory of which the asset is located»). The general situs rule is subject to exceptions in both projects. Regarding the Third Restatement, see Third Restatement T.D. 3, § 5.04 (public policy) and § 5.03 (manifestly more appropriate law). Regarding the EGPIIL proposal, see art. 12 (overriding mandatory provisions) and art. 13 (public policy exception).

⁹⁴ See EGPIIL Proposal art. 2 («For the purpose of this Regulation: (a) 'Proprietary rights' means rights over corporeal assets that are effective against third parties (*erga omnes*), such as ownership, security interests, mortgages, usufructs or servitudes; (b) 'Corporeal assets' means assets able to be physically possessed and includes both movable and immovable...»).

⁹⁵ Similar, but not the same. Compare, for example, Third Restatement T.D. 4, Chapter 7, Property, adopting situs rule for permissible interests in real property (§ 7.02), servitudes on real property (§ 7.03), transfer of real property interests by deed (§ 7.04), recording and priorities of real property interests (§ 7.05), while excluding from the situs rule's scope issues about contracts for the transfer of real property interests (§ 7.04, comment b), with EGPIIL art. 7 («[T]he law applicable pursuant to this Regulation [which is generally the law of the situs under art. 4] shall govern, in particular: (a) the requirements to create, transfer, encumber[] or acquire a proprietary right over an asset; (b) the question of whether the ownership of the corresponding asset may be embodied in a title certificate and transfer by delivery or endorsement of such a certificate; (c) the priority between competing proprietary rights over the same asset; (d) the nature and content of the proprietary rights over an asset; (e) the enforcement of security interest over an asset; or (f) the extinction or loss of a property right.») and art. 1(2)(c) (excluding contractual obligations from proposal's material scope).

⁹⁶ Compare Third Restatement T.D. 4, Chapter 7, Property, which extends the situs rule to some core property issues generally (including those involving personal property), such as adverse possession (§ 7.06) and leases (§ 7.08(b)), but not to others such as restraints on alienation (§ 7.07(b)) and, following the Uniform Commercial Code, certain issues about security interests in personal property (§ 7.08(d)), with the EGPIIL Proposal, which more generally uses the situs rule for choice-of-law issues about proprietary rights issues involving personal property, albeit with special provisions that would apply only as to personal property, such as assets in transit or to be exported (art. 5), protection of acquired rights (art. 8), and recovery of cultural objects (Chapter III).

Third Restatement and EU private international law, it is important not to exaggerate the similarities or to neglect the many, and often very subtle, differences. Nevertheless, perhaps the examples offered here are sufficient to make plausible the claim that the Third Restatement, if followed by courts in the United States, could lead to a significant degree of convergence with EU private international law regarding choice of law for property issues. This, in turn, might contribute in at least some small ways to the enhancement of choice-of-law uniformity in EU-U.S. transnational contexts, thereby simplifying planning and dispute resolution in areas related to property⁹⁷. Even modest steps in that direction might be welcome.

⁹⁷ For example, this might help simplify estate planning and administration of estates in international contexts. C. A. WHYTOCK, «Situs and Domicile», *op. cit.*, p. 1200. See also D.W.M. WATERS, *Explanatory Report on the Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons*, The Hague, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, 1988, par. 18, p 21 («A single approach [to choice of law for issues about successions] would both simplify the winding up of deceased persons' estates and also reduce costs and the chances of error») (<https://assets.hcch.net/docs/7bfd5915-bf1b-4f9f-9b93-61f979bf8e61.pdf>).

LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO UNIFORME

Rocío CARO GÁNDARA*
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS DE 2016: 1. Antecedentes y aspectos generales.- 2. Constitución de la garantía; 3. Oponibilidad frente a terceros; 4. Registro; 5. Régimen de prelación; 6. Derechos y obligaciones de las partes y de los terceros; 7. Ejecución; 8. Normas de derecho internacional privado.— III. EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO DE 2001: 1. Aspectos generales y ámbitos del convenio; 2. Constitución de la garantía; 3. Medidas de protección del acreedor garantizado en caso de incumplimiento del deudor; 4. Registro internacional y efectos frente a terceros; 5. Sistema de prelación; 6. Eficacia en el procedimiento de insolvencia del deudor.— IV. EL LIBRO IX DEL DCFR: 1. Aspectos generales y ámbitos del DCFR; 2. Constitución de la garantía; 3. Oponibilidad frente a terceros; 4. Registro europeo; 5. Orden de prelación; 6. Vida de la garantía; 7. Impago y ejecución.— V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El protagonismo alcanzado por las garantías mobiliarias como formas de financiación en el comercio internacional de las últimas décadas, contrasta con los obstáculos que encuentra la circulación global de las mismas, provocada por las divergencias estatales en el

* Profesora titular de Derecho internacional Privado (rcaro@uma.es). Estudio realizado en el marco del proyecto de I+D+i «Instrumentos de justicia contractual: causa y buena fe», Ref. PID2020-114919GB-I00, del que la autora es IP junto con el Prof. Bruno Rodríguez-Rosado, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Málaga. Todas las páginas web citadas en este capítulo han sido consultadas por última vez el día 5 de mayo de 2024.

tratamiento de las garantías mobiliarias. Para paliar esta situación que afecta muy negativamente a la circulación del crédito, distintos textos internacionales han ofrecido soluciones que van desde la atribución de eficacia de las constituidas en el extranjero, hasta la creación de auténticas garantías internacionales¹. Estas últimas responden a un concepto funcional de garantía, entendida como privilegio de su titular frente al resto de acreedores del deudor, que se constituye mediante un procedimiento sencillo, que reduce al máximo su coste y asegura su eficacia mediante la creación de un registro internacional².

El concepto funcional y flexible de garantía acogido en los textos internacionales de Derecho uniforme se aproxima al contemplado en el art. 9 del *Uniform Commercial Code* (UCC) de EE.UU.³. Para dar cuenta de su importancia, de él se ha dicho que constituye «la Ley General de Garantías Mobiliarias de los Estados Unidos de América... (cuyos) conocimiento y estudio son obligados en cualquier análisis de las garantías mobiliarias»⁴. De hecho, no se trata de un artículo como tal, sino de una ley dividida en cinco partes, subdivididas, a su vez, en secciones. En ella se contiene un concepto único de garantía y, tras ciertas definiciones y

¹ Véase, entre otros, U. DROBNIG, «Transfer of Property», en HARTKAMP, A. *et al.*, *Towards a European Civil Code*, Nimega, Kluwer, 2010, pp. 725-740; U. DROBNIG, «Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights», en DROBNIG, U., SNIJDERS, H.J. y ZIPPO, E.J., (eds.), *Divergences of property law, an Obstacle to the internal Market?*, Munich, Sellier, 2006, pp. 105-115; E.-M. KIENINGER, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; *id.*, «Perspektiven für ein europäisches Mobiliar Sicherungsrecht», *ZEuP*, 2016-1, p. 201.

² C. JEREZ DELGADO, «Reflexiones sobre una reforma de las garantías mobiliarias a la luz de los textos de UNCITRAL, UNIDROIT, OEA y DCFR», en JEREZ DELGADO, C. (coord.), *Textos internacionales sobre garantías mobiliarias: reflexión y análisis*, Madrid, BOE, 2017, pp. 19-60, esp. p. 28; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil», *ADC*, 2012, n. 4, pp. 1605-1651; E.-M. KIENINGER, «Perspektiven für ein europäisches Mobiliarkreditsicherungsrecht», *ZEuP*, 2016-1; pp. 201-214; *id.*, «The Scope and Limits of Security Interest: Commentary», en EIDENMÜLLER, H. y KIENINGER, E.-M., *The Future of Secured Credit in Europe, European Company and Financial Law Review*, vol. 5, 2008, special issue, pp. 216-222; J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, «Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el Derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos», *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, n. 2, julio-diciembre 2014, pp. 3-27, esp. pp. 5-7; B. KOZOLCHYK, «Estado actual de implementación de la Ley Modelo de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina», en, LAUROBA LACASA, E. (dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 62-83; J. M. WILSON, «La nueva ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2003, pp. 33-77.

³ G. MCCORMACK, «UNCITRAL Security Rights and the globalisation of the US Article 9», 2010, pp. 1-30, disponible en https://works.bepress.com/gerard_mccormack/2/; *id.*, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, *passim*; J. TARABAL BOSCH, «El art. 9 UCC. Cautelas conceptuales para una lectura europea», en LAUROBA LACASA, E. (dir.), *op. cit.*, pp. 85-106.

⁴ L. ROJO AJURIA, «Las garantías mobiliarias (Fundamentos de Derecho de Garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América)», *ADC*, 1989, n. 3, pp. 717-811, esp. p. 718.

exclusiones, se regula la validez del acuerdo de garantía y los derechos y deberes de las partes, los derechos de terceros, las reglas de prioridad, el registro y los efectos del incumplimiento de la obligación garantizada. La garantía puede constituirse sobre todo tipo de bienes muebles, corporales o incorporeales, incluidos los créditos y los títulos valores⁵.

Dicho concepto, en principio, resulta ajeno a los tradicionales sistemas continentales, como el español, que presentan como nota común su formalismo y como nota discordante su dispar tratamiento⁶. En ellos, se ha venido discutiendo su naturaleza jurídica, atendiendo a la distinta ubicación que presentan en la sistemática de los distintos Códigos civiles: en unas ocasiones se regulan entre los contratos, en otras, entre los derechos reales. No puede negarse, sin embargo, que existe una doble característica que se repite en todos ellos: su carácter accesorio a una obligación principal que otorga a su titular una preferencia o privilegio frente a otros acreedores⁷. No obstante, algunos Estados de tradición jurídica continental están reformando sus sistemas de garantías mobiliarias en este sentido⁸.

Un concepto unitario, funcional y flexible puede encontrarse en la Ley Modelo de UNCITRAL de 2016 sobre garantías mobiliarias. Concebida como instrumento que promueva la modernización de los sistemas legislativos nacionales a través de normas uniformes de *soft law*, define la «garantía internacional» como todo contrato suscrito entre las partes que tenga como función la de garantizar el cumplimiento de una obligación⁹. Un criterio autónomo de garantía funcional es el acogido también —a través del concepto de «garantía internacional» (*international interest*)— en el Convenio de Ciudad del Cabo sobre elementos de equipo móvil de 2001¹⁰. Por su parte, el Proyecto de Marco Común de

⁵ *Ibid.*, p. 734.

⁶ Véase la distinción entre garantías formales y garantías funcionales en F. FIORENTINI, «Proprietary Security Rights in the Western European Countries», en BUSSANI, M. y WERRO, F. (eds.), *European Private Law: A Handbook*, vol. 1, Berna, Stämpfli, 2009, pp. 415-464; esp. pp. 442-452; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliarie non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 112-116; una comparación entre ambos modelos puede encontrarse en la doctrina española en J. FELIU REY, «El Derecho de garantías en contexto: una aproximación global», *La Ley Mercantil*, n. 29, Sección de Derecho Mercantil Internacional, octubre 2016, pp. 1-23, esp. pp. 3-8.

⁷ Para un análisis comparativo de varios textos legislativos: códigos civiles y normas internacionales uniformes, véase C. JEREZ DELGADO, «Reflexiones...», *op. cit.*, pp. 35 y 40.

⁸ Es el caso de la reforma del Derecho de garantías llevada a cabo por el legislador belga, mediante la Ley de 11 de julio de 2013 y la Ley de 25 de diciembre de 2016; véase V. NICAISE, «Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la Loi du 25 décembre 2016», en DURANT, I. (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, Lieja, Anthemis, 2017, pp. 15-21.

⁹ Véase J. FELIU REY, «La Ley Modelo de la CNUDMI sobre garantías mobiliarias», en JEREZ DELGADO, C., *Textos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 147-197, esp. p. 162.

¹⁰ I. HEREDIA CERVANTES, «Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo», *La Ley Mercantil*, n. 21, Sección Derecho Mercantil Internacional, 1 de enero de 2016, pp. 1-25, esp. p. 4.

Referencia (DCFR, según las siglas en inglés de *Draft Common Frame of Reference*) de 2009, opta por una concepción múltiple de las garantías mobiliarias, en la que caben todas las existentes en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados europeos. El texto distingue entre las «garantías reales sobre activos muebles» en general (*proprietary security in movable assets*) y la retención de la propiedad (*retention of ownership*), a la que extiende el régimen de aquellas (art. IX- 1:101), pero le concede un tratamiento especial y privilegiado (art. IX- 4:102)¹¹.

Aunque existen otros textos internacionales reguladores de garantías¹², se han elegido estos porque cada uno de ellos representa un paradigma de regulación de las garantías mobiliarias: la ley Modelo de UNCITRAL, por tratarse de un texto de *soft law* de ámbito mundial que regula las garantías mobiliarias que pueden constituirse sobre un amplio espectro de bienes y derechos; el Convenio de Ciudad del Cabo (y sus protocolos), por ser un texto de *hard law*, también de ámbito mundial, pero limitado a la constitución de garantías mobiliarias sobre determinados tipos de bienes de equipo; y, por último, el DCFR, por tratarse de un texto de *soft law*, que abarca las garantías mobiliarias sobre todo tipo de bienes, pero limitado territorialmente al ámbito regional europeo.

II. LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS DE 2016

1. Antecedentes y aspectos generales

En 2007 fue aprobada la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre operaciones garantizadas, inspirada en el concepto amplio, unitario y funcional de garantías contenido en el art. 9 UCC¹³. Tres años más tarde se publicó el Suplemento Relativo a las Garantías Reales sobre Derechos de propiedad Intelectual de 2010¹⁴ y, tras otros tres, la Guía de Registro de Garantías Reales de 2013¹⁵. Finalmente, en 2016, fue publicada la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias¹⁶, así como una

¹¹ Para un análisis de la misma puede verse R. CARO GÁNDARA, *La reserva de dominio en el comercio internacional. Ley aplicable y eficacia en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 84-87.

¹² Véase Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias (OEA, 2002), disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias_mobiliarias_Ley_Modelo_Interamericana.pdf; y Ley Uniforme de la OHADA sobre organización de las garantías de 15 de diciembre de 2010, que reformó la de 1997, disponible en <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Acte-Uniforme-2010-suretes.pdf>.

¹³ Véase Naciones Unidas, *Textos sobre garantías reales preparados por la CNUDMI, la Conferencia de La Haya y el UNIDROIT*, Viena, Oficina de las Naciones Unidas, 2012.

¹⁴ Aprobado en su 43.º período de sesiones, celebrado el 21 de junio de 2010.

¹⁵ Aprobada en su 46.º período de sesiones, celebrado el 16 de julio de 2013.

¹⁶ Preparada por el Grupo de Trabajo VI sobre Garantías Mobiliarias y aprobada en su 49.º período de sesiones, Sesión 1032, celebrada el 1 de julio de 2016. Véase *Documentos ofi-*

recomendación de UNCITRAL dirigida a los Estados para que la incorporaran a sus legislaciones¹⁷; por lo que se ha completado con la Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Garantías Mobiliarias, en 2017¹⁸, y la Guía de prácticas de UNCITRAL relativa a la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias, en 2020¹⁹.

La Ley, que se estructura en nueve capítulos, se aplica a toda figura que se subsuma en el concepto único y funcional de garantía mobiliaria que ofrece, y que define como «todo derecho real que se constituya sobre un bien mueble mediante un acuerdo por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo denominen o no garantía mobiliaria, y cualquiera que sea el tipo de bien, la situación jurídica del otorgante o del acreedor garantizado, o la naturaleza de la obligación garantizada» [art. 2 w) i)]; así como «el derecho del cesionario en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar, celebrada por acuerdo de partes» [(art. 2 w) ii)]. El carácter funcional de la garantía deriva del hecho de que, con independencia del nombre que reciba y de la forma que adopte, todo acuerdo que sirva para garantizar el cumplimiento de una obligación quedará subsumido en su ámbito de aplicación y le será aplicable el régimen previsto en la misma²⁰. La obligación garantizada podrá ser de cualquier tipo, presente o futura, determinada o determinable, condicional o incondicional, fija o flotante (art. 7) y podrá recaer sobre cualquier tipo de bienes muebles, corporales o inmateriales, presentes o futuros²¹.

2. Constitución de la garantía

El capítulo segundo de la ley exige un acuerdo de constitución de la garantía, sin que resulte necesario ningún acto adicional, como la inscripción en un registro público, por lo que se admiten las llamadas «garantías secretas» o «garantías ocultas». La anotación en el Registro

ciales de la Asamblea General, Septuagésimo Primer Período de sesiones, Suplemento n° 17, A/71/17. Aquí se sigue la versión publicada por la CNUDMI en 2019, que se encuentra en la siguiente dirección: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-08782_s_ebook_0.pdf

¹⁷ Asamblea General, Resolución 71/136, de 13 de diciembre de 2016.

¹⁸ Aprobada en su 50.º período de sesiones, celebrado en 2017. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones*, suplemento núm. 17 (A/72/17), párr. 216.

¹⁹ Véase el texto en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-10913_ebook_s.pdf

²⁰ A. GARRO, «El concepto genérico, global e integrado de “garantía mobiliaria”: perspectivas comparadas», en LARROUMET, C. (ed.), *L'évolution des garanties mobilières dans les droits latino-américains*, París, Pánthéon-Assas, 2016, pp. 87-99, esp. p. 93.

²¹ Ténganse en cuenta, no obstante, las exclusiones de su ámbito de aplicación material contenidas en los apartados 3 a 6 del art. 1.

es un requisito tan solo para que la garantía pueda tener eficacia frente a acreedores y terceros.

Para que el acuerdo de garantía sea válido resulta necesario que el otorgante tenga un derecho sobre el bien objeto de la garantía que le permita gravarlo (art. 6.1), respondiendo así a la regla *nemo dat quod non habet*; por ello, la garantía podrá constituirse sobre un bien futuro, pero solo quedará constituida cuando el otorgante adquiriera derechos sobre el bien o facultades para gravarlo (art. 6.2). En cuanto a la forma del acuerdo, puede ser verbal o escrito, dependiendo de que exista o no desplazamiento posesorio (respectivamente art. 6.3 y 6.4). El acuerdo escrito incluye las comunicaciones electrónicas siempre que quede constancia de las mismas para su ulterior consulta [(art. 2 u)]. El acuerdo debe identificar claramente a las partes y describir el bien gravado y la obligación garantizada; además, el Estado promulgante podrá exigir que se indique el importe máximo por el que podrá ejecutarse la garantía (art. 6.3). La descripción de los bienes gravados y de la obligación garantizada debe realizarse de un modo que permita razonablemente identificarlos (art. 9.1). En relación a los bienes gravados, puede tratarse de cualquier tipo de bien mueble, una parte de un bien, un derecho indiviso sobre el mismo, una categoría genérica de bienes, incluso todos los bienes muebles del otorgante (art. 8 y 9.2). Por su parte, en relación a la obligación garantizada, es válida la indicación de que la garantía mobiliaria asegura el cumplimiento de todas las obligaciones que se adeuden al acreedor garantizado en cualquier momento (art. 9.3). La garantía se extingue cuando se cumplen todas las obligaciones garantizadas (art. 12).

3. Oponibilidad frente a terceros

Una vez constituida válidamente la garantía, esta será eficaz frente al otorgante. Pero la eficacia de una garantía se mide en términos de su oponibilidad frente a terceros. Para ello, en el capítulo tercero de la Ley se establecen varios sistemas de oponibilidad, unos generales y otros particulares para determinados tipos de bienes. El primer método general es la inscripción de una notificación de la garantía en el Registro (art. 18.1), que podrá tener lugar incluso antes de su constitución a través de la celebración del acuerdo de garantía; pero en este último caso, no surtirá los efectos propios de la inscripción hasta que se constituya la garantía. El segundo método es la posesión, es decir, el desplazamiento posesorio del bien del otorgante al acreedor garantizado (art. 18.2).

Existen, además, otros métodos particulares en relación con específicos tipos de bienes. Concretamente derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria. En este caso, al método general contemplado en el art. 18 se añaden otros tres. En primer lugar, me-

diante la constitución de la garantía a favor de la entidad depositaria. En segundo lugar, se prevé un acuerdo de control entre el otorgante, el acreedor garantizado y la institución depositaria [(definido en el art. 2 d) ii)]. En tercer lugar, la conversión del acreedor garantizado en titular de la cuenta (art. 25). Cuando se trate de instrumentos negociables y bienes corporales comprendidos en ellos, si la garantía mobiliaria que grava el documento negociable es oponible a terceros, entonces los bienes comprendidos en ellos también lo son (art. 26.1). En ese caso, cabe la inscripción o, alternativamente, la posesión del documento negociable (art. 26.2). Por último, si se trata de valores no intermediados inmaterializados, a los métodos generales se añaden la anotación en los libros del emisor y la celebración del acuerdo de control entre otorgante, acreedor garantizado y emisor (art. 27).

4. Registro

En el capítulo cuarto de la Ley se crea un Registro para la inscripción de notificaciones de garantías mobiliarias, simplificado, rápido y económico (art. 28), que responde al método conocido como *notice filling* o aviso, en virtud del cual no se inscribe el acuerdo de garantía sino una notificación del mismo en la que constan tan solo determinados extremos. El resto de los artículos del citado capítulo responde a una numeración interna propia, con objeto, según la citada Ley, de que los Estados promulgantes tengan suficiente flexibilidad a la hora implementarlos.

La información contenida en la notificación inicial del Registro se ciñe a los datos identificadores del deudor otorgante de la garantía, del acreedor garantizado, de los bienes gravados y del plazo de vigencia de la inscripción, así como el importe máximo por el que podrá ejecutarse la garantía en el caso de que deba constar en el acuerdo de garantía. Con ello se pretende conciliar la seguridad del tráfico y la confidencialidad de determinados datos, de modo que la información en él contenida sirva como mero aviso a los terceros, de la existencia de tales garantías sobre los bienes del otorgante [(art. 9 del capítulo cuarto, en relación con el art. 6. 3 d)]. La inscripción de la notificación inicial o de modificación produce efectos desde el momento en que la información se incorpore al fichero y se encuentre accesible al público (art. 13 del capítulo cuarto). Una vez inscrita la notificación, el Registro deberá enviar copia de la información contenida en la misma al acreedor garantizado (art. 15 del capítulo cuarto), que será la única persona legitimada para inscribir una notificación de modificación o cancelación (art. 16 del capítulo cuarto). Si el Estado opta por la creación de un registro electrónico, el procedimiento de inscripción será aún más rápido²².

²² Véase J. FELIU REY, «La Ley Modelo...», *op. cit.*, pp. 178-183.

5. Régimen de prelación

Al futuro acreedor le interesa saber no solo si un bien está gravado, sino también el puesto que ocupa su derecho en el orden de prelación de las garantías sobre un mismo bien del otorgante. Para ello, el capítulo quinto establece un régimen que se compone de una regla general con algunas excepciones a la misma, así como de reglas especiales para determinados tipos de bienes. Dicho orden de prelación es aplicable a todas las obligaciones garantizadas, presentes o futuras. En el caso de que el régimen de oposición haya sido la inscripción, quedarán afectados todos los bienes gravados descritos en la notificación, con independencia de que hayan sido adquiridos por el otorgante antes o después de la notificación (art. 44).

El orden de prelación parte de la regla general contenida en el principio *prior in tempore, potior in iure*, pero corregida en atención a los distintos derechos concurrentes. Para ello se distinguen tres tipos de situaciones: reglas de prioridad entre garantías mobiliarias constituidas sobre un mismo bien por el mismo o distintos otorgantes (arts. 29 y 30, respectivamente); entre garantías mobiliarias y créditos privilegiados y, por último, entre garantías mobiliarias y derechos de acreedores judiciales.

En el primer grupo de relaciones, se sigue la regla general: prevalecerá la garantía que se haya hecho oponible a terceros en primer lugar. Si el método utilizado en un primer momento para hacer oponible la garantía ha cambiado a lo largo del tiempo, la fecha a tener en cuenta a efectos de su prioridad no cambiará, siempre que la oponibilidad no se haya interrumpido en ningún momento (art. 31). Frente a tales reglas generales se establecen excepciones para los supuestos de bienes muebles corporales mezclados o transformados en un producto elaborado (art. 33); de concurrencia entre garantías mobiliarias para financiar adquisiciones y las que no están destinadas a tal fin (art. 38); de concurrencia entre las primeras (art. 39) y sobre los productos, en los dos últimos casos (arts. 41 y 42). En el supuesto de concurrencia entre garantías mobiliarias y créditos privilegiados, el art. 36 de la Ley concede prioridad a los créditos privilegiados sobre las garantías mobiliarias, si así lo establece alguna disposición legal, con el límite establecido por el Estado promulgante para cada categoría de créditos. Por último, en caso de concurrencia entre garantías mobiliarias y derechos de acreedores judiciales, el art. 37 concede prioridad al acreedor que haya obtenido la oponibilidad de su derecho a terceros —o su reconocimiento judicial—, aunque limitada a una determinada cantidad²³. Salvo que la garantía mobiliaria esté des-

²³ Tales limitaciones pretenden evitar conductas que puedan perjudicar al acreedor que haya obtenido un reconocimiento de su derecho; véase J. FELIU REY, «La Ley Modelo...», *op. cit.*, pp. 83-88.

tinada a la financiación de adquisiciones, en cuyo caso prevalecerá esta sobre los derechos de los acreedores judiciales (art. 40).

Junto a las reglas generales y sus excepciones, la Ley establece reglas específicas para determinados tipos de bienes, como los títulos negociables (art. 46), los derechos al cobro sobre fondos acreditados en una cuenta bancaria (art. 47), los instrumentos negociables y bienes corporales comprendidos en ellos (art. 49) y los valores no intermediados (art. 51). Por último, debe tenerse en cuenta, a estos efectos, que la apertura de un procedimiento de insolvencia del otorgante no afecta al grado de prelación de las garantías, salvo que la ley aplicable al mismo establezca otra cosa (art. 35).

6. Derechos y obligaciones de las partes y de los terceros

El capítulo sexto de la Ley comienza regulando los derechos y obligaciones de las partes del acuerdo de garantía. Estos deberán entenderse siempre teniendo en cuenta que, en su capítulo primero, la Ley establece que las partes deberán proceder en todo momento de buena fe y de forma comercialmente razonable (arts. 3 y 4). Así, durante la vigencia de la garantía, el que se encuentre en posesión del bien garantizado deberá actuar con diligencia razonable para conservarlo (art. 53). Concretamente, el acreedor garantizado tendrá derecho a un uso razonable del bien gravado, a que se le reintegren los gastos razonables de conservación que se ocasionen y a destinar los ingresos que este genere al cumplimiento de la obligación garantizada. Si no se encontrare en posesión del mismo, tendrá derecho a inspeccionarlo (art. 55). Además, se establecen obligaciones especiales en relación con determinado tipo de bienes (arts. 57 a 60). Igualmente se contemplan las obligaciones de los terceros en caso de constitución de una garantía mobiliaria sobre un crédito por cobrar, sobre títulos negociables, sobre derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, sobre documentos negociables y bienes corporales comprendidos en ellos, y sobre valores no intermediados. (arts. 61 a 71). Al extinguirse la garantía, el acreedor garantizado que se encuentre en posesión del bien sobre el que haya recaído la garantía deberá devolverlo al otorgante o entregarlo a la persona que este designe (art. 54).

7. Ejecución

El capítulo séptimo de la Ley comienza estableciendo que, en caso de incumplimiento, otorgante y acreedor garantizado podrán ejercitar los derechos establecidos en las disposiciones del presente capítulo o cualesquiera otros derechos previstos en el acuerdo de garantía o en cualquier otra norma, salvo que sean incompatibles con la presente Ley

(art. 72.1 y 72.2). En aras de la protección de los intereses de las partes y de los terceros, la Ley impide que, antes del incumplimiento, otorgante y acreedor garantizado puedan renunciar unilateralmente o modificar de común acuerdo los derechos que les confieren las disposiciones relativas a la ejecución, que tienen carácter imperativo (art. 72.3).

La Ley prevé la posibilidad de que el acreedor acuda al procedimiento sumario ante las autoridades judiciales o extrajudiciales que establezca el Estado otorgante, en cuyo caso, junto a las normas de procedimiento de este, se prevén otras en el mismo capítulo (art. 73.2). Si el acreedor garantizado no utiliza ese procedimiento, podrá ejercer sus derechos acudiendo al procedimiento extrajudicial contemplado en el mismo capítulo (art. 73.3).

El acreedor garantizado podrá vender o enajenar de cualquier otro modo el bien gravado, adquirirlo o cobrarlo. Si bien, el otorgante, el deudor o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el bien gravado, podrá poner fin al procedimiento de ejecución mediante el pago total o cualquier otra forma de cumplimiento íntegro de la obligación garantizada, incluida una cantidad razonable en concepto de gastos de ejecución, antes de que el acreedor proceda a dicha ejecución o a la celebración de un acuerdo que tenga por objeto la misma (art. 75). No obstante, una vez iniciado el procedimiento de ejecución por un acreedor garantizado, cualquier otro acreedor cuya garantía tenga preferencia sobre la de este, tendrá derecho a ejecutar la garantía si este aún no ha procedido a enajenar el bien, adquirirlo o cobrarlo, o haya celebrado un acuerdo en ese sentido (art. 76).

Tras producirse el incumplimiento, el acreedor garantizado podrá presentar, a iniciativa propia (art. 80. 1) o a solicitud del otorgante (art. 80.6), una propuesta escrita en la que ofrezca adquirir uno o más de los bienes gravados para dar por cumplida, total o parcialmente, la obligación garantizada, en las condiciones del art. 80. Por tanto, la Ley permite la apropiación por parte del acreedor del bien gravado, siempre que se cumplan las estrictas condiciones establecidas en el mismo, que permiten preservar los intereses individuales y colectivos, de otorgante, deudor y terceros. Así, el acreedor adquirirá el bien garantizado para dar por cumplida totalmente la obligación garantizada, salvo que reciba por escrito la negativa de alguna de las personas a las que estaba obligado a remitir su propuesta en el breve plazo que deberá establecer el Estado promulgante (art. 80.4). Igualmente, el acreedor adquirirá el bien garantizado para dar por cumplida parcialmente la obligación garantizada, siempre que reciba por escrito la aceptación de todas las personas a la que estaba obligado a remitir su propuesta en el breve plazo de tiempo que igualmente deberá establecer el Estado promulgante (art. 80.5).

8. Normas de Derecho internacional privado

El capítulo octavo de la Ley lleva por título «Conflicto de leyes». En él se distingue entre aspecto contractuales y reales del acuerdo de garantía. En efecto, en virtud de su art. 84, la ley aplicable a los derechos y obligaciones recíprocos de acreedor garantizado y otorgante será la elegida por ellos y en defecto de dicha elección, la ley que rija el acuerdo de garantía. Sin embargo, la constitución de la garantía, su oponibilidad a terceros y su grado de prelación quedan sometidos a la ley del Estado de la situación del bien gravado, si se trata de un bien corporal (art. 85.1). En el caso de bienes inmateriales, la conexión utilizada es la de situación del otorgante (art. 86). Estas reglas generales van acompañadas de ciertas excepciones en atención a determinados tipos de bienes y/ o de cuestiones. En el caso de que se trate de garantías mobiliarias sobre bienes incorporados a instrumentos negociables, que se hayan hecho oponibles a terceros mediante la posesión del documento, la prelación se rige por la ley del Estado donde se encuentre el documento (art. 85.2). Si la garantía recae sobre un bien corporal que se utilice comúnmente en más de un Estado, la constitución, la oponibilidad frente a terceros y la prelación de la garantía se regirán por la ley del Estado donde se encuentre situado el otorgante (art. 85.3). Cuando se trate de bienes en tránsito y de los bienes destinados a la exportación, la constitución y su oponibilidad a terceros podrá regirse por la ley del Estado de destino final, siempre que dicho traslado se produzca dentro de un plazo limitado entre la fecha de constitución de la garantía y la llegada al Estado de destino, plazo que deberá designar el Estado promulgante (art. 85.4).

Si el bien sobre el que recae la garantía es incorporeal, en virtud de la regla general del art. 86, la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad y la prelación será la del Estado donde esté ubicado el otorgante. Las excepciones hacen referencia a los créditos por cobrar nacidos de la venta o arrendamiento de bienes inmuebles o cuyo pago se haya garantizado con un bien inmueble, en cuyo caso la prelación se rige por la ley del Estado bajo cuya autoridad se encuentre el registro de la propiedad inmobiliaria (art. 87). En el caso de garantías mobiliarias sobre derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, existen dos opciones para determinar la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad, la prelación y la ejecución: se regirán bien por la ley del Estado en que se encuentre el establecimiento del depositario; bien por la ley que las partes hayan designado en el contrato de apertura de la cuenta; y si no hubieren designado ninguna, por la establecida en el Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a ciertos valores depositados en un intermediario (art. 97). Cuando la ley del Estado donde está ubicado el otorgante considera la inscripción registral de una notifica-

ción como forma de oponibilidad de una garantía sobre determinados bienes negociables y derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria o un valor no intermediado materializado, la ley de ese Estado será también la ley aplicable a la oponibilidad a terceros mediante inscripción registral sobre ese bien (art. 98). En cuanto a las garantías mobiliarias sobre derechos de propiedad intelectual, la regla general es que la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad y la prelación es la del Estado en el que esté amparado ese derecho, aunque la Ley Modelo también permite que su constitución y su oponibilidad pueda regirse por la ley del Estado de situación del otorgante, que rige en todo caso su ejecución (art. 99). En el caso de garantías mobiliarias sobre valores no intermediados, si estos consisten en títulos de participación en el capital, la ley aplicable a su constitución, oponibilidad, prelación y ejecución, así como su eficacia frente al emisor, será la Ley del Estado de constitución del emisor. En el caso de títulos de deuda, será la del Estado que rijan los títulos (art. 100).

Por último, la ejecución de la garantía sobre bienes corporales se regirá por la ley del Estado donde se encuentre situado el bien gravado en el momento de iniciarse la ejecución [(art. 88 a)] y la ejecución de una garantía mobiliaria sobre un bien incorporal se regirá, con carácter general, por la ley del Estado que regule la prelación de la garantía [(art. 88 b)], con las excepciones previstas para los bienes señalados anteriormente.

III. EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO DE 2001

1. Aspectos generales y ámbitos del convenio

El Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 fue celebrado a iniciativa de UNIDROIT y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO) y ha sido ratificado por España en 2013²⁴. Su principal aportación quizás sea la de ofrecer fórmulas originales para superar las importantes divergencias nacionales en el tratamiento de las garantías mobiliarias a las que se ha hecho mención en la introducción de este capítulo. Concretamente, el Convenio crea un concepto autónomo de garantía internacional, junto

²⁴ Instrumento de ratificación publicado en *BOE* n. 238, de 4 de octubre de 2013. Con anterioridad se produjo la adhesión de la CE al Convenio y al Protocolo aeronáutico, mediante depósito de su instrumento de adhesión el 28 de abril de 2009, que entraron en vigor para la CE el 1 de agosto de 2009; véase la *Decisión del Consejo de 6 de abril de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico*, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (2009/370/CE), *DOUE* L 121/3, de 15 de mayo de 2009.

con una serie de reglas uniformes de protección del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, que conviven con otras previstas en la *lex causae*, dando entrada a la autonomía de la voluntad, siempre que aquella y el propio Convenio las permitan. Todo ello viene acompañado de un importante sistema de publicidad de tales garantías, a través de su inscripción en el Registro Internacional que regulan los Protocolos respectivos; lo que les otorga un importante grado de eficacia en caso de la oponibilidad frente a terceros de la preferencia de la que gozan.

El ámbito de aplicación material del Convenio hace referencia a las «garantías internacionales», concepto autónomo que alberga todas las figuras conocidas en las distintas tradiciones jurídicas [arts. 1 o) y 2]. Respecto de las mismas establece un régimen uniforme de constitución, de producción de efectos, de remedios del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, de prelación en los procedimientos colectivos y de publicidad, a través de su inscripción en el citado Registro internacional (art. 16), que otorga eficacia internacional a todas esas garantías, con independencia del lugar donde se encuentren los bienes gravados²⁵. Para poder conciliar su objetivo unificador con el respeto a la diversidad de tradiciones jurídicas de los Estados parte, el Convenio combina normas materiales con otras de remisión a las normas de conflicto del foro²⁶.

A pesar de la internacionalidad propia de los bienes que pueden ser objeto de la garantía, el Convenio se aplica no sólo a relaciones transfronterizas, sino también a relaciones internas —ya que podrían convertirse en internacionales con el transcurso del tiempo—, salvo que el Estado parte haya declarado que no se aplique a estas últimas, mediante reserva contemplada en su art. 50.1 y de la que ni España ni la mayor parte de los Estados parte ha hecho uso. El art. 50.2 limita el alcance de esa eventual declaración, pues un nutrido número de preceptos se aplicarán en cualquier caso a las transacciones internas.

Su ámbito de aplicación espacial queda limitado a los supuestos en que el deudor de la garantía esté situado en un Estado contratante en el momento de constitución de la misma (arts. 3 y 4).

En relación a su ámbito de aplicación objetivo, el Convenio pretende internacionalizar el mercado de las garantías mobiliarias para

²⁵ Véase R. GOODE, *Official Commentaries on the Convention on International Interest in Mobile Equipment and Protocols Thereto*, Unidroit, 3rd. edition, 2013, *passim*; disponible en <http://www.unidroit.org/official-commentary>.

²⁶ Para un análisis del complejo sistema de coordinación de normas que establece el convenio, véase T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El concepto funcional de garantía...», *op. cit.*, 2012, pp. 1605-1651; *Id.*, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de ciudad del Cabo y su Protocolo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, *passim*; *Id.*, «El Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y sus protocolos», en JEREZ DELGADO, C., *Textos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 19-60.

hacerlo más competitivo, concretamente, facilitando la financiación²⁷ para la adquisición y el uso de ciertos elementos de transporte aéreo, ferroviario y espacial (células y motores de aeronaves y helicópteros, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial, —art. 2.3—) de fuerte importancia económica, carácter eminentemente transfronterizo y débil vinculación territorial, en los que la controvertida regla *lex rei sitae* resulta especialmente ineficaz. El Convenio se acompaña de tres Protocolos (aeronáutico, de 2001; ferroviario, de 2007; espacial, de 2012) y en los últimos años se ha extendido a un cuarto (equipo minero, agrícola y de construcción, de 2019). Así, mediante el Protocolo adoptado el 22 de noviembre de 2019 en la ciudad sudafricana de Pretoria, conocido como Protocolo de Pretoria o Protocolo MAC, el Convenio de Ciudad del Cabo se extiende a la constitución de garantías mobiliarias en esos sectores inicialmente no previstos en el mismo. Concretamente regula las garantías constituidas sobre activos para la adquisición de equipos mineros, agrícolas y de construcción, partiendo del sistema uniforme del Convenio, al que se realizan algunos ajustes o adaptaciones y se añaden otras soluciones completamente novedosas, para responder a las necesidades propias de tales sectores²⁸.

Convenio y Protocolos deben considerarse e interpretarse como un único instrumento (art.6.1). Concretamente, la adhesión al Protocolo aeronáutico en 2016²⁹ ha permitido la entrada en vigor en España del Convenio y su aplicación a las garantías constituidas sobre ese tipo de bienes a partir del 1 de marzo de 2016. En el complejo proceso de implementación de Convenio y Protocolo en España deben tenerse en cuenta, además, determinadas declaraciones realizadas por nuestro país, así como la aprobación del nuevo Reglamento de Registro de Aeronaves por R.D. 348/2015, de 22 de mayo de 2015, cuya DA 6.^a permite articular el funcionamiento de este Registro nacional y el Registro internacional creado por el Convenio y regulado en su Protocolo aeronáutico³⁰.

²⁷ Véase, en este sentido, Y. ZASU e I. SATO, «Providing credibility around the world: effective devices of the Cape Town Convention», *European Journal of Law and Economics*, 2012, n. 33, pp. 577-601.

²⁸ Véase T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El nuevo Protocolo de Pretoria sobre garantías internacionales en equipo minero, agrícola y de construcción: la fuerza expansiva del Convenio de Ciudad del Cabo», *CDT*, vol. 12, n. 2, octubre de 2020, pp. 660-705.

²⁹ Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, publicado en *BOE* n. 27 de 1 de febrero de 2016.

³⁰ Véase, en este sentido, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «La adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo» (Parte I y II), *Bitácora Millenium*, n. 2, 2015, pp. 88-100; igualmente véase F. J. GÓMEZ GÁLLIGO e I. HEREDIA CERVANTES, «“El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial”, *RCDI*, n. 731, mayo 2012, pp. 1415-1449; M. J. CASTELLANOS RUÍZ, «El Registro Internacional: implementación en España del Convenio de Ciudad del Cabo sobre Garantías Internacionales y su Protocolo Aeronáutico», *CDT* (Marzo 2017), vol. 9, N. 1, pp. 49-81.

2. Constitución de la garantía

La garantía podrá constituirse mediante un contrato, concretamente un contrato constitutivo de garantía, un contrato de compraventa condicional con reserva de dominio o un contrato de arrendamiento (art. 2.2) cuyos requisitos de forma se contienen en su art. 7. Particularmente, deben constar por escrito y en él debe identificarse el objeto de la garantía —del que el otorgante pueda disponer— de conformidad con el Protocolo correspondiente, y la obligación garantizada, sin que sea necesario establecer una cantidad ni una cantidad máxima garantizada. La calificación del contrato, su validez de fondo, la capacidad y el consentimiento de las partes, y cualquier otro aspecto relativo a su eficacia y efectos, así como las cuestiones regidas por el Convenio, pero no reguladas expresamente en el mismo, quedan sometidas a la ley aplicable en virtud de las normas de conflicto del foro (arts. 5.2 y 3). Mediante esta fórmula se salva la competencia legislativa de la UE por lo que se refiere a la ley aplicable al contrato, regulada en el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en adelante también RRI³¹.

Una vez constituida válidamente la garantía conforme a la ley aplicable al contrato y habiendo cumplido los requisitos de forma del art. 7, goza de la consideración de garantía internacional en virtud del art. 2 del Convenio y le resulta de aplicación el régimen uniforme de protección frente al incumplimiento del deudor contenido en su capítulo III y el de publicidad, eficacia y oponibilidad frente a terceros, que deriva de su inscripción en el Registro internacional creado por cada Protocolo y que le permite tener preferencia, incluso, frente a las garantías nacionales constituidas con anterioridad que no hayan accedido a dicho Registro internacional³².

3. Medidas de protección del acreedor garantizado en caso de incumplimiento del deudor

La inscripción no constituye un requisito de validez de la garantía, sino de publicidad, eficacia y oponibilidad frente a terceros, lo que asegura su prioridad; por tanto, no es requisito para que el acreedor garantizado

³¹ DOCE L 177, de 4 de julio de 2008; corrección de errores, DOCE L 309, de 24 de noviembre de 2009.

³² R. GOODE, «The Power to Dispose under the Cape Town Convention and Aircraft Protocol», *Cape Town Convention Journal*, 2017, vol. 6, pp. 2-9. Como se analizará *infra*, las garantías nacionales también pueden protegerse y gozar de la prioridad de las garantías internacionales, mediante su inscripción previa en un registro nacional y la inscripción de un aviso de su creación en el Registro internacional que crea el Convenio (art. 1 t).

pueda gozar de las medidas de protección previstas en el Capítulo III del Convenio para el caso de incumplimiento del deudor, por tratarse de efectos *inter partes* derivados del contrato de constitución de la garantía.

Tales medidas de protección se contienen en normas sustantivas y en normas de remisión a los Derechos nacionales. Entre las normas sustantiva, el art. 8 señala que el acreedor podrá tomar la posesión o el control del bien gravado, venderlo o arrendarlo previo aviso a las personas interesadas, percibir los frutos de su gestión o su explotación directamente, o solicitar al tribunal alguna de esas medidas, que deberá adoptarlas de forma «comercialmente razonable», entendida esta de acuerdo con las cláusulas contempladas en el contrato constitutivo de la garantía, salvo que se consideren «manifiestamente excesivas». Las cantidades percibidas se imputarán al pago de la deuda. Excepto que el tribunal disponga otra cosa, el acreedor garantizado deberá repartir el excedente entre los acreedores de menor rango cuyas garantías hayan sido inscritas o de las que haya sido informado, debiendo entregar el saldo sobrante al otorgante de la garantía.

El art. 9 permite una especie de pacto de apropiación del acreedor del bien dado en garantía, que no es en puridad ni un pacto comisorio —pues, en todo caso, deberá ser posterior al incumplimiento previsto en el art. 11— ni un pacto marciano. En virtud del citado precepto, acreedor y deudor o el tribunal —cuya intervención es preceptiva en el caso español, por la reserva que ha realizado nuestro país, en virtud del art. 54.2, para limitar los efectos del pacto y someterlo a autorización del tribunal—, podrán acordar que la propiedad de un bien gravado por el derecho de garantía sea transferida a dicho acreedor cuando la cuantía de las obligaciones garantizadas se corresponda con el valor del bien gravado³³. La norma, que tiene por objeto evitar el enriquecimiento del acreedor a costa del deudor, limita excesivamente su virtualidad al exigir esta coincidencia, sin tener en cuenta que, habría sido suficiente un pacto marciano; téngase en cuenta que, en virtud del mismo, unos terceros —entre los que debería incluirse el juez—, determinan el valor del bien dado en garantía, adjudicándoselo al acreedor en pago de la deuda, si bien este deberá devolver al deudor la diferencia³⁴.

³³ Véase Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (BOE n. 238, de 4 de octubre de 2013). Posteriormente, con motivo de su adhesión al Protocolo Aeronáutico, España ha hecho uso de la declaración prevista en el art. 53, que extiende el término «tribunal» a todas las autoridades competentes en España en cada caso y en cada momento (BOE n. 27, de 1 de febrero de 2016); igualmente, por lo que se refiere a las diferencias entre tales pactos, Véase A. GALINDO ARAGONCILLO y F. NAVARRO CODERQUE, «El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía», *Diario La Ley*, n. 8314/2014, de 20 de mayo, pp. 1-19, esp. pp. 16-18.

³⁴ M. S. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en el Derecho español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 70-72.

Asimismo, el art. 12 del Convenio contempla la posibilidad de adoptar cualquier otra medida adicional permitida por la ley aplicable, incluidas las acordadas por las partes, siempre que no se opongan a las normas imperativas a las que hace referencia el art. 15. Este precepto permite que las partes puedan acordar por escrito la inaplicabilidad o la modificación de todas las medidas reguladas en el capítulo, siempre que se respeten las normas imperativas contenidas en los arts. 8.3 a 8.6, 9.3, 9.4, 13.2 y 14.

4. Registro internacional y efectos frente a terceros

La oponibilidad de la garantía frente a terceros y su prioridad se asegura mediante la inscripción en el Registro internacional electrónico que crea el Convenio y se regula en los Capítulos IV y V, cuyos requisitos se establecen en cada Protocolo y en los reglamentos de funcionamiento que dictará o aprobará la Autoridad supervisora (arts. 17 y 18). Se trata de un registro electrónico, abierto al público las 24 horas del día, los 7 días de la semana, que permite realizar y efectuar inscripciones en el marco del Convenio y sus protocolos³⁵. No hay inconveniente para la inscripción de derechos y garantías preexistentes, aunque no tendrán efecto jurídico en el marco del Convenio y de su Protocolo correspondiente, salvo cuando la inscripción de tales derechos o garantías sea necesaria, conforme al art. 60. 3 del Convenio³⁶.

Concretamente, el art. 16 contiene una lista de acuerdos, derechos y garantías que pueden acceder al Registro internacional, sin que por ello adquieran la categoría de garantía internacional. Es decir, en virtud del mismo pueden acceder al Registro internacional las garantías internacionales, así como derechos y garantías nacionales: una garantía internacional o una garantía internacional futura y derechos y garantías no contractuales susceptibles de inscripción; así como la cesión o la cesión futura de una garantía internacional; la adquisición de garantías internacionales por subrogación, y acuerdos que afecten a las mismas. Igualmente, el aviso de una garantía nacional puede ser inscrito por su titular (art. 20. 6). Cualquier persona podrá consultar el Registro internacional (art. 22). Para ello, los Estados pueden designar y regular uno o varios puntos de acceso nacionales, que no forman parte del Registro internacional, por lo que quedan sometidos a la legislación del Estado que los designa³⁷. España ha designado,

³⁵ Véase Organización de Aviación Civil Internacional, *Normas y Procedimientos para el Registro internacional*, 2013, Doc. 9864, disponible en el siguiente enlace: https://www.icao.int/publications/Documents/9864_6ed_es.pdf

³⁶ Véase *infra*, apdo. 5.

³⁷ Véase T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El Convenio de Ciudad del Cabo...», *op. cit.*, pp. 115-119.

como punto nacional de acceso al Registro Internacional, el Registro de Bienes Muebles (RBM)³⁸.

5. Sistema de prelación

La inscripción no cumple una función constitutiva, sino que otorga preferencia sobre las garantías que accedan al Registro con posterioridad y sobre las que no accedan, según las reglas establecidas en el Capítulo VIII (art. 29.1). No obstante, los Estados pueden modular estos efectos a través de las declaraciones que prevén los arts. 39 y 40 del Convenio. El art. 39 establece que un Estado contratante podrá especificar los derechos y garantías no contractuales no inscritos que tengan una prioridad equivalente a la de una garantía internacional inscrita, incluso que gocen de prioridad sobre esta³⁹. En relación al art. 39. 1 a), España ha declarado, en el momento de la adhesión al Protocolo Aeronáutico, que «todas las categorías de derechos o garantías no contractuales que conforme a la ley española tienen y tendrán prioridad en el futuro sobre una garantía relativa a un objeto que sea equivalente a la del titular de una garantía internacional inscrita, tendrán prioridad en igual medida sobre una garantía internacional inscrita, tanto dentro como fuera de un procedimiento de insolvencia, y tanto si fue registrada antes o después de la adhesión del Reino de España». Este precepto introduce una enorme incertidumbre y obliga a los operadores a consultar el derecho interno para determinar el alcance de tales derechos y privilegios⁴⁰.

El art. 40 establece que cualquier Estado parte podrá depositar la lista de derechos y garantías no contractuales que pueden inscribirse, «como si esos derechos y garantías fueran garantías internacionales» para gozar de la prioridad que otorga el sistema registral creado por el Convenio. Además, la conversión de la garantía nacional en internacional le permitirá beneficiarse de los sistemas de ejecución y auto-ejecución previstos en el Convenio⁴¹.

³⁸ Véase art. XIX (1) del Protocolo Aeronáutico y Declaración de España en Anexo al Protocolo.

³⁹ Téngase en cuenta que todas las garantías creadas por el convenio son garantías contractuales (véase *supra*, epígrafe 2).

⁴⁰ Para un análisis de los efectos de las declaraciones realizadas en virtud del art. 39, especialmente la realizada por España, véase T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El Convenio de Ciudad del Cabo...», *op. cit.*, pp. 128-133; particularmente sobre la complejidad e inseguridad jurídica que introduce este artículo, véase M.J. GUERRERO LEBRÓN, «Algunas consideraciones sobre el Convenio de Ciudad del Cabo y el Protocolo para elementos de equipo aeronáutico», en MARTÍNEZ SANZ, F. y PETIT LAVALL, M. V., *Estudios de Derecho Aéreo: aeronave y liberalización*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 57-72, esp. pp. 64-65.

⁴¹ En este sentido, debe tenerse en cuenta la declaración realizada por España prevista en el art. 54.2 en relación al art. 53, en virtud de la cual, el acreedor garantizado no podrá beneficiarse de las medidas de auto-ejecución sin autorización de un tribunal u otra autoridad; véase I. HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, pp. 6 y 12; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Claves para la

La relación entre la garantía internacional creada por el Convenio y las garantías nacionales constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del mismo y su Protocolo, conforme a los ordenamientos jurídicos internos, viene determinada por el art. 60 del Convenio, en virtud del cual este no se aplica a los derechos o garantías preexistentes, que conservarán la prioridad que tenían antes de la fecha de aplicación del Convenio, en virtud de la ley aplicable al fondo del asunto, salvo que los Estados contratantes declaren otra cosa en algún momento⁴².

6. Eficacia en el procedimiento de insolvencia del deudor

El art. 30 del Convenio prevé el reconocimiento de las garantías internacionales en los procedimientos de insolvencia contra el deudor, siempre que hayan sido inscritas —de conformidad con el Convenio— con anterioridad a la apertura del procedimiento, sin que esa exigencia pueda disminuir la eficacia que la garantía internacional tenga en virtud de la ley aplicable a la misma⁴³.

IV. EL LIBRO IX DEL DCFR

1. Aspectos generales y ámbitos del DCFR

En el ámbito territorial de la UE, el *DCFR*⁴⁴, constituye una iniciativa académica con vocación de creación de un régimen europeo de Derecho patrimonial, cuya principal función es la de servir como modelo a las reformas que deben emprender los distintos legisladores nacionales⁴⁵. El Libro IX *DCFR*, inspirando también en el art. 9 *UCC*,

aplicación en España del Convenio Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico (Parte I y Parte II)», *Bitácora Millenium*, n. 3, 2016, pp. 100-114.

⁴² Véase R. GOODE, «The Power to Dispose...», *op. cit.*, pp. 5-7; M. DESCHAMPS, «Les règles de priorité de la Convention et du Protocole du Cap», *Uniform Law Review*, vol. 7, issue 1, enero 2022, pp. 17-46.

⁴³ Véase art. XI del Protocolo Aeronáutico, y el comentario de T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Las normas de insolvencia en el Convenio de Ciudad del Cabo y el Protocolo Aeronáutico: reflexiones sobre su interpretación autónoma y su aplicación uniforme», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 4/2021, pp. 79-108.

⁴⁴ C. VON BAR, E. CLIVE, E. y H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009; por lo que se refiere a la edición española, véase C. JEREZ DELGADO (Coord.), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de referencia (DCFR)*, Madrid, BOE, 2015.

⁴⁵ La edición preliminar, de 2008, estaba compuesta por siete libros, que contenían el régimen de las obligaciones contractuales, de las obligaciones no contractuales y del enriquecimiento injusto. Al año siguiente, en 2009, la edición final añadió tres libros más: el Libro VIII, dedicado a la adquisición y pérdida de la propiedad sobre los bienes; el libro IX, a las garantías reales sobre los bienes muebles y el Libro X y último, al Trust; véase U. DROBNIG, «The Rules on Proprietary Security in Book IX DCFR», en LAUROBA LACASA, E. (dir.), *op. cit.*, pp. 15-37.

aporta un modelo funcional de garantías que, superando la diversidad existente entre los distintos Estados miembros de la UE, las reduce a dos tipos: por un lado, las generales (*security rights*), posesorias y no posesorias; y, por otro, las basadas en la retención de la propiedad. Además, también crea un Registro público electrónico europeo, cuya anotación constituye un requisito de oponibilidad de tales garantías, asegurando así su eficacia.

Las garantías reales sobre bienes muebles (*proprietary security in movable assets*) están reguladas a lo largo de siete capítulos y 131 artículos. Su ámbito de aplicación material abarca todas las garantías reales clásicas, así como otras de base contractual más propias del ámbito financiero. El Capítulo 1 del Libro IX parte de una distinción fundamental (art. IX.-1:101): las garantías generales (*security rights*) —posesorias y no posesorias— y las basadas en la retención de la propiedad (*security transfer of ownership*), [arts. IX.-1:103 y IX.-1:104]. Todas entendidas en sentido amplio y funcional⁴⁶. Esta distinción se considera una auténtica «particularidad europea», porque en la mayor parte de los países de Europa la reserva de dominio se configura como retención de la propiedad a la que se atribuye una función de garantía⁴⁷. El vendedor retiene el derecho más fuerte que existe: la propiedad. Frente a él, el resto de acreedores —particularmente los que prestan dinero— tan solo puede obtener una «mera» garantía (*security right*), si pretende asegurar su crédito⁴⁸.

La garantía se configura como un derecho real en cosa ajena por el que el acreedor queda legitimado para ejecutarla sobre el patrimonio del deudor, con objeto de satisfacer la deuda en caso de incumplimiento⁴⁹. Este derecho de garantía está sometido a un régimen uniforme de constitución, de prelación y de ejecución, en el que el acreedor garantizado goza tan solo de un derecho de satisfacción preferente frente al resto de acreedores del deudor y no de un derecho de separación del

⁴⁶ U. DROBNIG, «The Rules on Proprietary Security...», *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷ El artículo IX.-1:103 (1) establece que existe pacto de reserva de dominio cuando el propietario retiene la propiedad de los bienes suministrados con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación.

⁴⁸ En la mayor parte de países europeos la superación de las garantías posesorias a partir de la revolución industrial y el desarrollo del Derecho del consumo se ha producido mediante la introducción legal o jurisprudencial de una diversidad de figuras entre las que se encuentran las basadas en la propiedad. En el modelo de garantía del art. 9 UCC y en las legislaciones que lo siguen, como Canadá, Australia y Nueva Zelanda, los legisladores utilizan otros métodos menos ostensibles de privilegiar a los acreedores que aportan bienes tangibles frente a los que aportan dinero; véase U. DROBNIG, «The Rules on Proprietary Security...», *op. cit.*, p. 23.

⁴⁹ Véase H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER y R. ZIMMERMANN, «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo. Cuestiones valorativas y problemas legislativos», *ADC*, vol. 62, n. 4, 2009, pp. 1461-1522 (traducción de B. Rodríguez-Rosado); U. DROBNIG, «The Rules on Proprietary Security...», *op. cit.*, pp. 15-37; J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, *op. cit.*, pp. 3-27.

bien sobre el que recae la garantía⁵⁰. La excepción la constituye la reserva de dominio, categoría separada con rango de «supergarantía», que goza de un derecho de ejecución separada y no de un mero derecho de satisfacción preferente⁵¹.

La garantía puede recaer sobre todo tipo de bienes muebles: tangibles o intangibles, presentes o futuros. La garantía también puede ser presente o futura y los supuestos internos o transfronterizos, sin distinción entre los mismos. En cuanto a su ámbito subjetivo también es muy amplio, pues incluye comerciantes, consumidores y trabajadores, aunque en los dos últimos casos se prevén ciertas cautelas⁵².

2. Constitución de la garantía

En el Capítulo 2 se establece que para la creación o constitución de la garantía basta con un acuerdo válido entre las partes. Además, el bien sobre el que recaiga la garantía —que debe quedar identificado por las partes y debe ser transferible— y la propia garantía, tienen que existir realmente; y el deudor debe tener un derecho de disposición sobre ese bien (art. IX-2: 101, IX-2:102 y IX-2:105). En realidad no se prohíbe la constitución de garantías sobre bienes futuros, ni sobre derechos futuros pero, en esos casos, los efectos reales solo se producirán a partir de la existencia del bien y la garantía surtirá efectos a partir de la existencia del derecho⁵³.

No obstante, se establecen reglas especiales para los supuestos en que el otorgante de la garantía sea un consumidor. En esas situaciones los bienes sobre los que recaiga la garantía deben estar identificados individualmente y no se permite que constituya garantías sobre bienes que aún no ha adquirido, salvo que se trate precisamente de la garantía para la adquisición de dicho bien⁵⁴. Igualmente quedan excluidos salarios y pensiones futuras⁵⁵.

3. Oponibilidad frente a terceros

El Capítulo 3 comienza señalando quienes son terceros: otros titulares de derechos reales sobre el bien gravado, incluidos los derechos rea-

⁵⁰ Véase W. FABER, «Proprietary Security Rights in Movables-European Developments: A Spotlight to Book IX DCFR», *Juridica International*, 22/2014, pp. 27-36, esp. p. 30; J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, *op. cit.*, p. 22.

⁵¹ Véase R. CARO GÁNDARA, *op. cit.*, pp. 84-87.

⁵² Véanse arts. IX.-2:107; IX.-7:103 (2) y IX.-7:107.

⁵³ Véanse comentarios que acompañan al art. IX.-2:102.

⁵⁴ Art. IX.-2:107 y comentarios al mismo.

⁵⁵ U. DROBNIG, «The Rules on Proprietary Security...», *op. cit.*, p. 24.

les de garantía; los acreedores que hayan comenzado un procedimiento de ejecución forzosa contra el bien gravado y ya hayan obtenido una posición frente a una subsiguiente ejecución; y, por último, el administrador del procedimiento de insolvencia del deudor, que representa a todos los acreedores no asegurados con derechos reales de garantía en el procedimiento de insolvencia del deudor [art IX.-3:101 (1)].

La oponibilidad de la garantía frente a estos terceros puede alcanzarse mediante tres sistemas: el registro, la posesión y el control. El más general, para todo tipo de patrimonio, es el registro. En segundo lugar, un derecho real de garantía sobre bienes muebles materiales puede hacerse efectivo mediante la entrega de la posesión al acreedor. Por último, un derecho real de garantía sobre instrumentos financieros es eficaz frente a terceros mediante el ejercicio del «control» sobre los mismos (art. IX-3:102).

No obstante, el capítulo III establece que los llamados mecanismos para la financiación de adquisiciones solo serán oponibles si se registran, para lo que concede un período de gracia de 35 días, de forma que, si la garantía se registra durante dicho plazo, su efectividad se retrotraerá al momento de su creación; en caso contrario solo será oponible a partir de la fecha de su registro (art. IX.-3:107). Si el otorgante es un consumidor, no resulta necesario el registro [art. IX.-3:107 (4)].

4. Registro europeo

En el mismo Capítulo 3 se crea un Registro Central Europeo de garantías, de carácter electrónico y de acceso público [art IX. -3:102 (1) en relación con los arts. IX. -3:301 a IX. -3:303], en el que, siguiendo el modelo de «*notice filling*» del art. 9 *UCC*, quedará registrada una mera notificación de la garantía con un contenido mínimo (art. IX-3:308). Su función es la de fijar la fecha, que servirá a efectos de prelación. Resulta destacable que esas normas no incluyen ninguna previsión relativa a la necesidad de la identificación del bien gravado, ni presuponen que el derecho real de garantía haya sido ya creado. Por ello, resulta posible registrar la garantía antes de que esta haya sido creada conforme al Capítulo 2 e incluso antes de que el acuerdo de garantía se haya celebrado⁵⁶.

La anotación en el Registro corresponde directamente al acreedor asegurado [art. IX.-3:305 (1)], si bien necesita el previo consentimiento

⁵⁶ Véase W. FABER, *op. cit.*, pp. 31 y 32, donde señala las ventajas de este sistema de «anotación preventiva» («*advanced filling*») para bancos y otros prestamistas, quienes podrán anotar la garantía desde el mismo momento de las negociaciones en un contrato de préstamo, aunque estas no hayan concluido, reservándose así la eficacia y prioridad de su futura garantía, incluso de futuras extensiones de su crédito.

to del deudor garante que se hará constar directamente también en el Registro [art. IX.-3:306 (1) (d) y art. IX.-3:309], pues opera a través de un sistema de acceso directo mediante claves personales [art. IX.-3:302 (1)]. El público en general también tiene acceso al Registro a efecto de consulta del mismo, previo pago de una tasa (art. IX.-3:317). Como la información publicada en el Registro es muy básica, se establece la obligación de los acreedores garantizados inscritos de aportar más información sobre la garantía registrada, en caso de ser requerida por cualquier tercero, siempre que cuente con el consentimiento del deudor otorgante de la garantía (art. IX.- 3:319).

5. Orden de prelación

El Capítulo 4 regula el régimen de preferencia o rango entre diferentes derechos reales sobre el mismo bien. La regla general es la prioridad temporal (art. IX.- 4:101). En cuanto a la relación entre las garantías concurrentes, lo relevante es el momento temporal del registro o de su eficacia conforme al Capítulo 3, en el sentido de que una garantía eficaz posterior prevalece sobre una ineficaz anterior [art. IX.- 4:101 (2)]. La regla general presenta como excepción la «superprioridad» («*superpriority*») de la que goza la retención de la propiedad sobre cualquier garantía mobiliaria ordinaria, incluso si esta ha sido creada o hecha efectiva con anterioridad (art. IX.-4:102).

6. Vida de la garantía

El Capítulo 5 regula el período que va desde la creación hasta la extinción de la garantía, destacando su art. IX.- 5:203, que autoriza al deudor a utilizar los bienes gravados, adquiridos para uso industrial, y emplearlos para la producción, y el art. IX.- 5:204, que autoriza al comerciante o fabricante a disponer de las sus existencias y los productos fabricados en el giro ordinario de sus negocios. El Capítulo 6, dedicado a la extinción de la garantía, remite al Libro VIII —relativo al régimen de la propiedad— los supuestos de pérdida del bien gravado por adquisición de un tercero de buena fe (art. IX.-6:102 en relación con el art. VIII.-3:101). Por su parte, en caso de prescripción del derecho garantizado, el art. IX.- 6: 103 permite la ejecución de la garantía en el plazo de dos años a partir del momento en que el deudor opuso la prescripción frente al acreedor⁵⁷.

⁵⁷ Sobre el sentido de esta solución, véase J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, *op. cit.*, p. 26.

7. Impago y ejecución

El Capítulo 7 contiene el régimen de ejecución de las garantías en caso de impago del deudor, distinguiendo los supuestos de existencia o inexistencia de otros acreedores. En el segundo caso, basta con que la garantía haya sido creada válidamente conforme al Capítulo 2. Por el contrario, concurriendo otros acreedores del deudor, la garantía, además de válida, debe ser eficaz, frente a los terceros previstos en el Capítulo 3 (art. IX.-7:101).

Se prevén dos mecanismos de ejecución, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, uno judicial y otro extrajudicial, debiendo tener lugar este último de forma «comercialmente razonable» y, si es posible, en cooperación con el garante (art. IX.-7:103). No obstante, no se permite la ejecución extrajudicial en caso de que el deudor sea un consumidor, salvo que el acuerdo entre deudor y acreedor sea posterior al incumplimiento [art. IX.- 7:103 (2)]. En caso de reserva de dominio, las partes no pueden excluir la ejecución extrajudicial, y tampoco cabe ejecución por orden judicial [art. IX.- 7:103 (3)]; bastará con que el propietario (acreedor) resuelva el contrato de acuerdo con las reglas generales de la Sección 5, Capítulo 3, del Libro III. Por lo que, si el deudor ha creado o transmitido derechos a favor de terceros sobre el bien garantizado, por regla general tales derechos se extinguen, aunque esta regla está sujeta a excepciones (art. IX.-7:301)⁵⁸.

Por último, el Libro IX no permite el pacto comisorio anterior al incumplimiento de la obligación garantizada, salvo que se trate de bienes fungibles que se comercialicen en mercados conocidos con precios publicados o las partes hayan acordado con antelación algún otro método que permita la determinación de un precio de mercado razonable. En ningún caso estará permitido cuando el garante sea un consumidor. Si la apropiación está autorizada, el acreedor podrá apropiarse los bienes por su valor de mercado en la fecha de la adjudicación. Este precepto no se aplica a la reserva de dominio (art. IX.-7:105). No obstante, el deudor podrá evitar la ejecución si, una vez producido el incumplimiento, procede al pago de la obligación garantizada, siempre que aún no se haya procedido a la venta o apropiación de los bienes (art. IX.- 7:106).

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Los tres textos de Derecho uniforme analizados tienen la virtualidad de ofrecer soluciones materiales, combinadas con algunas remisiones a las normas de conflicto del foro, ante la actual falta de continuidad

⁵⁸ *Ibid.*

jurídica espacial de las garantías mobiliarias nacionales; esta situación está provocada por el formalismo y las divergencias que caracterizan actualmente el régimen de las garantías mobiliarias en muchos de los ordenamientos de nuestro entorno, tradicionales sistemas de *civil law*. Los tres textos parten de un concepto funcional de garantía mobiliaria y establecen un régimen simplificado de creación, de producción de efectos, inter partes y frente a terceros, así como un sistema de prelación entre sí y con otras garantías (nacionales e internacionales), que se completan con la creación y regulación de un registro supranacional. Concepto, regímenes de creación y de producción de efectos, así como registro, todos están inspirados en el art. 9 UCC de Estados Unidos de América, paradigma de los modelos de *common law*. La Ley Modelo de UNCITRAL, así como el Libro IX del DCFR, como textos de *soft law*, han sido creados con objeto de servir como paradigma que inspire las necesarias reformas de muchos de los sistemas nacionales de garantías. El Convenio de Ciudad del Cabo, acompañado de su complejo sistema de Protocolos, ofrece una mayor eficacia al tratarse de un texto de *hard law* que, aunque limitado a los bienes a los que hace referencia junto con sus protocolos, por vía de los mismos va extendiéndose a nuevos objetos mobiliarios. Aún es pronto para valorar sus resultados. Entre tanto, hay que seguir trabajando paralelamente en la mejora y adaptación de las soluciones conflictuales. A ellas se dedica la mayoría de los capítulos de esta obra, respecto de los que este capítulo debe entenderse en régimen de complementariedad.

**RIGHTS *IN REM* IN SPANISH PRIVATE
INTERNATIONAL LAW
AND SPANISH INTERLOCAL CONFLICT RULES**

**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
E INTERREGIONAL ESPAÑOL
SOBRE DERECHOS REALES**

RIGHTS *IN REM* IN SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Josep M. FONTANELLAS MORELL*
Universitat de Lleida

SUMMARY: I. INTRODUCTION.— II. INTERNATIONAL JURISDICTION: 1. General aspects; 2. Institutional private international law: Regulation 1215/2012: 2.1. Corporeal property; 2.2. Incorporeal property; 3. Conventional private international law and autonomous private international law.— III. APPLICABLE LAW: 1. General aspects; 2. General rule; 3. Particular rules; 4. Scope of application of the rights *in rem* statute.— IV. RECOGNITION OF DECISIONS AND ACTS.

I. INTRODUCTION

1. It is surprising how such an important part of private law as that concerning rights *in rem* has had such limited development in the field of private international law (PIL). The apparent simplicity of the rules governing it and the relatively small volume of case law on the subject—compared with other areas of patrimonial law, such as contractual and non-contractual obligations—may partially explain this phenomenon, but do not fully justify it. Moreover, the occasional presence of rights *in rem* in international private relations has been a historically constant feature of conflict-of-laws legal studies. This could be perceived both when theories of statutes were at its peak—where the solution of con-

* Professor of Private International Law at the University of Lleida (UdL) (joosepmaria.fontanellas@udl.cat). This study has been conducted in the framework of the research Project I+D+i PID2020-112609GB-I00 «Property rights system over tangible goods in the field of European Private International Law: aspects of international jurisdiction and applicable law» funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation (MICIU/AEI/10.13039/501100011033).

licts concerning rights *in rem* was often inseparable from that provided for *mortis causa* succession¹— and in the codification period that led to modern PIL —during which the traditional differentiation between the regulation of rights *in rem* in movable and immovable property was maintained in some civil codes of the nineteenth century (including the Spanish one), but disappeared when these were revised during the twentieth century, because, in the recodification, pre-eminence was given to the *vis attractiva* of the territory (and territorial law) over all the assets located in it in order to submit them to the solutions of the *locus situs*².

2. This paper studies the specific rules of PIL for rights *in rem* (that is, non-personal rights or claim rights) in things or property (terms which are understood to be equivalent for these purposes), provided that they are capable of being appropriated and deemed to have individual status —*uti singuli*; that is, not having universal status or being integral parts of a legally separate estate (inheritance, matrimonial property regime, commercial establishment, etc.)—. Of the multiple classifications that can be established between the things or types of property that are the object of rights *in rem*, this paper will focus on two particularly significant distinctions: one differentiates movable property from immovable property, and another one separates corporeal (tangible or material) property from incorporeal (intangible or immaterial) property. The sections below will show that the first distinction is decisive in current PIL, especially in international jurisdiction. The second distinction contrasts corporeal property with incorporeal property and is also highly significant, as both types of property are subject to PIL regimes with substantial divergences.

3. A crucial fact for a correct understanding of the following pages is that the unifying efforts within European Union law have only partially taken place in the areas of the international jurisdiction and the recognition and enforcement of decisions, without yet reaching the applicable law. This has at least three consequences. Firstly, while the rules of jurisdiction and recognition and enforcement are those generally laid down by an EU instrument, as far as the applicable law is concerned, one must continue to have recourse to national conflict rules which, albeit similar, are not identical. Secondly, and as a consequence of the above, it will not be possible within the realm of rights *in rem* to appeal to a necessary «coherence» in the formulation and interpretation of the contemporary

¹ A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts. Et de rapports de cette théorie avec le Code civil*, t. II, Paris, Librairie Cotillon/F. Pichon, 1892, pp. 225-228.

² G. C. VENTURINI, «Property», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, LIPSTEIN, K. (ed.), *Private International Law*, ch. 21, The Hague/Tübingen, Mouton/Mohr (Siebeck), 1976, pp. 3-7.

rules of PIL³. This is because the observance of this principle is only enforceable with regard to European Union law and cannot be extended to the regulation of the Member States, since it is not possible to make a common interpretation of their provisions that is ultimately approved by the Court of Justice of the European Union (CJEU). Thirdly, the problem of characterisation remains to be solved, since the dual sources mentioned (European and national) mean that it is necessary to use different characterisation criteria to classify the various actions and claims: *ex lege fori* when Member States rules must be applied, and autonomous (that is, uniform) when EU rules of PIL must be applied.

II. INTERNATIONAL JURISDICTION

1. General aspects

4. In international disputes, including those relating to rights *in rem*, the first step to be taken is to establish the court that will adjudicate the dispute. Based on the order of preference of the sources in Spanish PIL, to specify the rules of PIL applicable in the area of the international jurisdiction, firstly it is necessary to resort to European regulations—unless these cede their primacy to a specific convention under rules of compatibility—. If the EU legal instruments are not applicable owing to the non-fulfilment of the requirements, recourse must be had to an international treaty, provided that it can be applied according to its particular scope of application. And lastly, in the absence of European regulations and international conventions, autonomous law must be called upon.

5. Once transferred to the issue at hand, the structure of the sources mentioned above leads to an analysis of the relevant rules of jurisdiction in Regulation 1215/2012⁴, the Lugano II Convention (LC)⁵ and the Spanish Organic Law on the Judiciary (LOPJ)⁶, which are the

³ Concerning «coherence» in European PIL, see J. VON HEIN and G. RÜHL (ed.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; S. SÁNCHEZ LORENZO, «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *REDI*, 70-2 (2018), pp. 17-47; and J. FORNER DELAYGUA and A. SANTOS (ed.), *Coherence of the scope of application of EU private international legal instruments*, Zürich, Schulthess, 2020.

⁴ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) (*OJEU*, L 351, 22 December 2012, pp. 1-32).

⁵ Lugano Convention of 30 October 2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (*OJEU*, L 339, 21 December 2007, pp. 3-24).

⁶ Organic Act 6/1985, of 1 July, on the Judiciary (*Ley Orgánica del Poder Judicial*), *BOE*, n. 157, 2 July 1985, pp. 20632-20678. It should be noted, however, that Art. 22 LOPJ was modified by the Organic Act 7/2015, of 21 July (*BOE*, n. 174, 22 July 2015, pp. 61593-61660), that contains the current Spanish autonomous regime of international jurisdiction (pp. 61600-61603).

regulatory exponents of the international jurisdiction in each of the three regulatory layers (European, conventional and national) available to legal operators.

2. Institutional Private International Law: Regulation 1215/2012

2.1. *Corporeal property*

6. In order to address the jurisdictional regime established by Regulation 1215/2012 for rights *in rem*, it is worth delving deeper into one of the classifications mentioned above (*supra*, § 2), that is, the one which separates movable from immovable property, as the instrument gives a deferential treatment to actions relating to rights *in rem* in immovable property. Since the applicable rules are different according to the type of property with which the matter in dispute is concerned, it is necessary to consider which of the two categories it relates to. Most often the distinction will be clear-cut; for example, in a case of an *actio communi dividundo* (action to divide common property), if the property to be divided is a house or flat⁷, it is obvious that it is an action concerning immovable property, whereas, if it is a vehicle⁸, the object of the partition is movable property. However, the separation between the two categories is not always so straightforward, as there is evidence of cases that may raise doubts or even result in contradictory assessments by the courts of the Member States. Examples of controversial property include prefabricated houses (which, depending on their degree of anchoring to the ground, can be deemed to be movable or immovable) and solar panel farms set in rural areas. According to the German Federal Court, the latter are movable property, because their installation on the ground does not allow them to be treated in the same way as the land itself⁹; whereas the District Court of Gelderland in the Netherlands considered them to be immovable property in 2016¹⁰, as the installation of the solar farm on a plot of land shows a willingness to remain in the same location, which is a characteristic of immovable property. As the CJEU has repeatedly noted, a classification of this type made with regard to Regulation 1215/2012 should be based on an autonomous and consistent interpretation, which takes into consideration the wording

⁷ Judgment of the Court of Justice of 17 December 2015, *Komu* (C-605/14), ECLI:EU:C:2015:833.

⁸ Order of the Court of Justice of 14 June 2017, *Iliev* (C-67/17), ECLI:EU:C:2017:459.

⁹ *Bundesgerichtshof, Urteil vom 22.10.2021* (V ZR 225/19), ECLI:DE:BGH:2021:221021UVZR225.19.0. On the same matter and in the same way, there are other BGH judgments of 22 October 2021 (V ZR 8/20, ECLI:DE:BGH:2021:221021UVZR8.20.0; V ZR 44/20, ECLI:DE:BGH:2021:221021UVZR44.20.0; V ZR 69/20, ECLI:DE:BGH:2021:221021UVZR69.20.0).

¹⁰ Judgment of the *Rechtbank Gelderland* of 28 June 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3469.

of the provisions concerned, their context and the objectives they seek to achieve.

7. The above paragraph is extremely important because, under the provisions of Regulation 1215/2012, disputes involving immovable property may be subject to a privileged system of jurisdiction, which is provided for in Art. 24(1) R1215/2012 on the following terms: «The following courts of a Member State shall have exclusive jurisdiction: [...] in proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property [...], the courts of the Member State in which the property is situated». Nevertheless, it is not at all easy to specify the extent of this rule. It does not help that the provision fails to mention any procedural aspects (it does not use the word «action» at any point) and is worded by considering the matter at hand instead (by referring to «proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property»). It should be underlined, however, that Art. 8 paragraph 4 of Regulation 1215/2012 relates all this terminology to the combination of an action in matters related to a contract with «an action [...] in matters relating to rights *in rem* in immovable property».

8. The emphasis that Art. 24(1) of Regulation 1215/2012 places on the object of the proceedings indicates that attention should be paid to the material scope of application of the instrument in order to refine the definition of «right *in rem* in immovable property». This requires delimiting the concept inwards and outwards, both in connection with this subject and with all those covered by the recast Brussels I Regulation («Brussels I *bis*»). Firstly, the category of «rights *in rem* in immovable property» included within «civil and commercial matters» (pursuant to Art. 1.1 of the Regulation 1215/2012) is defined *ad extra* by the fact that it is not among the matters excluded from the scope of action of Regulation 1215/2012 under Art. 1.2. This also applies to rights *in rem* in movable property. By way of illustration, reference can be made to cases decided by the CJEU in which the «Brussels I *bis*» Regulation [and, specifically, Art. 24(1) thereof] is not applicable, despite the presence of actions relating to (immovable) property. An example would be the *Schneider* case¹¹, in which, faced with a request for an authorisation by a person who had been placed under guardianship to sell his undivided share of a property, the European Court held that the dispute was directly linked to the legal capacity of natural persons, which is a matter placed outside the scope of the instrument by Art. 1.2(a) of Regulation 1215/2012. Leaving aside that the disputed object is a movable asset (a vehicle), another example would be the previously cited (*supra*, § 6) *Iliev* case, since the action brought by the claimant (the division of a car acquired by the spouses while they were married)

¹¹ Judgment of the Court of Justice of 3 October 2013, *Schneider* (C-386/12), ECLI:EU:C:2013:633.

is part of the liquidation of their matrimonial property regime as a result of divorce proceedings, a matter also expressly excluded from the application of Art. 1.2(a) of Regulation 1215/2012¹².

9. In addition to this external demarcation, the definition of the concept of «rights *in rem* in immovable property» in Art. 24(1) requires a fourfold internal demarcation within Regulation 1215/2012, which must be carried out by means of autonomous characterisations. Firstly, it is necessary to distinguish disputes «concerning rights *in rem* (in immovable property)» from those concerning other matters, in particular, «matters relating to a contract» [Art. 7(1) Regulation 1215/2012] and «matters relating to tort, delict or quasi-delict» [Art. 7(2) Regulation 1215/2012]. The case law of the CJEU has repeatedly demonstrated the difficulty involved in this interpretative task. However, at least two general guidelines can be drawn from the CJEU's judgments. On the one hand, as in the case of the other jurisdiction-related criteria (such as the special ones based on the subject matter) that alter the normal functioning of the defendant's domicile rule, the exclusive jurisdictions of Art. 24 Regulation 1215/2012 (among them, that relating to rights *in rem* in immovable property) must be restrictively interpreted; and on the other hand, there is a tendency to promote (and, if necessary, force) a «not rights *in rem* classification» in markedly complex cases. Let us look at some illustrative examples. Firstly, on the boundary between rights *in rem* and obligations¹³, it seems quite clear that the *actio pauliana* falls within the contractual scope, as construed by the CJEU in its last two decisions on this issue¹⁴, even though its allocation may be problematic in some cases. Secondly, the Luxembourg Court's approach to claims arising from the ownership of immovable property under a co-ownership regime has been much more arguable and less convincing. Despite their marked *in rem* character, these claims have ultimately been placed within the realm of contractual obligations¹⁵. Thirdly, in a seemingly debatable decision, the European Court held that an *actio negatoria*

¹² Order of the Court of Justice of 14 June 2017, *Iliev* (C-67/17), ECLI:EU:C:2017:459. In this respect, see D. MARÍN CONSARNAU, «Derechos reales y litigios patrimoniales en las relaciones familiares: la delimitación en y entre instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea», AEDIPr, XXIII (2023), pp. 217-238.

¹³ Despite referring to rights *in rem* in movable property, very representative of the problem is the case *AB-CD* (C-265/21), since, having exercised the plaintiffs an action to seek recognition of their right to property in some works of art in dispute, the Advocate General, in his Opinion of 16 June 2022, considered that this action «is covered by "matters relating to a contract" within the meaning of Article 5(1) of Regulation No 44/2001» (ECLI:EU:C:2022:476, par. 89). Although this classification is certainly debatable, we have been left without knowing the decision of the CJEU, because, by Order of 21 July 2022 (ECLI:EU:C:2022:637), the case has been removed from the Register of the Court.

¹⁴ Judgments of the Court of Justice of 4 October 2018, *Feniks* (C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805) and of 10 July 2019, *Reitbauer* (C-722/17, ECLI:EU:C:2019:577).

¹⁵ Judgments of the Court of Justice of 8 May 2019, *Kerr* (C-25/18, ECLI:EU:C:2019:376) and of 11 November 2020, *Ellmes Property* (C-433/19, ECLI:EU:C:2020:900).

such as the action for cessation of a nuisance affecting land under Austrian law (*Eigentumsfreiheitsklage*) could be regarded as an action for non-contractual liability for damages under EU law¹⁶. A careful analysis of CJEU case law leads to the conclusion that, in the Court's opinion, the exclusive jurisdiction provided under Art. 24(1) can be invoked in cases in which the action is brought against everyone (*erga omnes*) in order to dispute the ownership of the right *in rem* or the powers deriving from it; but not, however, in those cases where the action is not based on the right itself or is not sufficiently connected with the property concerned, even if the lawsuit concerns the right *in rem*¹⁷.

10. An accurate separation between disputes arising from proceedings concerned with rights *in rem* and those arising from actions *in personam*, as set out in the preceding paragraph, is not sufficient to fully define the category «rights *in rem* in immovable property» within the meaning of Art. 24(1) Regulation 1215/2012. As mentioned above, three additional filters are needed. One of them, the segregation of «rights *in rem* in movable property» (the object of which is movable property) from «rights *in rem* in immovable property» (which relate to immovable property) has already been mentioned above (*supra*, § 6) and will not be discussed further. However, nothing has been said so far about the distinction between, on the one hand, actions relating to rights *in rem* in immovable property covered by Art. 24(1) Regulation 1215/2012 (which the CJEU has always identified with those which, falling within the scope of the instrument, are «actions which seek to determine the extent, content, ownership or possession of immovable property or the existence of other rights *in rem* therein and to provide the holders of those rights with the protection of the powers which attach to their interest»)¹⁸; and on the other hand, those actions relating to rights *in rem* in immovable property which are not identified in this way, fall outside the scope of the provision and, therefore, are subject to the general framework of jurisdiction of the Regulation. The third filter is concerned with the distinction between proceedings related to rights *in rem* in immovable property and those which strictly have as their object the validity of entries in public registers [covered by Art. 24(3) Regulation 1215/2012]. In the disputes decided to date, the Court of Justice has stated that actions aimed at removing entries relating to a right of ownership from the land register¹⁹ or mortgage

¹⁶ Judgment of the Court of Justice of 18 May 2006, *ČEZ* (C-343/04), ECLI:EU:C:2006:330.

¹⁷ R. ARENAS GARCÍA, «Competencia en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles y competencia en materia contractual en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Sentencia TJ de 11 noviembre 2020, asunto. C-433/19», *La Ley Unión Europea*, 89, February 2021, pp. 1-24 (5).

¹⁸ For the first time, the CJEU uses this formula in the Judgment of the Court of Justice of 10 January 1990, *Reichert-I* (C-115/90, ECLI:EU:C: 1990:3), par. 11.

¹⁹ Judgment of the Court of Justice of 16 November 2016, *Schmidt* (C-417/15), ECLI:EU:C:2016:881.

rights²⁰ are proceedings ‘which have as their object rights *in rem* in immovable property’. The rationale for this is that they do not seek to challenge the validity of entries in public registers, but to protect (against all) the prerogatives deriving from the right *in rem*, and therefore the courts of the Member State in which the property is situated shall have exclusive jurisdiction [Art. 24(1) Regulation 1215/2012]²¹.

11. Once the boundary of the «object» relating to «rights *in rem* in immovable property» referred to in Art. 24(1) R1215/2012 has now been effectively established, it is now necessary to explain its legal regime. As it has been recognised that the courts of the Member State where the immovable property is located have exclusive jurisdiction in these cases, the dispute cannot be heard by the courts of any other country of the European Union, even if they are the courts corresponding to the domicile of the defendant, or if there has been an agreement between the parties conferring them jurisdiction, because private autonomy is irrelevant. For cases where the immovable property is located in two or more Member States, unless there are exceptional circumstances, the CJUE seems to have opted for the separability of jurisdiction, i.e. it has held that the courts of each State have exclusive jurisdiction in claims concerning the part of the immovable property that is located in their territory²². On the other hand, the exclusive nature of the jurisdiction in «proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property» entails not only its absolute primacy over all other jurisdictional criteria (including the will of the parties, to which it is impervious), but also the obligation of the court of a Member State to declare *ex officio* that it has no jurisdiction (Art. 27 Regulation 1215/2012); the preference in cases of *lis pendens* despite having been invoked by the claim filed in second place²³; and the fact that, if a judgment has been issued in another Member State without taking it into account [Art. 45.1(e)(ii) Regulation 1215/2012], this can be used as grounds for refusing recognition.

12. From a theoretical point of view, the exclusive jurisdiction provided for in Art. 24(1) Regulation 1215/2012 is justified by the interest of the Member State where the immovable property is located in fully regulating its legal affairs. This is given preference over the interest of the parties (especially the defendant's) in litigating before the courts

²⁰ Judgment of the Court of Justice of 14 February 2019, *Milivojević* (C-630/17), ECLI:EU:C:2019:123.

²¹ Judgment *Schmidt*, par. 41; Judgment *Milivojević*, par. 103.

²² Judgment of the Court of Justice of 6 July 1988, *Scherrens* (C-158/87), ECLI:EU:C:1988:370.

²³ Judgment of the Court of Justice of 3 April 2014, *Weber* (C-438/12), ECLI:EU:C:2014:212.

of the country of their domicile²⁴. However, as this argument is linked to a medieval conception of sovereignty which is now anachronistic, practical reasons have been adduced to justify the exclusive jurisdiction of the place where the property is situated. The common thread of these reasons is the 'proximity' between the immovable property and the court of the place where it is located, as the court is better positioned to appreciate the factual and legal circumstances of the dispute in order to ensure the good administration of justice. Among them it is worth highlighting the requirement to enter in the register any significant acts and contracts which concern rights *in rem* in immovable property, the obligation for the sale procedure and the taking of evidence to be subject to the *lex situs*, and the frequent checks, inquiries and expert assessments which have to be carried out where the propriety is located²⁵. These supposed advantages have not been exempt from criticism either, which has pointed out the inconsistency of, given their usefulness, not extending their scope of action to the closest legal fields, such as tort law; the reductionism of focusing only on them, when the benefits they provide could also be obtained through international cooperation; and the irrelevance that the particularities of the specific case have in their perception²⁶. In this situation, it might be worth reconsidering the exclusive jurisdiction of the place of location for rights *in rem* in immovable property, at least in its current configuration. While its elimination is rejected as impracticable for the time being, it could be rendered more flexible, as was done in tenancies of immovable property²⁷, by incorporating into the European instrument a concurrent exclusive jurisdiction in favour of the courts of the State of domicile of the parties when the proceeding is very closely linked to it²⁸. Nevertheless, the various proposals for revision of Regulation 1215/2012 that have been put on the table have not considered this possibility.

13. As the provision in Art. 24(1) Regulation 1215/2012 can only be applied when the property that is the object of the right *in rem* is located in a Member State, it makes perfect sense to ask what happens if the property in question is located in a third State. In light of the lack of legal provisions on this point, some interpretative suggestions have been made by the legal doctrine, although with somewhat dif-

²⁴ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12th ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 809-810.

²⁵ The *Jenard Report* was a foundational document in this regard [P. JENARD, «Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Signed at Brussels, 27 September 1968)», *OJEC*, C 59, 5 March 1979, pp. 1-70 (35)].

²⁶ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales», *Collected Courses*, vol. 323, 2006, pp. 9-260 (84-86).

²⁷ Judgment of the Court of Justice of 15 January 1985, *Rösler* (241/83), ECLI:EU:C:1985:6.

²⁸ J. M. FONTANELLAS MORELL, «La erosión de la exclusividad del *forum rei sitae* en las acciones reales inmobiliarias», *AEDIPr*, XVI (2016), pp. 967-975.

fering views. While some advocate an application of the provisions of the Regulation (and of the Lugano Convention) by *analogia iuris*, admitting the so-called «reflexive effect» of Art. 24(1) Regulation 1215/2012²⁹, others prefer to resort directly to autonomous PIL³⁰. Both interpretations entail the added problem of determining whether Spanish courts (or those of any other Member State) can hear the dispute on «rights *in rem* in immovable property» when the immovable property is located in a third country, and if so, on what ground of jurisdiction. The supporters of the first position mentioned above believe that the Member State (Spanish) court should decline jurisdiction of its own motion if the legislation of the State that is neither a member of the EU nor a party to the Lugano Convention recognises the exclusive jurisdiction of its courts. In contrast, those who uphold the second position disagree among themselves as to whether, once Art. 24(1) R1215/2012 has not been applied, the rest of the rules of jurisdiction set out in the Regulation can come into play³¹ or whether, in cases such as the one under study, these are also displaced to the benefit of national rules³². Although it is not at all easy to take a stance for or against a question that remains open and is susceptible to answers that are as disparate as they are well constructed, the first of the solutions suggested seems preferable, since, apart from it being justified by reasons of cooperative reciprocity and procedural economy (as its advocates argue), it is the most clean-cut and coherent and, ultimately, the most effective.

14. When the object of a dispute is rights *in rem* in corporeal movable property, the rule studied so far [Art. 24(1) Regulation 1215/2012] vanishes, because it does not include them in its wording, which explicitly refers to «rights *in rem* in immovable property». Therefore, contrary to the initial intention of the European legislator [who, in the Proposal for reform of «Brussels I Regulation», envisaged the introduction of a special ground of jurisdiction for «rights *in rem* or possession in moveable property» in favour of the court of the place where the property was located (Art. 5.3)]³³, Regulation 1215/2012

²⁹ M. VIRGÓS SORIANO and F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2nd ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, pp. 257-258.

³⁰ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 811.

³¹ In this sense, already JENARD, P. and MÖLLER, G. [Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988], *OJEC*, C 189, 28 July 1990, pp. 57-121 (76)]. In the Spanish doctrine, see, especially, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Litigios en España sobre bienes inmuebles situados en otros países», *Accursio DIP Blog*, 1 November 2022, <http://accursio.com/blog/?p=1579>; also *in extenso*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derechos reales», in CALVO CARAVACA, A.-L. and CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. III, 2nd ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3600-3604.

³² J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 811.

³³ «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast)», *COM(2010) 748 final*, p. 24.

does not contain any specific provision addressed to this type of rights *in rem*, which means that any proceedings which have them as their object must be brought before the courts of the country of the defendant's domicile, unless the parties have expressly or tacitly conferred jurisdiction to the courts of another Member State.

15. Regulation 1215/2012 contains two provisions that should also be highlighted in connection with actions relating to rights *in rem*. The first one, Art. 7(3), sets out that claims for damages or restitution based on an act giving rise to criminal proceedings should be heard in the court seised of those proceedings, provided that that court has jurisdiction under its own law to entertain civil proceedings. The importance of this *forum* lies in the fact that, as claims related to movable tangible property are often the consequence of a criminal offence (theft or robbery), it is more practical and convenient for the victim of the offence (who is also the claimant of the stolen property) to add the civil action to the criminal action heard by the court that has jurisdiction for the latter than litigating before the courts of the defendant's domicile, which still do not lose their general jurisdiction status as an alternative to the special jurisdiction provided for in Art. 7(3) Regulation 1215/2012³⁴. On the other hand, given the lack of a specific *forum* for rights *in rem* in movable property based on the place where the property is located, the jurisdiction rule established by the instrument for provisional, including protective measures (Art. 35 Regulation 1215/2012), becomes particularly significant. Indeed, as the claimant is obliged, in the absence of a jurisdiction agreement between the parties, to bring the action related to rights *in rem* in movable property in the courts of the State in which the defendant is domiciled, the claimant may have a more pressing need to request that the courts of the country where the assets are located take protective measures to ensure their integrity and preservation until such time as a possible decision on the merits favourable to him can be enforced³⁵.

16. Regulation 1215/2012 also considers another category of goods—which are not necessarily, but are usually, movable—namely, «cultural objects», defined by Directive 93/7/EEC³⁶ (replaced by the later 2014/60/EU³⁷). Pursuant to Directive 93/7/EEC, a «cultural object» is «an object which is classified, before or after its unlawful removal from the territory of a Member State, among the “national

³⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 7th ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 123.

³⁵ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 813.

³⁶ Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State (*OJEC*, L 74, 27 March 1993, pp. 74-79).

³⁷ Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (Recast) (*OJEU*, L 159, 28 May 2014, pp. 1-10).

treasures possessing artistic, historic or archaeological value” under national legislation or administrative procedures within the meaning of Article 36 of the Treaty»³⁸. Pursuant to Art. 6 of Directive 2014/60/EU³⁹ (Art. 5 of Spanish Act 1/2017⁴⁰, which transposes it), if the claim is within the EU, proceedings may be brought by a public authority against the possessor of a cultural object which has been unlawfully removed from its territory with the aim of securing its return. However, when a civil claim is initiated based on ownership of cultural objects by a private individual against a person domiciled in a Member State, in addition to the general *forum* and to those designated by the agreements between the parties, special jurisdiction is given to the courts of the place where the property is located at the time of bringing the proceedings⁴¹. Obviously, if the defendant is domiciled in a third State, the provision is inapplicable.

2.2. *Incorporeal property*

17. Without a doubt, rights over incorporeal, immaterial or intangible property (and the claims related to them) have acquired outstanding importance in private law transactions in contemporary society. This has been due, on the one hand, to the exponential increase of this type of «assets», which are susceptible to appropriation and exploitation; and on the other hand, to the incessant advancement of the so-called new information and communication technology, which has left the door wide open to the possibility that these «intellectual» property rights may be violated with relative ease. For today’s scholars⁴², incorporeal property—that which cannot be perceived by the senses—comprises three categories of «assets»: on the first level, individual creations protected by copyright, industrial inventions and utility models, and trademarks, as well as one’s own image or company shares; on the second level, credit rights; and on the third level, rights

³⁸ Art. 1 of Directive 93/7/EEC (*OJEC*, L 74, 1993, p. 75).

³⁹ Art. 6 of Directive 2014/60/EU (*OJEC*, L 159, 2014 p. 5).

⁴⁰ Art. 5 of Act 1/2017, of 18 April, on restitution of cultural goods illegally removed from Spanish territory or from another Member State of the European Union, by which Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 is incorporated into Spanish law (*Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014*), *BOE*, n. 93, 19 April 2017 pp. 30456-30463 (30460).

⁴¹ See E. VELEIRO COUTO, «Artículo 7.4», in BLANCO-MORALES LIMONES, P. *et al.* (coord.), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 223-233.

⁴² A. CARRASCO PERERA, «Las cosas y el patrimonio», in CARRASCO PERERA, A. (dir.), *Derecho civil. Introducción. Fuentes. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de la propiedad*, 9th ed., Madrid, Tecnos, 2021, p. 229.

in things —both corporeal and incorporeal— and even rights in rights. Regarding this class of assets and the determination of the courts that have jurisdiction to hear disputes with cross-border repercussions for them, several types of lawsuits must be distinguished, depending on whether they affect the ownership of rights in incorporeal property, their violation, the validity of entries in the relevant public registers or the entries or validity of patents, trademarks, designs or models, and other similar rights required to be deposited or registered⁴³.

18. This paper is only concerned with the first type of actions described at the end of the previous paragraph, since the other three fall outside the scope of the study. Indeed, we are interested in disputes related to the ownership of rights in intangible property, since those involving intellectual and industrial property rights violations are covered by the rules on non-contractual liability of Regulation 1215/2012 [party autonomy —Arts 25 and 26—, general jurisdiction —Art. 4— and special jurisdiction —Art. 7(2)], unless the violation of these rights takes place under a contract, due to the breach of the agreed obligations, in which case the applicable jurisdiction regime is that of the contractual liability (voluntary submission —Arts 25 and 26—, general jurisdiction —Art. 4— and special jurisdiction —Art. 7(1)]⁴⁴. The scope of this analysis also excludes those claims relating to the validity of entries in public registers of rights in incorporeal property, as they are provided for in Regulation 1215/2012 [Art. 24(3) attributes exclusive jurisdiction to the courts of the Member State where the register is kept], and those referring to the registration or validity of industrial property rights required to be deposited or registered [which, regardless of whether the issue is raised by way of an action or as a defence, Art. 24(4) leaves solely in the hands of the courts of the Member State in which the deposit or registration has been applied for or has taken place]. This rule is completed by the second paragraph of the provision, whereby the courts of each Member State shall have exclusive jurisdiction in proceedings concerned with the registration or validity of any European patent granted for that Member State, without prejudice to the jurisdiction of the European Patent Office under the Munich Convention on the Grant of European Patents, signed in 1973. In order to distinguish proceedings related to rights *in rem* in intangible property from those that are related to intangible property but have contractual, non-contractual or register-related features, it is necessary to characterise the actions at issue, a task which can be more or less difficult depending on the case, as case-law has sometimes shown⁴⁵.

⁴³ For an even more detailed categorisation, see J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Propiedad intelectual e industrial», in CALVO CARAVACA, A.-L. and CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *op. cit.*, p. 3733.

⁴⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁵ Two very illustrative cases ruled by the CJEU can be cited in this regard: the Judgment of 5 October 2017, *Hanssen Beleggingen* (C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738) and the Judgment

19. Having distinguished the actions relating to rights *in rem* in intangible property from those that are concerned with intangible property but are of a contractual, non-contractual or register-related nature, it is now necessary to establish the jurisdictional regime under Regulation 1215/2012. This is not at all complicated because, in the absence of any specific *forum*—exclusive or concurrent—that takes into account actions relating to the ownership of intellectual and industrial property rights, only the grounds of jurisdiction stipulated in general terms in the Regulation remain available to the litigants, i.e., on the one hand, the express or tacit submission of the parties, and, on the other hand, the defendant's domicile (Arts 25, 26 and 4 of Regulation 1215/2012).

3. Conventional Private International Law and Autonomous Private International Law

20. When Regulation 1215/2012 is not applicable to matters relating to rights *in rem*, in order to find the jurisdiction regime, one must turn to the rules contained in international treaties and in national law, following the structure of sources of the Spanish PIL system. Regarding conventions, the Lugano Convention, of 2007, is particularly important and most of the comments made in the preceding pages in relation to Regulation 1215/2012 can be applied to it, as both instruments contain twin provisions for the matters concerning us here. In the case of «rights *in rem* in immovable property», the Lugano Convention gives exclusive jurisdiction to the courts of the place where the property is located; therefore, if a property is located in Switzerland, Norway or Iceland, a Spanish court cannot hear a dispute relating to this type of rights even if the defendant is domiciled in Spain or the parties have agreed that any disputes should be subject to the courts of Spain. If the matter at issue concerns «rights *in rem* in movable property», the absence of an *ad hoc forum* under the Lugano Convention—as in Regulation Brussels I *bis*—means that, in order to determine the jurisdiction under the Convention, the available grounds shall be either the domicile of the defendant in Switzerland, Norway or Iceland or the courts of Switzerland, Norway and Iceland as voluntarily agreed to by the parties, provided that (and the treaty and the European instrument differ on this requirement) at least one of the parties is domiciled in a State bound by the Convention. The same explanation applies to claims concerning ownership of intellectual and industrial property rights brought under the Lugano Convention. Apart from this treaty, there are some others (such as the 2001 Cape Town Convention, in force since 2013) which contain rules of jurisdiction over international interests in

certain categories of mobile equipment (aircraft objects, railway rolling stock and space assets) and ancillary rights thereto⁴⁶.

21. In those cases in which neither Regulation 1215/2012 nor the Lugano Convention—or any other international instrument—can come into play, the regime of jurisdiction applicable to matters relating to rights *in rem* must be provided by domestic PIL. When the dispute refers to immovable property, the applicable rule is Art. 22.a) LOPJ; however, it is quite evident that this provision is impossible to apply, as it resorts to the same (exclusive) jurisdiction criterion (the place where the property is located) that is used in Art. 24(1) Regulation 1215/2012, and, since when the property is located in Spain (and, therefore, in the EU), the location-related applicability requirement under the Regulation that must be preferentially observed is met, Art. 22.a) LOPJ has no real option of governing the issue. Nevertheless, what could be argued (as was done *supra*, in § 13) is whether it would be feasible to resort to other provisions of the LOPJ, such as Art. 22 *bis*, to assert the jurisdiction of the Spanish courts in actions relating to rights *in rem* in immovable property located in a third State; but, as mentioned above, the fact that the judgments issued by the courts of Spain are likely to be neither recognised nor enforceable in other States suggests that this interpretation of the Spanish system of international jurisdiction should be discarded. As regards rights *in rem* in movable assets, Art. 22 *quinquies f*) of the LOPJ (in contrast to ‘Brussels I *bis*’ Regulation and to the Lugano Convention) provides for a special *forum* for actions *in rem* in movable property that confers jurisdiction to the Spanish courts when the property that is the object of the disputed rights is located in Spain at the time the action is brought. As an equivalent rule has not been established for disputes relating to the ownership of incorporeal property, when neither Regulation 1215/2012 nor the Lugano Convention are applicable to these claims (essentially, where the defendant is not domiciled in a Member State or in a State that is party to the Convention) and the jurisdiction of the Courts of Spain must be determined pursuant to the LOPJ, it can only be done based on either the explicit or tacit agreement by the parties to do so (Art. 22 *bis*) or on the defendant’s domicile in Spain (Art. 22 *ter*)⁴⁷.

⁴⁶ https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/07/Cape-Town-Convention_English.pdf. Particular attention should be paid to the Arts 5 and 42-45.

⁴⁷ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 810-813.

III. APPLICABLE LAW

1. General aspects

22. There is an almost universal rule (deemed to be a «quasi-natural law»⁴⁸) regarding the law applicable to rights *in rem*, that consists in observing the law of the country where the property to which the rights relate is located⁴⁹. This rule is inveterate with respect to immovable property, but not with respect to movable property, as shown by Art. 10.1 of the original edition of the Spanish Civil Code (CC) of 1889, which, following the guidelines of the Piedmontese Code of 1865, submitted movable property to the law of the owner's nation, while applying the *lex situs* to immovable property. However, this dual regulatory structure ended in Spain in 1974, when the Preliminary Title of the Civil Code was redrafted, including a new Art. 10, which continues to be in force today on the same terms as it was fifty years ago.

23. The predominant reliance on autonomous sources of law to govern this matter to this day is due to the fact that, unlike in the areas of international jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign decisions, there has not been any Europe-wide harmonisation (not even any institutional attempt) to unify the conflict-of-laws regime applicable to rights *in rem*. Nevertheless, two private initiatives have arisen in recent times, promoted by PIL experts, which aim to ensure that a legal instrument on the subject will be available continent-wide in the not-too-distant future. The first one has come from the European Group for Private International Law (EGPIL), which, since its 2017 meeting in Hamburg, has been working on a draft European Regulation on the law applicable to rights *in rem*. The latest consolidated version of the draft, produced at a session held in Milan in 2023, only refers to rights *in rem* in corporeal assets. The draft outlines a series of provisions that regulate the material scope of the instrument, its universal application, the general rule and the special rules for *res in transitu*, means of transport and cultural objects (to which a specific chapter is devoted), the scope of the applicable law and the protection of acquired rights in the event of a *conflict mobile*⁵⁰. The second initiative has been undertaken by the European Association of Private International Law (EAPIL), which has

⁴⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, <https://www.youtube.com/watch?v=inOSVTI47mQ&t=751s>, 6:54.

⁴⁹ For a comparative general overview of the application of the *lex rei sitae* to rights *in rem*, especially in relation to immovable property, see G. GARRIGA SUAU and C. A. WHYTOCK, «Choice of law for immovable property issues: new directions in the European Union and the United States», *REDI*, 74 (2022-1), pp. 81-108.

⁵⁰ EGPIL, 33rd meeting, Milan 2023, «The law applicable to rights *in rem* in corporeal assets. Consolidated version», <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2023/06/The-law-applicable-to-rights-in-rem-in-corporeal-assets-%E2%80%93-Consolidated-version.pdf>.

set up a Working Group in 2021 with the aim of shaping and drafting a Proposal for a Regulation on International Property Law. The aspects that the resulting text should encompass (which are comparable to those outlined by the EGPII) include the *lex situs* principle, the possibility of introducing party autonomy in certain cases, the hypothetical acceptance of a general escape clause, the list of topics covered by the regulation, the *conflict mobile*, the specific rules for cars and other vehicles, goods in transit, assets with a fortuitous *situs*, assets without a *situs*, assets in orbit in space, stolen property, cultural goods and the protection of the *bona fide* purchaser⁵¹.

2. General rule

24. As noted above, the current Art. 10.1.1 CC states that «possession, ownership, and other rights [*in rem*] in immovable property and publicity thereof shall be governed by the law of the place where such property is located», a provision that is completed by Art. 10.1.2 CC, which adds that «the same law shall apply to movable property». When the two provisions are combined, it can be deduced that, as a general rule, the conflict-of-laws regime relating to rights *in rem* in Spanish PIL establishes that they are all subject to the *lex rei sitae*, whether they are in immovable property or in movable property. There are many arguments that justify the observance of this law; in particular, examined from the perspective of the «jurisprudence of interests»⁵², no other solution can compete with it. Indeed, if one thinks about it at all, the fact that actions related to rights *in rem* are governed by the *lex situs* serves a number of interests. Firstly, it serves the interest of the State, in the sense that transactions relating to exploitation rights over property situated in its territory comply with its own rules (a reflection of the principle of sovereignty). Secondly, it serves the interests of *all* the parties, because, while the parties to an international private relation are often more familiar with their respective personal laws, when it comes to a dispute over the ownership of an asset, it makes no sense to appeal to personal law that has little or no connection with the dispute and it may not be the same for all the intervening parties. When rights

⁵¹ The Working Group created by EAPIL has held six meetings so far. The last one in Coimbra (Portugal) from March 14 to 16, 2024 (<https://eapil.org/what-we-do/working-groups/group-on-property-law/>).

⁵² Concerning the «jurisprudence of interests» in general, see P. HECK, «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», *AcP*, 112 (1914), pp. 1-318. With regard to PIL, see G. KEGEL, «Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht», in Universität Basel - Juristische Fakultät (ed.), *Festschrift Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953, pp. 259-288; also G. KEGEL and K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, 9th ed., München, Beck, 2004, pp. 128-160.

in rem that are enforceable against everyone are in dispute, the unifying element of the claims—which concentrates the interests of all the parties—is the territorial element corresponding to the location of the property that is the object of the *litis*. Ultimately, it serves the interests of commerce and its organisation. On the one hand, these interests demand that legal transactions be facilitated, simplified and secured; goals which can best be achieved through compliance with the *lex rei sitae*—especially when property, in particular immovable property, is involved—; on the other hand, the idiosyncrasy of our discipline means that, for the correct functioning of a PIL system, a series of needs—which do not exist or are less pronounced in other areas of law—must be met. These notably include predictability of outcomes; internal and international harmony of solutions (to provide the same responses to questions raised on legal issues relating to rights *in rem* and to do so in the same way as the other conflict-of-laws systems concerned); coincidence between *forum* and *ius* (the court that has jurisdiction applies its own law); and priority search for extraterritorial effectiveness of judgements in order to ensuring its recognition and enforcement. The application of the law of the State where the property is located allows these interests to be satisfied.

25. The fact that the conflict-of-laws rules contained in Arts 10.1.1 and 10.1.2 of the CC use the place where the property is situated as a connecting factor can cause different problems when it comes to locating it. One of these problems is linked to those assets located in an area outside the sovereignty of the State (land space, international waters or air space), for which the rule concerning rights in ships and aircraft that will be explained later (*infra*, § 28) can be used, where feasible; if this solution is not viable either, an alternative will have to be found that yields an acceptable result (personal law of the interested party, applicable law to the contract, if there is one, etc.)⁵³. Another problem, which can only arise with regard to immovable property, is that caused when it is located across both sides of a border, that is, when it is cross-border immovable property. On the subject of jurisdiction, it has already been noted (*supra*, § 11) that the predominant line of thought is in favour of the separability of property, so that each part is treated as distinct property subject to the exclusive jurisdiction of the courts where each is located. There is no objection to exporting this solution to the area of applicable law, so that, in matters relating to rights *in rem*, the *lex situs* of each of the States concerned applies⁵⁴ (it

⁵³ M. VIRGÓS SORIANO, «Las cosas y los derechos reales», in GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. *et al.* (ed.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 6th ed., 1995, pp. 241-285 (246-247).

⁵⁴ Thus A. ORTEGA GIMÉNEZ [«Resolución de problemas de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable en materia de derechos reales en España», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, XXXIV (2022-4), pp. 207-230 (221)], who, in such

should not be forgotten, however, that, even if a cross-border property constitutes a physical unit, it cannot be a single one from a legal point of view, because the border prevents it). There remains a third problem, that of the *conflit mobile*. As this is the most important one, it will be elaborated on in the next two paragraphs.

26. The *conflit mobile*, which remains a general problem in conflict-of-laws rules, is remarkably peculiar in the area of rights *in rem*, as it is based on the change linked to a territorial connection, unlike a change in personal status, which is usually the case. In the case of rights *in rem* in movable property⁵⁵, a change in the location of the object of the right *in rem* may result in the latter being subject to two different laws, that of its original location (before the transfer) and that of its current location (after the change). In the absence of legislative provisions, doctrinal scholarship has traditionally accepted a distributive application of the controversial regulations, to the effect that the creation, modification, transfer or termination of the right *in rem* is subordinated to the law of the place where the property is located at the time when the right *in rem* was created, modified, transferred or terminated; while the legal regime of the property, the rights acquired over it, as well as their effects and exercise are determined by the law of the place where the property is located at each given point in time. This distribution of spheres of influence between legal systems must be complemented by the observance of two principles, the «principle of continuity» and the «principle of adequacy», which should help to ensure that the transition from one hegemonic situation to another is not detrimental to legal certainty or to the necessary fluidity of international private traffic⁵⁶. The «continuity principle» expresses the idea of stability in legal relations involving rights *in rem*, which boils down to the purpose that the rights acquired in accordance with one rule should be respected as far as possible when the property to which they relate is subject to a different rule due to a change of location. In this way, a period of possession for the purpose of gaining ownership through continuous possession over a prolonged period of time that starts in the territory of one country —under its national law— may be added to the time spent in another State until the possessed thing is acquired by acquisitive prescription —according to the law of the latter State—. However, sometimes this guideline must be applied in combination with the «adequacy principle», which should allow a right *in rem* in movable property —created under a certain law— to oper-

situations and whenever possible, is even in favor of an exclusive application of the law of the State where the ‘most relevant part’ or ‘main part’ of the property is located.

⁵⁵ Exceptionally, also, in immovable property, for example, by destination, as in a comparable succession case, the Judgment of the *Chambre civile 1* of the French *Cour de cassation* of 3 May 1973, *Stroganoff* (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006990244>).

⁵⁶ M. VIRGÓS SORIANO, *loc. cit.*, pp. 262-271.

ate —adapting it as far as possible— under a different law, to which it must be shaped by the fact of having moved the property from one State to another (one might wish to think of a machine owned by a company over which a security right *in rem* was created in Germany, later the asset is transferred to Spain, where it is seized by a creditor of the company, so that the right *in rem* created in Germany survives in Spain, but, as it is not registered in a Spanish public register, it is not enforceable against third parties).

27. While this is the most widespread view among scholars, it has been challenged by part of doctrinal scholarship⁵⁷, which considers that the dominant position takes the wrong approach to the problem because it is typically used in conflicts of laws in time (transitional law) and is not appropriate to resolve a spatial dispute. Moreover, doctrinal scholarship finds that the thesis set out in the preceding paragraph has two serious shortcomings: on the one hand, it is too generalist, since it barely takes into account the particular cases; on the other hand, linked to the above, in cases where the parties are bound by a contract it does not give their expectations the importance they deserve, as the applicable law cannot be that of the place where the property was located at the time the right *in rem* was created, but the *lex situs* at the time the title was created —that is, when the contract was entered into—, which is the only location that the parties were able to foresee. If the right *in rem* created according to the law of the place where the contract was executed is a right unknown to the legal system of the country in which the property is currently situated, the contractual relationship between the parties can also shield them against an alleged non-recognition of the right, since the effect of characterisation can only be asserted against third parties and not between the contracting parties, who cannot invoke it in their relationship. Naturally, the situation changes when third parties come into play; the above solutions are of no use for them, and therefore, if one wishes to enforce a right *in rem* that is not recognised by the country in which the property is currently situated, one must resort to transposition, so that only those rights *in rem* that can be conformed to one of the rights *in rem* categorised by the *situs* system can have binding effects⁵⁸. Beyond highlighting some shortcomings of the classical position, it cannot be said that this new approach significantly changes the existing situation. The extremely complex subject matter still showcases a stark separation between brilliant theoretical exercises, such as the one just presented, and practice, where courts make an effort to simplify dispute resolution as much as possible by applying the *lex rei sitae* of the property at the time when the claim is submitted to them and it is then, and on the basis of this

⁵⁷ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 822-828.

⁵⁸ *Id.*, pp. 827-828.

law, that they decide which of the alleged holders of interests in the disputed property should have priority⁵⁹.

3. Particular rules

28. For some categories of property with certain features, merely using location as a criterion may not be appropriate, because it may no longer be functional. For this reason, the Civil Code establishes that these types of property shall be subject to special rules. The first category is means of transport, provided for in Art. 10.2, which specifies that «vessels, aircraft and railway transport vehicles, and all rights created thereon, shall be subject to the law of the place of their flag or registration»; while «cars and other road transport vehicles shall be subject to the law of the place where they are located». It is logical to wonder that these assets, which by their very nature aim to be constantly moving, should be subject to the law of a place—that of their location—which lacks stability. However, the existing regulation differentiates the treatment of some means of transport which are still subject to the *lex situs*—road transport—from the treatment of others—maritime, aircraft and railway transport—that have a different regime, by setting out that they shall be subject to the law of the country of their flag or registration. Given that all these means of transport are inherently intended to be used for traffic purposes, but it is only in some cases that they diverge from the general rule, the intrinsic mobility of the assets cannot be the reason for the regulatory disparity, which must have other causes. Based on the opinion of the Spanish Council of State, issued as a result of the reform of the Preliminary Title in 1974, doctrinal scholarship⁶⁰ has pointed to two causes. One of these is quantitative: the number of vehicles used in road transport is incomparably greater than that of other means of transport. This means that there are many legal transactions related to rights *in rem* in road vehicles that should be subject to Spanish law as far as the place of location is concerned, especially taking into account that a non-negligible part of the operations includes vehicles with foreign registration plates which are driven on Spanish roads, whether for tourism or *en route* to North Africa. The second reason is qualitative: unlike car number plates, which are relatively easy to change, altering the flag of a ship or the registration of an aircraft is much more complicated. These identifying features

⁵⁹ See, for example, in France, the very didactic Judgment of the *Chambre civile 1* of the *Cour de cassation* of 3 February of 2010, *Arman* (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000021787325>).

⁶⁰ M. VIRGÓS SORIANO, *loc. cit.*, pp. 248-249; N. BOUZA VIDAL, «Artículo 10, apartados 1 y 2», in ALBALADEJO, M. and DÍAZ ALABART, S. (ed.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. I-2, *Artículos 8 a 16 del Código civil*, Madrid, Edersa, 2nd ed., 1995, pp. 525-563 (544-545).

are therefore more reliable and stable, which makes it difficult to commit fraud (without forgetting, however, that some cases of fraudulent change of a ship's flag can be found in comparative jurisprudence⁶¹).

29. The second particular rule included in the Civil Code is the one that refers to «goods in transit», that is, those transported internationally. They need not be physically moving, as what matters is that they are *involved* in transport operations, even if they are still in the State of origin ready to be exported (and, therefore, they are identified with the so-called «goods intended for export»⁶²) or they may be momentarily at a stopping place on their journey. However, these *res in transitu* are neither the means of transport mentioned in the previous section, nor the belongings of the persons transported, nor the «goods transported» for the mere fact of being so, since «goods in transit» are only important in our discipline when they are disposed of or are the object of an act of real nature while being transported. In such circumstances, it is understood that applying «provisional» status to these goods is not the best solution and, for this reason, some alternatives have been sought. Of the two most reasonable ones, the place of dispatch of the goods and their place of destination, the first option is preferred in the Spanish Civil Code (in contrast with the Portuguese Code, which does the opposite: Art. 46.2). Art. 10.1.3 of the Spanish Civil Code provides that «for the purposes of creating or assigning of rights over goods in transit, such goods shall be deemed to be located at the place of dispatch, unless the sender and the recipient should have explicitly or implicitly agreed to deem them to be located at the place of destination». The solution adopted is to follow the law of the State of dispatch of the goods. This has two advantages: certainty—it is always known where the goods that are internationally dispatched come from—and an effective link to the goods—it was the latest truly operational connection in relation to them—. However, this solution also has some disadvantages: it is an outdated rule—the goods are no longer subject to it—, and it fails to meet the expectations of the parties—who seek to ensure that their transaction will be fully effective in the State to which the goods are being dispatched—. These drawbacks explain why, whereas applying the law of the place of destination of the goods has inadequacies in some cases—successive transfers of the goods during the journey, transport being interrupted, change of the intended point of arrival—, it may also be worthy of consideration. Therefore, even the law of the State of dispatch is favoured under

⁶¹ See, for example, the *Salduende* case, decided on 6 May 2004 by the *Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo* (Argentinean National Chamber of Labour Appeals), in which the change of the flag was intended to ensure that seamen's employment contracts would be subject to legislation that was much less protective of their interests (<http://fallos.diprargentina.com/2007/08/salduende-htor-c-shel-capsa.html>).

⁶² F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 447.

Spanish law, the parties are entitled to choose the law of the place of destination of the transport to govern the creation or assignment of rights over the goods in transit. As can be seen, at this point the Code introduces, as a complement to the objective connection, the private autonomy that, in the rule, has three characteristics: it must be exercised by both parties (therefore, bilaterally); it can be exercised either expressly or tacitly; and it consists in a purely bipolar option, namely in favour of the law of the country of dispatch or of the law of the State of destination. Through this secondary provision, party autonomy is (almost symbolically) featured in the realm of rights *in rem*, from which it is ordinarily kept at a distance. Apart from contributing to constructing a spatially fairer arrangement, invoking the will of the parties can help to ensure that the law governing the rights *in rem* and the law of the contract are aligned. This outcome should be seen as a starting point for what, *de lege ferenda*, should be the major objective in the matter: to ensure that relations *inter partes* in connection with rights *in rem* are subject to the *lex contractus*⁶³.

30. Art. 10 CC contains two additional conflict-of-laws rules of a special nature regarding rights *in rem* which, unlike those set out in the previous paragraphs, affect intangible property, instead of tangible property. The first of these rules, Art. 10.3 CC, is concerned with securities. According to the prevailing legal scholarship, a security, understood in a restricted sense, is a document on a private right, the exercise and transfer of which is conditional upon possession of the document⁶⁴; it is, therefore, a physical document (a tangible movable asset) that embodies a right (an incorporeal right), and possession of the document usually implies possession of the right that is embodied within it. This overlapping of levels means that, in order to resolve conflicts of law relating to securities, three distinct objects need to be regulated⁶⁵. Firstly, the underlying right, embodied in the title, which arises from a legal relationship (normally a contract) the discipline of which generally falls under Regulation 593/2008; however, it excludes from its material scope of application any obligations arising from bills of exchange, cheques and promissory notes, as well as other instruments insofar as they arise from their negotiable character [Art. 1.2(d)]⁶⁶. Secondly, legal rights *in rem* in the instrument as a physical document—for example, the effects of possession, the transfer of own-

⁶³ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 831.

⁶⁴ In the original Spanish, the definition says «documento sobre un derecho privado cuyo ejercicio y cuya transmisión están condicionados jurídicamente a la posesión del documento» [J. GARRIGUES, «Los títulos-valores», *Revista de Derecho mercantil*, 36 (1951), pp. 305-370 (308)].

⁶⁵ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 451.

⁶⁶ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [*OJEU*, L 177, 4 July 2008, pp. 6-16; Art. 1.2(d) in p. 10].

ership and the protection of the *bona fide* purchaser— are subject to the general rule of the *lex rei sitae*, which in this context is called the *lex carta sitae*. However, securities representing goods, mainly maritime bills of lading, pose a particular problem; while the *lex situs cartae* must govern how and when the document is delivered to its recipient, the effects of delivery on the goods depend on the law of the place where the goods are located (Art. 10.1), which shall determine whether the transfer of the security involves the transfer of the goods and, if so, the related conditions and limits⁶⁷. Ultimately, the formal requirements to be met by the security in order to embody the original right and have the effects resulting from its negotiable nature must comply with the law of the place of issue, as required by Art. 10.3, which is understood as the place where the security was first delivered or put into circulation. It is worth mentioning negotiable instruments which, due to their unique character, have a specific conflict-of-laws regime under Spanish PIL contained in the 1985 Negotiable Instruments Act⁶⁸. Formally separated, albeit with some points in common, the regulation of the bill of exchange and promissory note (Arts 98-105) and that of the cheque (Arts 162-167) essentially govern the capacity to be bound, the form of obligations and their effects, as well as the matters covered by the law of the place of payment of the bill of exchange, promissory note or cheque. The solutions adopted are an adapted version of what is known as the «Geneva Uniform Law» on negotiable instruments, approved in 1931, to which Spain never adhered.

31. In order to delve into the second rule contained in Art. 10 CC on incorporeal property, two ideas should be recalled at this point that were set out in the analysis of their regime of jurisdiction (*supra*, § 17). On the one hand, the notion that this category includes very diverse «assets» that range from rights relating to intellectual and industrial property to rights in rights, including shares in companies and credits; and on the other hand, the idea that the disputes concerning them may deal with matters as divergent as their ownership, the infringement of exploitation rights in them, the validity of entries in the relevant public registers or the registrations or validity of patents, trademarks, designs, drawings, models and other similar rights required to be deposited or registered. As the provision at stake here is Art. 10.4 CC, the object of analysis will be limited to two points of view. Firstly, attention will be focused on intellectual and industrial property rights. This will leave aside other important intangible assets such as rights of pledge and assignments of claims [whose effectiveness against third parties is not covered by Regulation 593/2008, but by Art. 17.3 of Spanish Royal Decree-Law 5/2005, on contractual

⁶⁷ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 836-837.

⁶⁸ Act 19/1985, of 16 July, on Negotiable Instruments (*Ley Cambiaria y del Cheque*), BOE, n. 172, 19 July 1985, pp. 22936-22949.

compensation agreements and financial guarantees⁶⁹, which, generally⁷⁰ subjects them to the law governing the pledged or assigned credit]; or rights *in rem* in company shares, which, depending on whether they are embodied in a security, registered in accounts or neither of these, will be governed by the law of the place in which the security is located (*lex carta sitae*), the law of the place of the account (*lex conto sitae*) or the law of the company's domicile (*lex societatis*)⁷¹. Secondly, of the types of disputes listed, only those that refer to the ownership of intellectual and industrial property rights will be discussed here, thus excluding purely register-related aspects, such as which securities can be registered and the requirements to do so, subject to the law of the register (*lex registri*); and disputes arising from the infringement of these rights (which, in view of their non-contractual nature, are relocated within the scope of Art. 8 of Regulation 864/2007⁷², whereby they shall be subject to the law of the place where their exploitation, in the event of being interfered with, requires protection (*lex loci protectionis*)⁷³.

32. Having defined the field of play of Art. 10.4 CC, it should be noted at the outset that this is a domestic legal provision. It will therefore only be applicable in the absence of institutional or conventional regulations, as the 1974 CC itself recognises with regard to treaties. However, supranational law is highly relevant in this realm and has so many instruments that it would be almost interminable to list them and outline their content (which, moreover, would go beyond the scope of this study). In an attempt to provide an extremely general and succinct overview of the existing regulatory scenario, it is necessary to speak first of all of the legislative activity of the European Union, which has operated in two different but complementary directions. On the one hand, it has tried to harmonise, through a series of directives, national legislation on the subject which, given that they are territorially application and have different subject matters, may be an obstacle to the free movement of goods and services or a hindrance to the development of free competition in the internal market. On the other hand, in view of the fact that the previous initiative mitigated but did not eradicate the discrepancies between the substantive laws of the Member States (which remained within a strictly territorial approach and continued

⁶⁹ Royal Decree-Law 5/2005, of 11 March, on urgent reforms to boost productivity and improve public procurement (*Real Decreto-ley de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*), *BOE*, n. 62, 14 March 2005, pp. 8832-8853. However, par. 3 of Art. 17 was added to the text by the Act 7/2011, of 11 April, on modification of the Royal Decree-Law 5/2005, *BOE*, n. 87, 12 April 2011, pp. 37491-37502 (37500).

⁷⁰ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 449.

⁷¹ *Id.*, p. 450.

⁷² Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (*OJEU*, L 199, 31 July 2007, pp. 40-49; Art. 8, p. 45).

⁷³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pp. 3769-3773.

to prevent legislative homogeneity in this field), the institutions of the European Union, determined to transform «national territoriality» into «Community territoriality»⁷⁴, opted to «create» industrial property rights that apply throughout the European Union, subject to an effectively standardised set of rules. The most notable outcomes of this new focus were notions such as the ‘European Union trade mark» (Regulation 2017/1001)⁷⁵, originally called «Community trade mark» in Regulation 40/94⁷⁶; «Community designs» (Regulation 6/2002)⁷⁷; and «the European patent», although the latter is not an EU industrial property right, because it is governed by the 1973 Munich Convention⁷⁸, which establishes a system for granting a patent valid in one or more Member States of the European Patent Organisation, of which all EU countries are members. However, on 1 June 2023, the so-called «Unitary Patent Package» came into force for the participating States (Spain not being one of them)⁷⁹. It comprises Regulation 1257/2012 (referring to the creation of unitary patent protection)⁸⁰, Regulation 1260/2012 (related to translation arrangements for patents)⁸¹ and the Agreement on a Unified Patent Court⁸², which allows a Unitary Patent to be obtained provided that a European patent has been previously granted. This Unitary Patent is characterised by having «unitary effects» (the patent is valid or invalid at the same time in all the participating Member States), the lack of a translation obligation (once the European patent has been granted, no translation is required for the unitary patent to be legally in force in the participating Member States) and the requirement that any claims relating to the infringement and invalidity of Unitary Patents shall be subject to the Unified Patent Court (a newly created international body

⁷⁴ E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, «Protección internacional de la propiedad industrial e intelectual», in ESPLUGUES MOTA, C. (dir.), *Derecho del comercio internacional*, 10th ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 129.

⁷⁵ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (*OJEU*, L 154, 16 July 2017, pp. 1-98).

⁷⁶ Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark (*OJEC*, L 11, 14 January 1994, pp. 1-36).

⁷⁷ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs (*OJEC*, L 3, 5 January 2002, pp. 1-24).

⁷⁸ Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention), Concluded at Munich on 5 October 1973 (United Nations, Treaty Series, No 16208, vol. 1065, pp. 255-509).

⁷⁹ About the «Unitary Patent Package», see L. DESAUNETTES-BARBERO *et al.* (ed.), *The Unitary Patent Package & Unified Patent Court. Problems, Possible Improvements and Alternatives*, Milano, Ledizioni, 2023.

⁸⁰ Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection (*OJEU*, L 361, 31 December 2012, pp. 1-8).

⁸¹ Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements (*OJEU*, L 361, 31 December 2012, pp. 89-92).

⁸² Agreement on a Unified Patent Court (*OJEU*, C 175, 20 June 2013, pp. 1-40).

solely responsible for resolving these claims)⁸³. As long as Spain does not join this regulatory package —if it does—, it will continue to be governed by the current European patent system established by the Munich Convention.

33. In addition to the European legal instruments in this area, the numerous existing treaties must also be taken into consideration. The best way to introduce them is by relying on the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) of 1994⁸⁴, required to be signed by all States that are part of the World Trade Organisation. The TRIPS, which aims to increase the protection of intellectual and industrial property rights worldwide, is based on three main aspects⁸⁵: the incorporation by reference of the updated regulations of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property of 1883⁸⁶ and the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of 1886⁸⁷; the inclusion of additional provisions aimed at the protection of ‘goods’ which may give rise to property rights not provided for in the earlier texts, such as computer programmes and databases, well-known service marks or geographical indications; and a corollary consisting in procedures that allow civil, administrative, customs or criminal measures to be adopted to ensure the enforcement of the property rights in question against any action aimed at infringing them. The fact that the first axiom of the TRIPS is to refer to ‘unionist’ law shows that, more than a hundred years after its adoption (albeit greatly revised) the Paris Convention of 1883 and the Berne Convention of 1886 are still key texts for the international regulation of incorporeal property. Among the treaty provisions that are invoked by the TRIPS, there are ‘implicit conflict-of-laws rules’⁸⁸, such as Art. 2.2 of the Paris Convention and Art. 5.2 of the Berne Convention, which lead to the application of the law of the country where protection is sought (*lex loci protectionis*). At this point it is necessary to briefly explain how this system works⁸⁹. These conventions are based on the ‘principle of national treatment’, which means that it is left to

⁸³ Regarding the main characteristics of the system, see the «The Unitary Patent Package and the Unified Patent Court: a short presentation», in editors’ «Introduction» to DE-SAUNETTES-BARBERO, L., *et al.* (ed.), *op. cit.*, pp. 31-38.

⁸⁴ The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights («the TRIPS Agreement») is Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994. For the full text: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

⁸⁵ E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, *loc. cit.*, pp. 127-128.

⁸⁶ Paris Convention for the Protection of Industrial Property of 20 March 1883 (full text with revisions and amendments: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/288514>).

⁸⁷ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of 9 September 1886 (full text with revisions and amendments: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/283698>).

⁸⁸ M. VIRGÓS SORIANO, «Artículo 10, apartado 4», in ALBALADEJO, M. and DÍAZ ALABART, S. (ed.), *op. cit.*, pp. 587-608 (595).

⁸⁹ M. VIRGÓS SORIANO, *loc. cit.* in fn. 88, pp. 592-599.

the contracting States to protect intellectual and industrial property rights, and this protection will be provided in accordance with their own rules. Nevertheless, the contracting States commit to give foreigners, citizens of other Member States of the Union—which results from the convention—the same protection on their territory as they give to their own nationals. It is worth mentioning that the TRIPS applies this principle together with the ‘most favoured nation’ principle,—whereby the privileges granted to the nationals of a State party to the agreement must also be applied to the nationals of any other signatory country—⁹⁰. Since this approach, which is based on national rights, can lead to disparate levels of protection depending on the country, the conventions guarantee a minimum standard of protection in all contracting States (for example, with regard to the duration of protection; in intellectual property, with regard to the rights of translation, transmission or reproduction; and, in industrial property, regarding the mention of the inventor of the patent, of the designs or of the trade name). This level of protection can be increased in each of them. As can be seen, the system of protection outlined above is based on the «territoriality principle», which, from the point of view of conflict of laws and through the underlying conflicting rules mentioned above, leads to the application of the law of the State for whose territory a given intellectual or industrial property right is claimed, asserted or defended. Apart from the above, there are a number of treaties in this field, notably including: the 1952 Geneva Universal Copyright Convention (regarding intellectual property)⁹¹; the 1961 Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations⁹²; the 1996 Geneva Copyright Treaty⁹³; the Madrid Treaty concerning the International Registration of Marks of 1891 and its Protocol of 1989 (concerning industrial property)⁹⁴; the Hague Agreement Concerning

⁹⁰ Concerning the Most-Favoured Nation Treatment in the TRIPS Agreement, see K. ELFRING and K. AREND, «Article 4. Most-Favoured Nation Treatment», in STOLL, P.-T. *et al.* (ed.), *WTO – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 159-167; also C. M. CORREA, *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Commentary on the TRIPS Agreement*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 59-64.

⁹¹ Universal Copyright Convention, signed at Geneva on 6 September 1952 (<https://www.wipo.int/wipolex/en/text/172836>).

⁹² International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, done at Rome on October 26, 1961 (<https://www.wipo.int/wipolex/en/text/289757>).

⁹³ WIPO Copyright Treaty (WCT), adopted in Geneva on December 20, 1996 (<https://www.wipo.int/wipolex/en/text/295157>).

⁹⁴ Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks of 14 April 1891 (full text with amendments: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/283529>); Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks, adopted at Madrid on June 27, 1989 (full text with amendments: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/283483>).

the International Registration of Industrial Designs of 1925⁹⁵; and the Washington Patent Cooperation Treaty of 1970⁹⁶.

34. When none of the supranational instruments mentioned in the preceding paragraphs is applicable, as a last resort, recourse may be had to Art. 10.4 CC, which provides that «intellectual and industrial property rights shall be protected within Spanish territory in accordance with Spanish law, without prejudice to the provisions of international treaties and conventions to which Spain is a party». Several considerations can be made about this provision⁹⁷. Firstly, it reflects the «territoriality principle», which, as mentioned *supra* (§§ 32-33), is hegemonic in this field. Secondly, derived from the above, the regulatory technique used is the unilateral conflict-of-laws rule, because the legislator was only concerned with the cases territorially linked to the *forum* (Spain) in order to be able to subject them to its own law as *lex loci protectionis*. Thirdly, the provision as worded leaves open three questions that need to be clarified: its material scope of application, its personal scope of application, and the possibility of using the Spanish PIL system to protect these rights when they are in dispute outside Spain. In relation to the first consideration, if we look at the words of the rule, it refers to «intellectual and industrial property rights» without specifying anything else. This means that, in order to discern the exact subject matter of the regulation, Art. 10.4 CC must be linked to Art. 8 of Regulation 864/2007, to make it clear that, while the latter provision deals with the compensation aspects resulting from non-contractual obligations arising from an infringement of intellectual and industrial property rights, Art. 10.4 CC governs the creation, validity, modification, transfer and termination of these property rights, their modalities and the legal regime to which they are subject, especially as regards their content and effects, above all *vis-à-vis* third parties⁹⁸. On the issue of the personal scope of application of the rule, Art. 10.4 CC must be complemented by the so-called «internal delimitation rules»⁹⁹, namely, those rules which, once the law of jurisdiction has been rendered applicable, determine the persons who can benefit from the protection offered by Spanish law (see, for example, Arts 199-203 of the revised text of the Intellectual

⁹⁵ The Hague Agreement Concerning the International Registration of Industrial Designs, first adopted on 6 November 1925, and later revised at London in 1934 and at The Hague in 1960. It was completed by an additional Act signed at Monaco in 1961 and by a complementary Act signed at Stockholm in 1967, which was amended in 1979. A further Act was adopted at Geneva on 2 July 1999, the text of which is on <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/285198>.

⁹⁶ Patent Cooperation Treaty (PCT), done at Washington on June 19, 1970 (full text with modifications and amendments: <https://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/docs/texts/pct.pdf>).

⁹⁷ For an overview, see M. VIRGÓS SORIANO, *loc. cit.* in fn. 88, pp. 600-603.

⁹⁸ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 846.

⁹⁹ In the original Spanish, «*normas de delimitación interior*» (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pp. 3762-3766).

Property Act, approved by Royal Legislative Decree 1/1996¹⁰⁰, or Art. 4 of the Act 20/2003 on the Legal Protection of Industrial Design¹⁰¹). The third issue to be addressed is the protection by Spanish courts of intellectual and industrial property rights outside Spain, despite the fact that the provision analysed uses a unilateral construction and is designed for limited protection in Spanish territory. It is not implausible to imagine a claim brought before Spanish courts for which they have jurisdiction (for example, if the defendant is domiciled in Spain) in which the plaintiff claims ownership of a copyright that is disputed in another State. Within this hypothesis, doctrinal scholarship unanimously agrees that it seems logical and coherent to cover the legal vacuum concealed in Art. 10.4 by making the rule bilateral. This would protect intellectual and industrial property rights in accordance with the law of the country for whose territorial scope judicial protection is sought. In favour of this solution (observing the *lex loci protectionis*) it can be argued that it is easy to apply, that it is aligned with the legislative policy objectives behind the provision of the Spanish Civil Code and that it coincides with that adopted by other regulations (Regulation 864/2007 and the unionist Paris and Berne Conventions) when faced with the conflict-of-laws treatment of this type of incorporeal goods¹⁰².

35. Given the peculiarities of some goods, a dedicated regulation is needed which is not provided for in the Civil Code but in other legislation. This is the case of «cultural goods», which were dealt with above (*supra*, § 16) from a jurisdictional point of view. With regard to the applicable law, it seems obvious that determining that they must be subject to the general rule of the law of the place of location may be totally inappropriate, because these works of art have often been plundered and their current location is the result of theft or illegal sale in the country where the goods were originally located. For this reason, having ruled out recourse to the *lex rei sitae*, the protection of artistic, historical, palaeontological, archaeological, ethnographic, scientific, technical, documentary or bibliographical heritage (following the terminology of the Spanish 1985 Historical Heritage Act¹⁰³) requires a regulatory framework that discourages illicit trafficking in this type of property.

¹⁰⁰ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE, n. 97, 22 April 1996, pp. 14369-14396). Nevertheless, the Arts 199 to 203 have had various numbering over the years, the current one having been established on the occasion of the regulatory reform carried out by the Real Decreto-ley 2/2018, of 13 April (BOE, n. 91, 14 April, pp. 38590-38644 (38636-38638)).

¹⁰¹ Art. 4 of the Act 20/2003, of 17 July, on the Legal Protection of Industrial Design (Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial), BOE, n. 162, 8 July 2003, pp. 26348-26368 (26351).

¹⁰² M. VIRGÓS SORIANO, *loc. cit.* in fn. 88, p. 603, fn. 27.

¹⁰³ Art. 1.2 of the Act 16/1985, of 25 June, on Spanish Historical Heritage (Ley del Patrimonio Histórico Español), BOE, n. 155, 29 June 1985, pp. 20342-20352 (20342).

Various provisions from institutional, conventional and autonomous sources contribute to this. As for EU law, it is worth mentioning Directive 2014/60/EU (which repealed 93/7/EEC) on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012¹⁰⁴. This Directive was transposed by Act 1/2017, of 18 April¹⁰⁵, which aimed to stipulate both the conditions for the return of goods unlawfully removed from Spanish territory and located in another Member State, and the actions to be brought before the Spanish authorities with respect to goods located in Spanish territory that unlawfully originated from another Member State (Art. 1). For cases in which return has taken place, Art. 12 (which is a conflict-of-laws provision) states that ownership shall be governed by the law of the requesting Member State¹⁰⁶. At the EU level, reference should also be made to Regulation 116/2009¹⁰⁷, which establishes the requirement to present a licence for the export of cultural goods outside the customs territory of the EU; and to Regulation 2019/880¹⁰⁸, which prescribes how and when cultural goods of non-EU origin can be introduced and imported, and creates a regime that differentiates goods which (having been removed from the country of origin in breach of the laws and regulations of that country) are prohibited from entering, from those cultural goods which must obtain an import licence to access the EU. If we move from institutional law to conventional law, some particularly relevant treaties are worth mentioning. On the one hand, the 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects¹⁰⁹, which establishes some international claims (Art. 1) for the restitution and return of these goods that do not deprive the *bona fide* possessor of fair and reasonable compensation (Arts 4 and 6). The mechanism created by the Convention does not prevent the contracting States from resorting to more favourable rules for the return of their goods (Art. 9.1), nor does it prevent the preferential application of European instruments (Art. 13.3). Therefore, as regards Spain and the other EU Member States, the Convention finds its *raison d'être* in relations with third States. On the other hand, there is the 1970 UNESCO Convention on the means of prohibiting and preventing the

¹⁰⁴ Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (Recast) (*OJEU*, L 159, 29 May 2014, pp. 1-10).

¹⁰⁵ See, *supra*, fn. 40.

¹⁰⁶ *BOE*, n. 93, 19 April 2017, pp. 30456-30463 (Art. 1, p. 30458; Art. 12, p. 30462).

¹⁰⁷ Council Regulation (EC) No 116/2009 of 18 December 2008 on the export of cultural goods (codified version) (*OJEU*, L 39, 10 February 2009, pp. 1-7).

¹⁰⁸ Regulation (EU) 2019/880 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the introduction and the import of cultural goods (*OJEU*, L 151, 7 June 2019, pp. 1-14).

¹⁰⁹ UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, done at Rome on 24 June 1995 (<https://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/1995culturalproperty-e.pdf>: Art. 1, p. 2; Art. 4-6, pp. 3-5; Art. 9, p. 6; Art. 13, p. 7).

illicit export, import and transfer of ownership of cultural property¹¹⁰. Its operation is based on the undertaking of the States parties to prohibit the removal from their territory of cultural property unless it is accompanied by a certificate whereby the State concerned authorises the export of the property in question, which will then be considered to have been appropriately exported (Art. 6); if these provisions are not complied with, the transaction will be deemed to be illicit (Art. 3). In a similar sense, UNESCO's 2001 Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage¹¹¹, aimed at the preservation of human remains of a cultural, historical or archaeological nature which have been partially or totally, periodically or continuously, under water for at least 100 years (Art. 1.1.a), should also be mentioned. Finally, a domestic piece of Private International Law legislation remains to be discussed, namely, the Spanish Historical Heritage Law of 1985. It contains two peremptory rules (Arts 5 and 29) which, if interpreted jointly¹¹², lead to the conclusion that the export of goods of cultural interest is prohibited, as is the export of those which have been declared to be non-exportable by the state administration (Art. 5.3), because they are a part of Spain's historical heritage; when these non-transferable goods, which are not subject to statute of limitations, are movable and have been exported without authorisation, they become the property of the Spanish State (Art. 29.1). It should be noted that, since the aforementioned regulation is mandatory and unilateral, it is not intended to protect foreign cultural goods, even if they are located in the territory of Spain. If these were to be claimed before Spanish courts, in the absence of an international convention in force, the solution in terms of conflict of laws would have to be provided by Art. 10.1 CC, with the consequent application of Spanish substantive law, which does not provide them with special protection, although ways can be found to achieve this. This demonstrates the need, repeatedly defended by doctrinal scholarship, for a replacement of the existing solution (*lex rei sitae*) by the law of the State of origin of the goods, from which they were plundered (*lex originis*). In fact, reputable opinions¹¹³ have shown that the presence of overriding mandatory provisions in this field should be understood as a sign that the regulation of cultural property is undergoing a transition between

¹¹⁰ The UNESCO 1970 Convention on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property, done in Paris on 17 November 1970 (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000133378>: Art. 3, pp. 6-7; Art. 6, pp. 8-10).

¹¹¹ The UNESCO 2001 Convention on the protection of the underwater cultural heritage, done in Paris on 6 November 2001 (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000126065>: Art.1.1.a, p. 2).

¹¹² See J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO (*op. cit.*, P. 834); also F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*op. cit.*, p. 447).

¹¹³ A. BUCHER, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *Collected Courses*, vol. 239 (1993), pp. 9-116 (72).

the old conflict-of-laws regime, that has not quite been abandoned, and a new one, that has not quite imposed itself.

4. Scope of application of the statute governing rights *in rem*

36. The scope of application of the «real statute» —or of the «law governing rights *in rem*», which is a synonymous expression— tackles the range of matters regarding rights *in rem* which are governed by the *lex situs*. The selection of matters that fall within «real statute» entails a classification problem; however, according to Spanish material law (Art. 12.1 CC), it is possible to discern when the claim strictly concerns rights *in rem*, and when it deals with a contractual, non-contractual or register-related claim —only to mention three of the most significant border areas—. Characterisation, which is based on the fact pattern of the conflict-of-laws rule (Art. 10.1 CC), must be completed by an internal exercise of delimitation or construction (implicit in the classification) that defines the specific scope of the applicable law. This is why, concerning rights *in rem*, it is accepted in Spanish PIL that it is necessary to distinguish between features (such as capacity, form, substantive validity) pertaining to the title or legal transaction producing the acquisition of the right *in rem* —usually, but not always, a contract—, which are ruled by the law governing the title or legal transaction (*lex contractus*, *lex successionis*, etc.), to be determined by the appropriate conflict-of-laws regulations (Regulation 593/2008, Regulation 650/2012, etc.); and features related to the *traditio*, the content and the effects of the right *in rem*¹¹⁴.

37. It is not always easy to distinguish these two aspects. The inter-regional law case decided by the Resolution of the Spanish Directorate General for Registries and Notary Affairs (DGRN) of 29 August 2019¹¹⁵, provides an excellent example. The Land Registrar No. 3 of Granollers refused to register a deed of sale of several immovables located in Catalonia (two in Granollers) concluded by two companies (Sareb and Talismán) with registered offices in Madrid. The deed —which derived from a previous one concluded by the same parties including the terms for the acquisition by Talismán of a portfolio of more than 400 immovables owned by Sareb— included several agreements, three of which were particularly important. One set out that the payment of part of the price was deferred, under a resolutive condition in accordance with Art. 1504 CC (also Art. 11 of the Spanish Mortgage Act¹¹⁶ and Art. 59 of the

¹¹⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, pp. 441-442.

¹¹⁵ *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado* of 29 August 2019 (BOE, n. 261, 30 October 2019, pp. 120202-120256).

¹¹⁶ Art. 11.2 of Mortgage Act (*Ley Hipotecaria*), promulgated by Decree of 8 February 1946, BOE, n. 58, 27 February 1946, pp. 1518-1532 (1519-1520). The current location of the

Spanish Mortgage Regulation¹¹⁷). The second was related to a penalty clause according to which, if the resolutive condition was effective due to non-payment of the deferred price, the seller company would retain the amounts paid up by the purchaser, without reduction of the agreed payment as provided for in Art. 1154 CC. The third one stated that the Spanish Civil Code ruled the entire contract. The Registrar suspended the registration of the deed because he held that, despite the parties being subject to the *Derecho común*, since the resolutive condition was undoubtedly related to rights *in rem*, pursuant to Art. 10.1 CC it should be governed by Art. 621-54 of the Civil Code of Catalonia, which contains mandatory provisions. As the condition was not in accordance with the provisions of Catalan law, the Registrar did not register it. Sareb lodged an appeal against the Registrar's refusal before the DGRN, which, in the Resolution of 29 August 2019, shifted the focus by considering that the resolutive condition was not a right *in rem* upon immovable property but was 'unquestionably contractual in nature'. The rationale for this argument was that it was merely a way of terminating the contract for breach of contract and, therefore, it should be subject to the law applicable under Art. 10.5 CC. In this case, there was a clear contrast between the Registrar's «right-in-rem classification» of the resolutive condition—based on the understanding that, once included in a public deed and entered in the register, it becomes a security interest—and the DGRN's 'contractual classification'—which considered it a cause of extinction of a contract, on the understanding that its publication in the register does not change its contractual nature—¹¹⁸.

38. Consequently, the *lex situs* mainly covers the system of acquisition of rights *in rem* (i.e., the moment of transferring the right), its content, the subjective rights of the holder, the assets subject to the right *in rem*, the conditions of its protection, as well as the requirements for register publicity¹¹⁹. However, when it comes to specifying the scope of the statute governing rights *in rem*, doctrinal scholarship has been even more exhaustive and unanimously has placed four subject matters under the authority of the law of the State of location¹²⁰.

provision in the second section of Art. 11 was established by Act 13/2005, of 24 June, *related to the reform of the Mortgage Act*, BOE, n. 151, 25 June 2015, pp. 52565-52597 (52571).

¹¹⁷ Art. 59 of Mortgage Regulation (*Reglamento Hipotecario*), approved by Decree of 14 February 1947, BOE, n. 106, 16 April 1947, pp. 2238-2239; and annex to the n. 106, pp. 1-71 (6).

¹¹⁸ For comments on this Resolution, see A. FONT I SEGURA, «Una necesaria calificación por la función de la norma de conflicto en derecho interterritorial», *AEDIPr*, XIX-XX (2019-2020), pp. 600-614.

¹¹⁹ Very clear about this, the *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado* of 22 February 2012 [BOE, n. 62, 13 March 2012, pp. 23504-23510 (23507-23508, par. 2)].

¹²⁰ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS and S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 818-822.

Firstly, tradition and tradition-like mechanisms, separately from the title (*supra*, § 36). Nevertheless, there is a close interrelation between these two aspects. The valid acquisition of the right *in rem* may depend on the existence of a transferring title; then, the contractual effects of the title—governed by the law regulating it—must be distinguished from the *in rem* effects, bearing in mind that the latter sometimes encompass—in addition to the formal and substantial validity of the title—the substantial conditions (i.e., the exact date of the transfer) and form conditions (typically, the issuing of a public deed). Only when all these requirements are met, the «*in rem* effect»—that is the creation, modification, transfer or termination of the right—, can be produced; and all of them are ruled by the *lex rei sitae*. This is way such law applies, in particular, when the transfer of the right *in rem* requires the title plus tradition (Spanish law), when the transfer is operative *solo consensu*, because the title—usually a contract—is enough (French law), and when an abstract transfer agreement—unconnected to the validity of the title—is necessary, together with the delivery of the movable property or the registration of the immovable property (German law). Secondly, the ‘real statute’ embraces the content of the right, i.e., the powers granted to the holder and their limits, as well as his obligations and procedural actions—although exercising them before the courts is subject to the *lex fori*—. Thirdly, the *lex situs* governs the opposability of rights *in rem*, i.e. the conditions under which it is enforceable against third parties. This raises a number of particularly difficult questions. In relation to possessors who acquired the property on an *a non domino* basis, is their possession protected? If so, according to what possession, evidence and acquisition regime? Concerning individual creditor seizing the property to which the right *in rem* relates, which law applies to third party claims (including types, object, legitimation, periods, priority, proof of title, etc)? As for collective creditors involved in insolvency proceedings, the possible convergence of the *lex concursus* and the *lex rei sitae* leads to *in rem* claims being subject to (the authorities and) the law of the State where the insolvency proceedings were opened (Regulation 2015/848 on insolvency proceedings¹²¹ applies to collective proceedings provided that the debtor has no establishment in the country where the property concerned is located); yet, if the European Regulation does not apply because the *right in rem* is located in a third State, it is the *lex situs* the one that rules the opposability of the *right in rem* to the creditors (art. 723.1 Spanish Insolvency Act¹²²). Lastly, as explicitly sets out Art. 10.1 CC, the statute governing rights *in rem* includes publicity.

¹²¹ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (OJEU, L 141, 5 June 2015, pp. 19-72).

¹²² Art. 723.1 of the *Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal* (BOE, n. 127, 7 May 2020, pp. 31518-31706 (31699)).

Publicity is not only an indispensable component of the enforceability of the right *in rem* against third parties in good faith—as mentioned above—, but, more broadly, the need or appropriateness of resorting to means that facilitate the knowledge by third parties of legal acts related to rights *in rem*. Register publicity is undoubtedly the most significant means of disclosure, but Art. 10.1 CC does not close the door on others that fulfil the same role. All of them remain under the aegis of the law of the place where the—movable or immovable— assets are located, which determines whether there is a requirement of publicity and also whether publicity has a constitutive nature—in an absolute sense: the right *in rem* does not exist without it; or in a relative sense: unless that requirement is fulfilled, the right *in rem* does not produce some effects, such as the enforceability against third parties—; or merely a declaratory nature—it informs of a change in the right *in rem*—. It must be remembered that even if the «law governing rights *in rem*» regulates the aforementioned aspects, the ‘law of the Register’ decides which documents are eligible for registration, their requirements of form and substance, and the registration procedure.

IV. RECOGNITION OF DECISIONS AND ACTS

39. The jurisdictional regime in matters related to rights *in rem* is always exclusive in terms of institutional law (Regulation 1215/2012), conventional law (Lugano Convention, bilateral conventions) and autonomous law (LOPJ). Hence, one of the definite causes of refusal to recognise and enforce a foreign judgment in Spain is the unawareness, by the issuing court, of the exclusive jurisdiction of Spanish judges when the decision affects immovable property located in Spain [Art. 45.1(e)(ii) in relation to Art. 24(1) Regulation 1215/2012; Art. 35.1 in relation to Art. 22.1 LC; Art. 46.1.c of the Spanish Act on *international legal cooperation in civil matters*¹²³]. The reasons that justify the existence of exclusive jurisdiction in relation to rights *in rem* in immovable property (see, above, § 12), both from a theoretical and practical point of view, also explain the inadmissibility of foreign decisions relating to them. However, it must be borne in mind that this rule only aims at protecting the exclusive jurisdiction of the courts of the country of the *forum* or, in the institutional or conventional framework, of the courts of the member or contracting States, but it is not a general safeguard clause in the supranational context, as it does not prevent the recognition—in a State that is a member of the Union or in one that is party to a treaty— of decisions made in another country bound by the instru-

¹²³ Art. 46.1.c of the Act 29/2015, of 30 July, on *international legal cooperation in civil matters* (*Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*), BOE, n. 182, 31 July 2015, pp. 65906-65942 (65928).

ment that have been rendered in disregard of the exclusive jurisdiction of third States over property located in their territory.

40. In international property law there is a specific problem — which does not occur in any other area of PIL— that concerns the extraterritorial repercussions of confiscation, nationalisation and expropriation¹²⁴. These acts of public authority allow States to deprive individuals of assets and resources they own for political, social or economic reasons based on public utility or national security. The legal grounds for these types of interventions is the economic aspect of principle of sovereignty, which attributes to the State the prerogative to appropriate *ex iure imperii* all property located in its territory, either actually or, in the case of incorporeal property, fictitiously (for example, intellectual or industrial property rights are considered to be located in the country where they are registered and shares are regarded to be situated in the State of nationality of the company that issued them). By their very nature, these acts are effective on a strictly territorial basis and, from the point of view of PIL, do not pose a problem concerning the competence of authorities —which undeniably corresponds to those of the expropriating State— or applicable law —because the act is subject to the provisions, substantive and mandatory, of the public law of the State whose authorities carry it out—; however, some issues can be raised in terms of the extraterritorial recognition of these acts of sovereign power¹²⁵. Under Spanish law, where the problem has recently arisen in the context of an interlocutory issue for preliminary adjudication¹²⁶, there are no rules that explicitly regulate the requirements that such a decision must meet in order to be effective in Spain. However, doctrinal scholarship, inspired by the regulation on the recognition of judgements, requires that for a confiscation, nationalisation or expropriation order made by a foreign authority to be effective in Spanish territory, it must comply with two main criteria. The first is that the expropriating administration actually has the power to adopt the measures

¹²⁴ There is an abundance of legal literature on this subject, see, for instance, B. A. WORTLEY, «Problèmes soulevés en droit international privé par la législation sur l'expropriation», *Collected Courses*, vol. 67 (1939), pp. 341-428; I. SEIDL-HOHENVELDEN, «Extraterritorial Effects of Confiscations and Expropriations», *Michigan Law Review*, vol. 49 (1951-6), pp. 851-868; S. PETREN, «La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu», *Collected Courses*, vol. 109 (1963), pp. 487-576.

¹²⁵ For an updated view of the problem in the Spanish doctrine, see J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.* in fn. 31, pp. 3705-3715.

¹²⁶ *Melià* case, in relation to which the Provincial Court of Palma de Majorca has confirmed, in May 2024, the decision of first instance [Order of 24 Court of Palma of 3 May 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:32A)], which had estimated the jurisdictional immunity of the Cuban State in a lawsuit brought before the Spanish courts against *Melià* Hotels for unjust enrichment derived from an act of nationalisation carried out in 1960. About the first step of the case, see A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El asunto Central Santa Lucía contra *Melià* Hoteles. Reflexiones en torno al Auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 3 mayo de 2021 (continuará)», *CDT*, 13 (2021-2), pp. 761-777.

of State control of the assets—which calls for a sufficient personal or territorial connection between the nationalising State and the owner of the nationalised assets—; the second is that the expropriation action is in accordance with Spanish public order, i.e. that it does not violate any of the basic principles of the legal system in Spain, as contained in Arts 33—regarding private property—, 38—enshrining freedom of enterprise— and 128—subordination of the country's wealth to the general interest— of the Spanish Constitution—without forgetting Art. 17.1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU)—. For what concerns us here, these principles are specifically reflected in the requirement that the expropriation be motivated by a cause of general interest—without involving any discrimination or sanction—; that the expropriation procedure be compliant with the legislation in force—according to which those affected have the right to an adequate legal defence at all times—; and that the dispossession of the property be accompanied by fair and equitable compensation¹²⁷.

¹²⁷ Conditions traditionally required by Spanish Law, as the doctrine has pointed out for decades. See, especially, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia internacional de las nacionalizaciones: nombre comercial y marcas*, Madrid, Montecorvo, 1988.

GARANTÍAS REALES Y REESTRUCTURACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL

Iván HEREDIA CERVANTES*
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA Y SU NECESARIO REFLEJO EN LA NORMATIVA SOBRE INSOLVENCIA INTERNACIONAL.— II. EL NUEVO ARTÍCULO 754 TRLC: 1. La eliminación de las excepciones al juego de la *lex fori concursus*; 2. El tratamiento de los derechos reales; 3. Derechos reales y reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia de insolvencia.— III. Grupos de sociedades y garantías intragrupo: problemas de competencia judicial internacional.— IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA Y SU NECESARIO REFLEJO EN LA NORMATIVA SOBRE INSOLVENCIA INTERNACIONAL

La regulación de la insolvencia ha sufrido un cambio radical en la última década, al que el ordenamiento español no ha sido ajeno. En concreto, se ha pasado de un modelo basado en una «lógica de liquidación», que se vertebraba a partir del «clásico» concurso de acreedores y que implica el nombramiento de un tercero, un administrador con-

* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid (ivan.heredia@uam.es). El presente trabajo se ha realizado en el seno del Proyecto de I+D+i Investigación «Nuevas perspectivas de la insolvencia internacional: reestructuraciones preconcursales y concursales» (PID2022-140017OB-I00).

cursal, que supervisa o, incluso, sustituye al deudor en la gestión de sus intereses, a un «modelo de reestructuración», caracterizado por la búsqueda del saneamiento de aquellos deudores con dificultades económicas pero cuya actividad resulta viable y por el mantenimiento de las plenas facultades del deudor. Dentro del ámbito europeo, el espaldarazo decisivo a este cambio de paradigma lo dio la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva¹. Dicha directiva fue transpuesta al ordenamiento español a través de la Ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR). Aunque nuestro legislador había introducido ya diversas reformas que coinciden con las líneas maestras que vertebran la Directiva, la reforma introducida por la mencionada Ley 16/2022 supone ya la apuesta definitiva por un nuevo paradigma basado en la idea de saneamiento y no de liquidación del deudor y que se caracteriza además por una mínima intervención judicial a lo largo del procedimiento de reestructuración.

Tanto el legislador europeo como el español, asumen que este cambio de paradigma al abordar la insolvencia debe tener también su reflejo a la hora de regular las situaciones de naturaleza transnacional. No obstante, el modo y el éxito con el que uno y otro han acometido este objetivo hasta la fecha difiere de manera sustancial.

Por lo que se refiere al primero, el Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia (en adelante, RI)², pese a extender su ámbito de aplicación con el objetivo de incluir en su seno una amplia tipología de procedimientos e institutos preconcursales³, lo cierto es que carece a lo largo de su articulado de soluciones específicamente adaptadas a las particularidades de estos. Es más, el Reglamento mantiene determinadas

¹ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)

² Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia.

³ «Artículo 1:

El presente Reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos públicos, incluidos los procedimientos provisionales, regulados en la legislación en materia de insolvencia y en los que, a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación, a) se desapodere a un deudor total o parcialmente de sus bienes y se nombre a un administrador concursal; b) los bienes y negocios de un deudor se sometan a control o supervisión judicial, o c) un órgano jurisdiccional acuerde, o se establezca por ministerio de la ley, una suspensión temporal de los procedimientos de ejecución individual para facilitar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, siempre que los procedimientos en los que se acuerde la suspensión prevean medidas adecuadas para proteger al conjunto de los acreedores y, en caso de que no se alcance un acuerdo, sean previos a uno de los procedimientos a los que hacen referencia las letras a) o b). En los casos en los que los procedimientos a que se refiere el presente apartado puedan iniciarse en situaciones en las que únicamente existe una probabilidad de insolvencia, su propósito será evitar la insolvencia del deudor o el cese de su actividad».

soluciones que, en muchos casos, pueden dinamitar cualquier intento de reestructuración y, sin duda, el ejemplo paradigmático es el tratamiento de los derechos reales y de las reservas de dominio⁴.

De este modo, el RI apuesta por someter la mayor parte de las cuestiones que se pueden suscitar en el seno de un procedimiento de insolvencia al ordenamiento del Estado de apertura o *lex fori concursus*, que será la del Estado en el que el deudor tenga su centro de intereses principales (COMI en su acrónimo inglés) si se trata de un procedimiento universal o la de aquel Estado en el que el deudor tenga un establecimiento, en el caso de los procedimientos territoriales. No obstante, el Reglamento cuenta con un amplio elenco de excepciones al juego de la *lex fori concursus* (arts. 8-18), entre las que se encuentran las contempladas en los artículos 8 y 10. El primero establece una regla de inmunidad para los derechos reales sobre bienes del deudor situados en un Estado miembro diferente a aquel en el que se tramita el procedimiento de insolvencia. En otras palabras, se excluyen esos derechos del procedimiento concursal, en todos sus términos. Por su parte, el segundo extiende esta solución en favor del vendedor para los supuestos de reserva de dominio.

Es evidente que una regla de esta naturaleza, que supone en la práctica que, para el acreedor garantizado, el procedimiento de insolvencia de su deudor no existirá y que podrá, por tanto, ejercitar el derecho de separación o ejecutar su garantía en el Estado de ubicación del bien, con independencia, por ejemplo, de que la ley del Estado en que se tramita la reestructuración imponga una suspensión temporal de las ejecuciones, conlleva un grave riesgo para cualquier estrategia de saneamiento del deudor. La preservación de determinados activos durante la negociación de la reestructuración entre el deudor y sus acreedores resulta esencial para poder mantener el valor de una empresa y la continuidad de su actividad y ello debe estar a salvo de comportamientos oportunistas de algunos acreedores. Por este motivo, una de las herramientas esenciales introducidas por la Directiva 2019/1023 es la imposición a los Estados miembros de una moratoria, es decir, una suspensión del derecho del acreedor (incluidos los acreedores garantizados) a ejecutar el crédito contra su deudor, que garantice a este el tiempo suficiente para negociar un plan de reestructuración sin interrumpir su actividad y sin que el valor de sus bienes se devalúe durante el tiempo que dura la negociación⁵. Y, evidentemente, en el caso de que el deudor tenga bienes en diferentes Estados, la suspensión de las ejecuciones no debe circunscribirse a aquél en el que se tramite la reestructuración, sino que, por el contrario, debe

⁴ Una acertada reflexión sobre la inadecuación de muchas de las soluciones del RI a una lógica de reestructuración puede encontrarse en F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Diez años de Derecho concursal europeo: las paradojas del proceso armonizador», *La Ley Mercantil*, núm. 113, Sección Editorial / Doctrina, mayo 2024.

⁵ *Vid.* considerando 32 y arts. 6 y 7.

proyectarse sobre todos ellos. Sorprende, por tanto, que la propia Directiva 2019/1023 «santifique» la aplicación de la regla de inmunidad del RI y no haga referencia alguna al papel distorsionador que esta puede tener en los procedimientos de reestructuración⁶.

Por otro lado, en el caso de los grupos societarios, el RI apuesta por el principio de separación o «entidad por entidad», lo que significa que, para tramitar un procedimiento de insolvencia universal en España de diferentes sociedades de un grupo, se exige que el COMI de cada una de ellas se encuentre en nuestro país, algo que en muchas ocasiones no acontece. Téngase en cuenta que, aunque el RI localiza el COMI en el Estado desde el que se ejercita de modo habitual y reconocible por terceros la administración de los intereses de las filiales⁷, el propio Reglamento introduce una presunción *iuris tantum*, según la cual, el COMI de cada sociedad se ubica en el Estado en el que tiene su domicilio⁸, que, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, no resulta fácil desvirtuar. Tal y como afirmó la Corte de Luxemburgo en la Sentencia Eurofood, «la presunción *iuris tantum* [...] en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social»^{9,10}.

⁶ Según el considerando 13 de la Directiva 2019/1023, «La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848. El propósito es que sea totalmente compatible y complementaria con dicho Reglamento, para lo cual se exige a los Estados miembros que establezcan procedimientos de reestructuración preventiva que cumplan determinados principios mínimos de eficiencia». Como puede comprobarse, el legislador europeo da por buenas las soluciones del RI y solicita a los legisladores nacionales la introducción de procedimientos «eficientes» que permitan garantizar la reestructuración del deudor. Se echa de menos, sin embargo, una llamada al propio legislador europeo para que elimine las soluciones claramente ineficientes en el seno de un proceso de reestructuración como la regla de inmunidad.

⁷ Artículo 3.1 I.

⁸ Artículo 3.1 II.

⁹ Buena prueba de los obstáculos que pone la Corte de Luxemburgo para refutar la presunción nos la ofrece la Sentencia del TJUE, Interedil (As. C-396/09). Según la Corte de Luxemburgo: «El centro de los intereses principales de una sociedad deudora debe determinarse dando preferencia al lugar de la administración central de dicha sociedad, como puede demostrarse por los datos objetivos y que pueden comprobarse por terceros. En el supuesto de que los órganos de dirección y control de una sociedad se encuentren en el lugar de su domicilio social y de que las decisiones gestión de esa sociedad se adopten, de forma que pueda comprobarse por terceros, en dicho lugar, de no puede desvirtuarse la presunción establecida en el citado precepto. En el supuesto de que el lugar de administración central de una sociedad no se encuentre en su domicilio social, ni la presencia de activos sociales ni la existencia de contratos referentes a su explotación financiera en un Estado miembro distinto de aquel del domicilio social de la sociedad pueden ser considerados datos suficientes para desvirtuar esa presunción, salvo a condición de que una consideración del conjunto de los datos relevantes permita demostrar que, de forma que pueda comprobarse por terceros, el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad, así como de administración de sus intereses, se encuentra en el otro Estado miembro».

Nota 10 en página siguiente

No es difícil apreciar que esta situación constituye otro serio riesgo para la reestructuración de muchos grupos internacionales de sociedades, ya que cierra casi por completo la posibilidad de reestructurarlo como un todo y de incrementar con ello el valor de los bienes del grupo en su conjunto¹¹, algo que se aprecia con especial nitidez al afrontar el tratamiento de las garantías intra-grupo o garantías cruzadas, una cuestión sobre la que nos centraremos a continuación. Ante esta situación, la estrategia ha consistido en muchos casos en la «huida» de grupos españoles y de otros Estados miembros hacia otras jurisdicciones que garanticen una respuesta centralizada frente a todo el grupo y permitan un tratamiento conjunto y coordinado¹².

Frente a la situación descrita, el legislador español que, con alguna excepción, había mimetizado hasta ahora la práctica totalidad de las soluciones del RI, ha incorporado al TRLC través de la Ley 16/2022, un elenco de reglas de competencia internacional y de determinación de la ley aplicable específicamente adaptadas a la reestructuración del deudor. Dichas reglas se contienen en los arts. 753-755 y cuentan con soluciones que rompen el «principio de unidad de régimen» imperante

Entre la jurisprudencia española, un claro ejemplo de necesidad de aportar circunstancias especialmente relevantes para poder desvirtuar la presunción a favor del domicilio social nos la ofrece el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5.ª), de 27 de junio de 2017.

¹⁰ Sobre la problemática asociada a la insolvencia de los grupos societarios puede consultarse con carácter general entre la doctrina española, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Madrid, 2006.

¹¹ En relación con las consecuencias que supone la necesidad de determinar el centro de intereses principales por separado para cada sociedad del grupo, *vid.* con relación al RI, R. MANGANO, «Comentario al artículo 3», en BORK, R. MANGANO, r., *European Cross-Border Insolvency Law*, Oxford, 2016, pp. 86-91.

¹² Es cierto que el RI introdujo numerosas novedades respecto de su antecesor, el Reglamento 1346/2000, para intentar dar respuesta a la problemática específica de la insolvencia de los grupos de sociedades. Sin embargo, en lugar de «relajar» el principio de separación y admitir la centralización de los diferentes procedimientos frente a cada sociedad, el legislador europeo optó por introducir reglas para reforzar la coordinación y cooperación entre ellos. De este modo, se incorporaron normas que articulan la cooperación entre jueces, entre administradores concursales y entre jueces y administradores concursales, siguiendo la misma lógica que previamente se había utilizado para garantizar una relación armónica entre el procedimiento universal y los procedimientos territoriales tramitados frente al mismo deudor (arts. 56-60 RI). Pero la gran aportación del RI para los grupos de sociedades fue la introducción de un procedimiento específico de coordinación de grupo (arts. 61-77), caracterizado por el nombramiento de un coordinador de grupo (que no podrá ser el administrador concursal de ninguna de las sociedades del grupo), que tiene como principal cometido es la elaboración de un «plan de coordinación» para todo el grupo. Sin embargo, las nuevas soluciones contempladas en el RI no han dado los frutos deseados, al menos hasta la fecha. Los motivos son muy variados. Uno de ellos posiblemente sea que se trata de normas cuya aplicación depende en gran medida de la voluntad de los jueces y administradores de cada uno de los procedimientos, cuyos intereses en muchas ocasiones no coinciden. A ello hay que añadir la necesidad de implementar normas nacionales que permitan articular las soluciones previstas en el RI. Quizás el ejemplo más claro se encuentre en las deficiencias que presenta la normativa de algunos Estados miembros a la hora de regular la cooperación directa entre autoridades judiciales.

hasta la fecha, que establecía un tratamiento común en el ámbito concursal y preconcursal. Como se verá a continuación, algunas de estas reglas inciden de forma directa en el tratamiento de las garantías reales en el marco de una reestructuración internacional, si bien, es necesario tener en cuenta que sólo entrarán en liza, al igual que acontece con el resto de las normas que integran el sistema español de insolvencia internacional, cuando no resulte aplicable el RI, lo que supone, entre otras consecuencias, que las resoluciones dictadas en España en aplicación de dichas reglas no gozaran del régimen privilegiado de reconocimiento que se contempla en el Reglamento y, por tanto, su efectividad en el extranjero se enfrentará a mayores dificultades.

II. EL NUEVO ARTÍCULO 754 TRLC

1. La eliminación de las excepciones al juego de la *lex fori concursus*

El legislador español, análogamente al europeo, cuando diseñó la normativa sobre insolvencia internacional en la Ley 22/2003, partió de un esquema «regla-excepción» a la hora de regular la ley aplicable a las diferentes cuestiones que pueden plantearse en el marco de un procedimiento de insolvencia. La regla general, que tomó como referente el artículo 7 RI se contiene en el art. 722 y apuesta por la aplicación de la Ley española, como ley del Estado de apertura, para regular «los presupuestos y efectos del concurso declarado en España su desarrollo y su conclusión». Por su parte, las excepciones a las que el Texto Refundido somete la aplicación del art. 722 se ubican en los arts. 723-731 y, salvo alguna excepción puntual, cuyo ejemplo paradigmático es, precisamente, el de las garantías reales, son idénticas a las contemplados en el RI.

Tanto el fundamento como el *modus operandi* de las diferentes excepciones es muy diverso. Sin embargo, lo cierto es que, al igual que acontece con las contempladas en el instrumento europeo, todas ellas introducen una serie de variables en el seno del procedimiento (problemas de ajuste entre la ley del Estado de tramitación del procedimiento y el ordenamiento al que dan entrada, prueba del Derecho extranjero, etc.), que pueden complicar sobremanera su tramitación. A ello hay que añadir que, en la medida en que las excepciones a la *lex fori concursus* contempladas en nuestra normativa de fuente interna remiten a ordenamientos de Estados no miembros, cuyo contenido puede ser radicalmente opuesto al de nuestro Derecho y que, pueden seguir anclados en una lógica concursal o de liquidación, incompatible con los objetivos perseguidos por los institutos preconcursales del Libro segundo del TRLC, su entrada en el seno de un procedimiento español podría poner en serio peligro el saneamiento del deudor.

Por este motivo, el legislador español, tras la promulgación de la Ley 16/2022, ha optado ahora por apartarse del RI y ha eliminado a través del nuevo art. 754 TRLC¹³, introducido por la Ley 16/2022, la práctica totalidad de las excepciones a la aplicación de la ley española como ley del Estado de apertura en los procedimientos preconcursales contemplados en el Libro segundo del TRLC, esto es, la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores y la homologación de los planes de reestructuración, regulados, respectivamente, en los capítulos I y II. Aparentemente, el nuevo art. 754, que ha sido objeto de alguna crítica¹⁴, sacrifica los objetivos perseguidos con la introducción de excepciones a ley del Estado de apertura (en teoría, garantizar la aplicación de un ordenamiento que sea previsible para todos los interesados), a fin de evitar la entrada en juego de excepciones a la ley del Estado de apertura que pueden poner en riesgo el éxito de la reestructuración. La única excepción que se mantiene es la contemplada en el art. 726 TRLC para los derechos que recaigan en valores representados mediante anotaciones contables y para las operaciones realizadas en los *sistemas de pagos y de compensación* o en el marco de un *mercado financiero organizado*. *Nuestro pre-legislador ha considerado que resulta necesario a toda costa mantener en estos casos la aplicación, bien de la ley del Estado del registro donde dichos valores estuvieren anotados, en el caso de los primeros, bien a la ley reguladora del sistema o mercado, a fin de no alterar la estabilidad de estas estructuras*^{15,16}.

2. El tratamiento de los derechos reales

Aunque, como ya se ha indicado, nuestro sistema sobre insolvencia internacional tradicionalmente ha replicado la práctica totalidad

¹³ Sobre este precepto, *vid. in extenso*, I. HEREDIA CERVANTES, «Comentario al artículo 754», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, 2023, vol. II, pp. 2049-2055.

¹⁴ *Vid.* las alegaciones del Banco de España al art. 754 de Anteproyecto de Ley.

¹⁵ Con relación a la especial necesidad de garantizar en estos casos la aplicación de la ley del registro de los valores o la ley del sistema o del mercado, en detrimento de la *lex concursus*, *vid.* HEREDIA CERVANTES, THERY MARTÍ, en PEINADO GRACIA, J.A., SAN JUAN Y MUÑOZ, J.E., *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, 2020, vol. IV, pp. 908-910; M. VIRGÓS SORIANO, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 126-130.

¹⁶ El art. 754 TRLC se refiere únicamente a «Los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores y de la homologación del plan de reestructuración reguladas en el Libro segundo de esta ley», lo que deja fuera de este precepto al procedimiento especial para microempresas, que no se contiene en el Libro segundo, sino en el tercero. El motivo seguramente sea que el TRLC otorga al procedimiento especial para microempresas el mismo trato en el ámbito internacional que al concurso de acreedores. En consecuencia, en los (escasos) supuestos en los que pudiera tramitarse en España un procedimiento del Libro tercero con dimensión internacional, permanecerán vigentes la totalidad de excepciones contempladas en los arts. 723-731 TRLC.

de las soluciones contempladas en el RI, en el caso del tratamiento de los derechos reales optó por una solución diferente. De este modo, pese a que, al igual que acontece en el instrumento europeo (art. 7), el tratamiento de los derechos reales y de las reservas de dominio en el marco de un procedimiento de insolvencia queda sometido, con carácter general, a la *lex fori concursus*, en el caso de que el bien sobre el que se constituya el derecho real se ubique fuera de España, el art. 723 TRLC, en lugar de optar por acoger la regla de inmunidad contemplada en el art. 8, se decantó por someter su tratamiento en el seno del procedimiento de insolvencia al ordenamiento del Estado de situación del bien. El TRLC extiende además esta solución a los derechos del vendedor respecto de los bienes vendidos al concursado con reserva de dominio localizados fuera del Estado de tramitación del procedimiento¹⁷. Nuestro sistema de insolvencia internacional de fuente interna no ha optado, por tanto, a diferencia del RI, por sobreproteger al acreedor garantizado o al vendedor con reserva de dominio, sino que se decanta por una «lógica de previsibilidad». De este modo, en la medida en que en la mayor parte de los casos el derecho real o la reserva de dominio se habrán constituido bajo la cobertura del ordenamiento del Estado de situación del bien, nuestro legislador entendió que la mejor forma de proteger las expectativas tanto del deudor como del acreedor es mediante la aplicación de la normativa de ese Estado a la hora de determinar su tratamiento en el marco del procedimiento de insolvencia¹⁸.

No obstante, pese a que, probablemente, la solución acogida por el TRLC establezca un marco mucho más equilibrado que la regla de inmunidad del RI, ya se ha advertido de los riesgos que supone la aplicación de ordenamientos de Estados no miembros en el seno de un procedimiento español para el éxito de la reestructuración del deudor, riesgo que, en el caso de una cuestión de tantísima relevancia para el saneamiento del deudor como es el trato dispensado a las garantías reales, aumenta de forma exponencial. Por este motivo. el nuevo art. 754

¹⁷ Como ya se ha indicado, las soluciones contempladas en la normativa española sobre insolvencia internacional sólo son aplicables en los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del RI. En el caso del art. 723 TRLC ello supone que entrará en juego únicamente cuando los bienes sobre los que se constituye el derecho real se ubiquen en un Estado no miembro de la UE. Téngase en cuentas, asimismo, que, en virtud de los arts. 1 y 2 del Protocolo núm. 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Dinamarca no participa en la adopción del RI, ni está vinculada por él ni obligada a aplicarlo. Dicho de otro modo, a los efectos de determinar el ámbito de aplicación del RI, Dinamarca debe considerarse como Estado no miembro de la UE, por lo que, si el bien sobre el que se constituye el derecho real o la reserva de dominio se ubica en este Estado, se aplicará el art. 723 TRLC y no los arts. 8 o 10 del RI.

¹⁸ Debe tenerse presente que la solución por la que opta el art. 723 es que los derechos reales sobre los bienes localizados fuera del Estado donde se abre el procedimiento concursal, «se regirán exclusivamente» por la ley del Estado de situación. El uso del adverbio exclusivamente excluye por tanto la aplicación, cumulativa o alternativa, de la ley de situación y de la *lex fori concursus*.

TRLC incluye al art. 723 TRLC entre las reglas que no resultan aplicables en marco de una comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o de un plan de reestructuración. En otras palabras, el tratamiento de los derechos reales y de las reservas de dominio en el marco de estos institutos preconcursales queda sometido ahora con carácter exclusivo al ordenamiento español, con independencia de que el bien sobre el cual se constituyan se ubique en España o en el extranjero.

3. Derechos reales y reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia de insolvencia

Las excepciones a la aplicación de la ley española como ley del Estado en el que se tramita el procedimiento de insolvencia cumplen una doble función. De un lado, su *función directa o inmediata* es, evidentemente, la que se acaba de describir: la determinación del Derecho aplicable a determinadas cuestiones que se plantean en los procedimientos de insolvencia tramitados en España. Sin embargo, estas normas cumplen también un *segundo cometido*, en este caso de *carácter indirecto*, que no siempre se entiende correctamente y que consiste en precisar los efectos que un procedimiento de insolvencia extranjero puede tener en nuestro país. Esta segunda función se articula a través del art. 745.1 TRLC. Dicho precepto estipula que las resoluciones extranjeras en materia de insolvencia previamente reconocidas en España producirán en nuestro país los mismos efectos que les confiera la Ley del Estado de apertura del procedimiento, lo que supone que nuestro legislador apuesta por un «modelo de extensión», según el cual, una resolución extranjera ha de tener en España los mismos efectos que en el Estado de origen.

Sin embargo, este «modelo de extensión» no es asumido de una forma absoluta por nuestro legislador. Por el contrario, y coherentemente con la admisión de excepciones a la aplicación de la ley española en los procedimientos de insolvencia abiertos en nuestro país, el propio art. 745.1 TRLC «reserva» la aplicación en sede de reconocimiento de los artículos contemplados en los arts. 723-731, al indicar que las resoluciones extranjeras reconocidas producirán en España los efectos que les atribuya la ley del Estado de apertura del procedimiento, «salvo en los supuestos previstos en el capítulo I del título II de este libro»; esto es, los supuestos incluidos en los arts. 723-731 TRLC. De este modo, para las cuestiones reguladas por estos preceptos, los efectos del procedimiento de insolvencia extranjero reconocido en España serán los que atribuya el ordenamiento nacional al que éstos remitan, con independencia de lo establecido en el ordenamiento que se hubiera aplicado en el procedimiento extranjero¹⁹.

¹⁹ Vid. M. AMORES CONRADI, «Comentario al artículo 223», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, vol. 2, p. 2176; I. HEREDIA CERVAN-

En el caso de los derechos reales y reservas de dominio sobre bienes del deudor ubicados fuera del Estado de tramitación del procedimiento de insolvencia, dado que el art. 723 TRLC somete su tratamiento a la ley del Estado de situación del bien, la consecuencia en sede de reconocimiento es que no se reconocerán en España aquellas resoluciones extranjeras adoptadas en el seno de procedimientos extranjeros que desplieguen efectos sobre derechos reales ubicados en España y en los que no se hubieran respetado las soluciones contempladas en la normativa española sobre insolvencia.

Como se acaba de apuntar, con la salvedad de la contemplada en el art. 726, el nuevo art. 754 PL ha eliminado la totalidad de excepciones a la ley del Estado de apertura a la hora de determinar los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores y de la homologación del plan de reestructuración, incluida la contemplada en el art. 723. Sin embargo, no ha modificado el art. 745.1 TRLC, que sigue refiriéndose con carácter general a «las resoluciones extranjeras», sin excluir las que se hubieran adoptado en el marco de un procedimiento preconcursal extranjero. Ello implicaría que las excepciones contempladas en los arts. 723-731 TRLC seguirán actuando como límite al modelo de extensión de efectos, con independencia de que se trate de procedimientos de naturaleza concursal o preconcursal.

Prima facie, la solución por la que ha optado el TRLC puede parecer contradictoria. Se acaba de indicar que el art. 745.1 pretende reflejar en sede de reconocimiento las excepciones a la ley del Estado de apertura, con el objetivo de asegurar que no se modifique en el seno de un procedimiento extranjero la respuesta que un juez español dispensaría al mismo supuesto. Por tanto, si se ha optado por eliminar en el ámbito pre-concursal la totalidad de excepciones a la *lex fori concursus*, con la excepción de la contemplada en el art. 726 TRLC, lo coherente sería que ello se reflejara en las reglas sobre reconocimiento.

No obstante, hay argumentos de peso para avalar la solución por la que ha optado nuestro legislador. El art. 745.3 es un precepto que resulta aplicable al reconocimiento de resoluciones adoptadas en Estados ajenos a la UE y, una vez más hay que recordar que dichos ordenamientos pueden tener soluciones que choquen con los principios que vertebran el modelo de reestructuración preventiva por el que se ha decantado el legislador europeo y español. El hecho de que se mantengan las excepciones a la ley del Estado de apertura para estos casos permite excluir los efectos del procedimiento extranjero cuando se diera tal situación. Además, contar con una solución única para la totalidad de resoluciones extranjeras con independencia de que se hayan adoptado en el seno de un procedimiento concursal o

pre-concursal evita complejos problemas de calificación. Si se optara por la solución contraria, nuestras autoridades, antes de decidir si reconocen o no los efectos de una resolución extranjera deberían determinar si el procedimiento extranjero en el que se adaptó dicha resolución debe ser calificado como un procedimiento equivalente a nuestro concurso de acreedores o a nuestros institutos pre-concursales. Y lo cierto es que esta operación en ocasiones no resulta sencilla, dado que los límites entre la pre-concursalidad y la concursalidad no siempre están claros²⁰.

²⁰ El TRLC pretende dar un tratamiento unificado en sede de reconocimiento a los procedimientos de insolvencia extranjeros, con independencia de que se trate de procedimientos parangonables a nuestro concurso de acreedores o a nuestros procedimientos preconcursoales. De este modo, el art. 753.2 extiende la normativa sobre reconocimiento de resoluciones extranjeras contemplada en el TRLC a aquellas que se dicten «en el marco de procedimientos de reestructuración preventiva extranjeros, siempre que estos procedimientos sean funcionalmente equivalentes a los regulados en esta ley. Se presumirá que existe equivalencia funcional cuando se trate de procedimientos colectivos, basados en la legislación en materia de insolvencia, y cuyo fin sea la reestructuración del deudor o de su empresa, para garantizar su viabilidad y evitar la insolvencia».

No obstante, el art. 753.2 TRLC emplea una expresión que puede inducir a equívoco (sobre esta cuestión, *vid., in extenso*, I. HEREDIA CERVANTES, «Insolvencia internacional y pre-concursos: tres novedades contempladas en el Proyecto de ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal», *La Ley Unión Europea*, núm. 102, abril 2022, pp. 6-7). El precepto exige a los procedimientos extranjeros que estén *basados en la legislación en materia de insolvencia*, una expresión tomada del art. 2 a) de la Ley Modelo de CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza (la Ley Modelo utiliza el término “ley relativa a la insolvencia), sin duda, uno de los referentes hermenéuticos de mayor entidad a la hora de interpretar nuestra normativa sobre insolvencia internacional y, en particular, las normas sobre reconocimiento de resoluciones extranjeras y coordinación y cooperación entre procedimientos. Pues bien, en contra de lo que podría dar a entender su literalidad, esta expresión no debe entenderse como la exigencia de que el procedimiento extranjero se encuentre formalmente ubicado en la normativa específica sobre insolvencia de ese Estado. Por el contrario, lo que demanda —y la Guía Uniforme para la incorporación de la Ley Modelo de CNUDMI se expresa en términos indiscutibles al respecto— es que el procedimiento extranjero se tramite «en el entorno de la insolvencia» de un determinado sujeto, bien para afrontarla, bien para evitarla, y ello con absoluta independencia de cuál sea el corpus normativo concreto en el que se ubique la norma o normas aplicadas. Si se entendiera lo contrario a lo que se acaba de apuntar y se considerase que lo que demanda esta expresión es que el procedimiento extranjero esté regulado dentro del específico bloque normativo dedicado al Derecho de la insolvencia, ello significaría que procedimientos extranjeros similares podrían recibir un tratamiento diferenciado simplemente porque en un Estado estuvieran integrados en su normativa sobre insolvencia y en el otro, por ejemplo, en la societaria.

En consecuencia, aquellas resoluciones que se dicten en el marco de los nuevos *Restructuring Plans* ingleses, que son considerados como «genuinos» procedimientos de insolvencia por la doctrina y jurisprudencia de ese país, deberían calificarse como «procedimientos basados en la legislación en materia de insolvencia» a los efectos de la presunción contemplada en el artículo 753.2, pese a estar regulados en la *Companies Act* (Part 26 A) y no en la *Insolvency Act*. Y lo mismo sucedería con los celeberrimos *schemes of arrangement*, reconocidos en ordenamientos anglosajones de tanta relevancia económica como, por ejemplo, el Reino Unido, Canadá, Australia o Nueva Zelanda. Los *schemes of arrangement* formalmente se regulan en la normativa societaria, pero pueden ser empleados para lograr la reestructuración de deudores con serias dificultades económicas y en tal caso, también deberían ser considerados «procedimientos basados en la legislación en materia de insolvencia» para el art. 753.2.

III. GRUPOS DE SOCIEDADES Y GARANTÍAS INTRAGRUPO: PROBLEMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La constitución de un grupo societario y, con ello, el desarrollo de la actividad de forma independiente a través de filiales permite compartimentar el riesgo de insolvencia del grupo, en la medida en que las dificultades económicas de una de las sociedades que lo integran no supondrá automáticamente el «contagio» de las demás. El respeto a la separación de patrimonios entre las sociedades implica que los bienes de cada sociedad únicamente responden frente a sus propios acreedores y no frente a los del resto de sociedades del grupo. Sin embargo, la filialización y, con ello, la separación patrimonial en distintas entidades puede dificultar la obtención de financiación en mejores condiciones para todo el grupo, ya que, si el acreedor solo tiene recurso a una sociedad concreta, las condiciones en las que cada sociedad del grupo obtendrá financiación quedarán necesariamente condicionados por su propia capacidad económica y no por la del grupo al que pertenece.

Por este motivo resulta habitual que el grupo intente conseguir financiación como si fuera una sola entidad económica y una de las herramientas más destacadas para lograrlo consiste en ofrecer al acreedor la posibilidad de que la financiación prestada a una de las sociedades del grupo venga acompañada de un elenco de garantías, personales o reales, prestadas por la totalidad o por una gran parte del resto de sociedades que lo conforman. A través de este tipo de garantías (garantías intra-grupo o cruzadas) se otorga a determinados acreedores la posibilidad de ignorar el principio de separación patrimonial y se les concede recurso directo frente a un amplio elenco de sociedades del grupo, pese a no ser las destinatarias directas de la financiación.

No obstante, es fácil apreciar que las ventajas que supone inicialmente la obtención de este tipo de garantías a la hora de obtener financiación, se pueden tornar en un serio inconveniente ante situaciones de crisis empresarial por el «efecto contagio» que la insolvencia del deudor principal puede tener sobre las sociedades garantes, bien porque no puedan hacer frente con sus recursos a la deuda garantizada, bien porque pese a contar con recursos suficientes para afrontar la garantía, se vean abocadas ellas mismas a la insolvencia al no poder devolverles la sociedad garantizada el importe de la deuda.

Nuestro legislador ha sido sensible a este problema y, aunque mantiene como principio general que la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o la aprobación de un plan de reestructuración no impide que, una vez vencida la obligación principal, un acreedor que goce de garantía personal o real de tercero pueda dirigirse contra este para satisfacer su crédito, ha incorporado sendas limitacio-

nes a dicho principio, aprovechando que la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva lo admitía^{21,22}. Por un lado, el art. 596.3 TRLC introduce la posibilidad, a instancias del deudor que ha presentado la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, de extender sus efectos suspensivos a las garantías personales o reales prestadas por terceros que pertenezcan al mismo grupo de sociedades que la deudora principal, en aquellos casos en los que la ejecución de la garantía pueda precipitar la insolvencia de la sociedad garante y del deudor, con la consiguiente frustración de las negociaciones. Por otro lado, el art. 652.2 TRLC permite que los efectos del plan de reestructuración de una sociedad perteneciente a un grupo se puedan extender también, en las condiciones previstas en este, a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo que no se encuentre sometida al plan de reestructuración, en todos aquellos casos en los que la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora.

La cuestión que se plantea es si en estos casos sería necesario que los jueces españoles tuvieran una base de competencia judicial independiente frente a las sociedades respecto de las cuales se quieren invocar los arts. 596.3 y 652.2. En contra de esta interpretación podría argumentarse que, formalmente, estas no son «parte» del procedimiento (no están incluidas en la comunicación, ni están sometidas al plan de reestructuración), por lo que, en puridad, nuestros jueces no asumirían competencia judicial internacional frente a ellas. Ello supondría que no se precisaría que los jueces españoles tuvieran competencia judicial internacional por separado frente a dichas sociedades.

No obstante, también es posible defender la interpretación opuesta, ya que, aunque no se incluyan en la comunicación o no queden sometidas al plan, lo cierto es que a través de la aplicación de estos preceptos un juez español estaría en disposición de dictar una resolución que afectará de forma directa y sustancial a las sociedades extranjeras. De admitir esta segunda interpretación, que es por la que ha apostado el ordenamiento holandés²³, la aplicación de los arts. 596.3 y 652.2 sí exigiría que nuestros órganos jurisdiccionales tuvieran una base inde-

²¹ Vid. Art. 2.1 (4).

²² Con relación a la «liberación de terceros» o «*third party release*» en el ámbito de los grupos multinacionales de sociedades, resultan especialmente interesantes los trabajos de I. Kokorin, «Third-Party Releases in Insolvency of Multinational Enterprise Groups», *Hazelhoff Research Paper Series*, núm. 11, Leiden Law School, 2020 (accesible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3719119#:~:text=Among%20them%20%E2%80%93%20third%2Dparty%20releases,proceedings%20of%20a%20principal%20debtor) y A. THERY y m. VEDER, «The release of third party guarantees in pre-insolvency restructuring plans», en FABERM, D., SCHUIJLING, B. VERMUNT N. (eds.), *Truth and good faith across borders – Liber amicorum professor Dr. S.C.J.J. Kortmann*, Wolters Kluwer 2017.

²³ Artículo 372 (1) (d) WHOA.

pendiente de competencia judicial internacional. Y ante el silencio del legislador, en principio cabría entender que dicha base de competencia sería la misma que se exige para tramitar un procedimiento de insolvencia universal en España esto es, la ubicación del COMI de todas las sociedades, tanto de la deudora, como de las garantes. en nuestro territorio, con lo que la relevancia práctica de los arts. 596.3 y 652.2 TRLC en el ámbito de los grupos multinacionales de sociedades queda tremendamente disminuida.

A la luz de la situación descrita, la cuestión que cabe plantearse es si sería posible recurrir en estos casos al nuevo foro de competencia judicial internacional introducido por la Ley 16/2022 en el art. 755 TRLC²⁴. Y lo cierto es que la cuestión no está clara. El mencionado precepto, que contiene una de las novedades más relevantes introducidas por la Ley 16/2022, permite «extender la competencia» de nuestros tribunales en relación con sociedades filiales cuyo centro de intereses principales se localice fuera de España, si concurren los siguientes requisitos^{25, 26}. El primero es que la competencia de los tribunales españoles «sólo alcanzará a los acreedores contractuales comunes a la sociedad matriz y a las filiales»²⁷. En segundo lugar, se requiere que «la sociedad matriz haya instado la comunicación regulada en el Libro segundo de esta ley o vaya a quedar sometida al plan de reestructuración». Es decir, la matriz deberá ser siempre una de las sociedades frente a las cuales se esté tramitando uno de los dos institutos

²⁴ Vid. I. HEREDIA CERVANTES, «Comentario al artículo 755», en PULGAR EZQUERRA, J, *op. cit.*, pp. 2049-2055.

²⁵ En concreto, según este precepto, «Cuando los Tribunales españoles sean competentes para conocer de los procedimientos que se regulan en el Libro segundo de esta ley en relación con la sociedad matriz de un grupo de sociedades, podrán extender su competencia en relación con sociedades filiales cuyo centro de intereses principales se localice fuera de España [...]».

²⁶ El artículo 755 parte del presupuesto de que la sociedad matriz con COMI en España «haya instado la comunicación regulada en el Libro segundo de esta ley o vaya a quedar sometida al plan de reestructuración». Parece excluirse, por tanto, la posibilidad de aplicar el nuevo precepto cuando la sociedad matriz sea una microempresa y se tramite frente a ella un procedimiento especial del Libro tercero. El TRLC pretende dispensar al procedimiento especial en el ámbito internacional el mismo trato que al concurso de acreedores (*vid.* comentario al art. 753), por lo que esta solución resulta plenamente acorde con esa idea. Pero, además, se comparta o no la decisión de nuestro legislador, lo cierto es que los supuestos en los que un grupo de sociedades pueda acogerse al procedimiento especial parecen muy escasos, a la luz de los requisitos impuestos por el art. 685 TRLC. Y cuando se cumplieran tales requisitos, es muy poco probable que, dado su diminuto tamaño, nos encontremos ante grupos de naturaleza transnacional.

²⁷ El fundamento en el que reposa este requisito es evidente: en estos casos los acreedores han asumido *de facto* al grupo como una unidad económica o, como se ha señalado, «han optado voluntariamente por una suerte de consolidación contractual implícita» [(*vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del Anteproyecto y las novedades en el Libro IV)», *Revista General de Insolvencia & Reestructuraciones*, núm. 3 (extraordinario), pp. 47-84, p. 84], por lo que el reflejo procesal de tal situación, esto es, la centralización de los diversos procedimientos frente a las diferentes sociedades del grupo no debería resultarles una solución imprevisible o arbitraria.

preconcursoales del nuevo Libro segundo del TRLC. En caso contrario, este precepto no podría invocarse. En *tercer lugar*, se requiere que «*la comunicación o la homologación del plan de reestructuración se haya solicitado como reservada en relación con las filiales*». Esto último implica que ni la comunicación ni la resolución sobre la homologación del plan se publicarán en el Registro público concursal (se supone que tampoco se publicará la providencia por la que se admite a trámite la solicitud de homologación). *Finalmente*, se exige que «*la extensión de la competencia sobre las filiales resulte necesaria para garantizar el buen fin de las negociaciones de un plan de reestructuración o la adopción y cumplimiento del plan*»²⁸.

El hecho de que el nuevo art. 755 condicione su juego al requisito de que la comunicación o la homologación del plan de reestructuración se hayan solicitado como reservadas con relación a las filiales tiene una gran relevancia, ya que deja fuera del RI a los efectos que el procedimiento preconcursal español pudiera tener sobre estas. El motivo es que dicho instrumento excluye de su ámbito de aplicación los procedimientos nacionales que no tengan carácter público (art. 1.1 y Considerando 13 RI), es decir, aquellos en los que la apertura del procedimiento no quede sometida a algún tipo de publicidad²⁹. Y es esta circunstancia la que permite que el art. 755 pueda gozar en el futuro de una destacada relevancia práctica y pueda ser aplicado, no solo frente a filiales con el COMI en terceros Estados, sino también, frente a filiales cuyo COMI se ubique en un Estado miembro. Téngase en cuenta que, si el COMI de la matriz estuviera en España y el de las sociedades afectadas por el concurso se localizara en otro Estado miembro, en la medida en que España incluirá en el Anexo A del RI los nuevos procedimientos contemplados en el Libro segundo del TRLC³⁰, dichos procedimientos quedarán sometidos al RI y, por tanto, la CJI de

²⁸ Por otro lado, aunque no se indique expresamente, la aplicación del nuevo art.º 755 solo debe ser posible cuando los jueces españoles sean competentes para tramitar un procedimiento de naturaleza universal frente a la matriz del grupo, es decir, cuando el COMI de la matriz esté en España. Ello supone que no podrá invocarse cuando la matriz simplemente posea un establecimiento en nuestro país y, consecuentemente con ello, nuestras autoridades únicamente podrían tramitar frente a ella un procedimiento de naturaleza territorial. Desde el momento en que es la asunción de competencia sobre la matriz lo que justifica que nuestras autoridades puedan tramitar la insolvencia de filiales con el COMI localizado en el extranjero, parece evidente que será necesario que dicha asunción de competencia no pueda basarse en un criterio de conexión tan débil como la mera existencia de un establecimiento en España. Por otro lado, si la competencia de los jueces españoles se basara en este criterio, ello significaría que el procedimiento tramitado frente a la matriz únicamente podría tener naturaleza territorial y sólo se podrían incluir en él los bienes del deudor ubicados en España, algo que choca frontalmente con la finalidad del precepto que es la de ofrecer un único foro de competencia que permita lograr la reestructuración de todo o, al menos parte del grupo.

²⁹ Considerando 12 del RI.

³⁰ Sobre la inclusión de los nuevos procedimientos contemplados en el TRLC en el Anexo A del RI, *vid.*, I. HEREDIA CERVANTES, «Novedades en materia de insolvencia internacional en

los jueces españoles debería determinarse de acuerdo con sus normas. Y como ya se ha indicado, el RI sólo permitiría tramitar el precurso de las filiales en España si su COMI también estuviera en nuestro país³¹.

Pues bien, una vez descrito el nuevo foro de competencia contemplado en el art. 755, la posibilidad de recurrir a él en los supuestos de «*third party release*» incluidos en los arts. 596.3 y 652.2 suscita muchas dudas, ya que la lectura del apartado segundo del art. 755 parece dar a entender que la aplicación de este precepto se somete al requisito de que las filiales con el COMI fuera de España estén incluidas en la comunicación o queden sometidas al plan de reestructuración. En concreto, el apartado 2.º del precepto indica que «la comunicación o la homologación del plan de reestructuración *se hayan solicitado como reservada en relación con las filiales*». Sin embargo, los arts. 596.3 y 652.2 TRLC parten, precisamente, del presupuesto contrario, esto es: que las sociedades del grupo que actúen como garantes no estén incluidas en la comunicación de apertura de negociaciones ni estén sometidas al plan de reestructuración, por lo que la posibilidad de recurrir al art. 755 parecería quedar descartada. Si ello fuera así, lo cierto es que el juego de los arts. 596.3 y 652.2 en el ámbito internacional se vería sustancialmente limitado.

IV. CONCLUSIONES

Las recientes reformas introducidas por la Ley 16/2022 en la normativa sobre insolvencia internacional del Texto Refundido de la Ley Concursal tienen como finalidad adaptar sus soluciones a las particularidades y exigencias de los nuevos institutos concursales de reestructuración contemplados en su Libro segundo. Una de las de mayor calado, introducida por el art. 754, seguramente sea la inaplicación del art. 723 TRLC en el ámbito preconcursal y, por tanto, la aplicación de la ley española al tratamiento de las garantías reales y reservas de dominio sobre bienes del deudor en el marco de un proceso de reestructuración español, con independencia de que estos se ubiquen dentro

el Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal», *Revista General de insolvencias y reestructuraciones*, 5 (2022), pp. 187-217, pp. 189-193.

³¹ Sin embargo, en contrapartida, al quedar excluidos los procedimientos reservados del RI, ello significa también que no podrán beneficiarse de su normativa sobre reconocimiento de resoluciones judiciales. Por el contrario, los efectos de la comunicación o de la homologación del plan de reestructuración serán reconocidos en el resto de los Estados miembros de acuerdo con su normativa interna que, posiblemente, será más restrictiva que la contemplada en el instrumento europeo y que podría oponerse al reconocimiento de los efectos frente a sociedades no españolas, al no tener estas su COMI en España. El legislador español, igual que otros legisladores europeos, va a optar por dotarse de una herramienta que opera en paralelo al RI y los operadores deberán tener en cuenta las circunstancias que se acaban de apuntar a la hora de valorar si optan o no por ella.

o fuera de nuestro país. No obstante, el legislador español mantiene el juego del art. 723 en sede de reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras.

Asimismo, la Ley 16/2022 ha incorporado un nuevo foro de competencia judicial internacional especialmente útil para la reestructuración de grupos societarios, que permite tramitar en España una comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o un plan de reestructuración frente a filiales que no tengan su COMI en España. Este nuevo foro, al margen de la ubicación del COMI de la matriz en España, exige, entre otros requisitos, que la comunicación o la homologación del plan frente a las filiales tenga carácter reservado. Se persigue con ello «escapar» del ámbito de aplicación del RI, que únicamente permite la tramitación en un mismo Estado de diferentes sociedades de un grupo cuando todas ellas tengan en él su COMI. Es dudoso, no obstante, que este nuevo foro pueda ser utilizado para invocar las modalidades de «*third party release*» introducidas por los arts. 596.3 y 652.2 TRLC.

LA APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019, DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, A LAS GARANTÍAS HIPOTECARIAS EN ESPAÑA SUJETAS A PRÉSTAMOS EXTRANJEROS

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI*

Universidad del País Vasco- Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE GARANTIA HIPOTECARIA INTERNACIONALES: ¿CUÁNDO SE APLICA LA LCCI?: 1. La sumisión a la LCCI en el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual de las partes; 2. Normas imperativas de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: 2.1. *Aplicación de la Ley reguladora del crédito inmobiliario a los aspectos contractuales de financiación*; 2.2. *La aplicación de la Ley de créditos inmobiliarios a los aspectos jurídico reales*; III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 5/2009, de 15 de marzo, reguladora de crédito inmobiliario (LCCI)¹, se ocupa de la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento y del Consejo de 4 febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial², conocida como la Directiva sobre «préstamos hipotecarios». La Directiva se dirige a establecer un régimen específico de

* Profesora e Investigadora Ramón y Cajal de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

¹ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, *BOE* núm. 65 de 16 marzo de 2019.

² Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso

protección de las personas consumidoras que tengan condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipotecas sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea la adquisición de inmuebles de carácter residencial. Su objetivo es garantizar que todos los consumidores, que obtienen un préstamo para comprar un inmueble, reciben la información suficiente y quedan protegidos contra los posibles riesgos vinculados a este tipo de operaciones.

La LCCI instaura una serie de mecanismos de información y control de la formación de la voluntad contractual dirigidos, precisamente, a lograr un régimen más claro y protector basado en la transparencia. Sin embargo, a pesar de la enorme demanda internacional de bienes inmuebles en España, no establece en qué medida deberá aplicarse a aquellas operaciones de hipotecas de ciudadanos residentes en otros países que se puedan constituir sobre bienes inmuebles sitos en España, en favor de entidades de crédito extranjeras o de «prestamistas inmobiliarios extranjeros», tal y como los denomina la LCCI.

Según la Exposición de Motivos de la LCCI, la regulación de los contratos de crédito inmobiliario en nuestro país va más allá de la obligación de trasponer la Directiva europea y se erige en motor de estabilidad económica y en instrumento de cohesión social. Mediante su ordenación se incentiva el acceso a la propiedad como algo inherente a la libertad y al ejercicio de responsabilidad de los ciudadanos, en tanto la generación de crédito redunda en el crecimiento de la economía del país. Teniendo en cuenta la relevancia de la norma para la estabilidad del sistema financiero estatal, la cuestión es si se deben extender su aplicación a las entidades de crédito extranjeras cuando afecten a bienes inmuebles situados en España.

La Directiva europea, por su parte, busca un comportamiento más responsable en la concesión y contratación de préstamos hipotecarios y reconoce una relación asimétrica entre el prestamista y el prestatario cuyo equilibrio exige una mayor responsabilidad al prestamista, a la vez, que instaura un régimen específico de protección del prestatario en calidad de consumidor (persona física que no actúan en el ámbito de su actividad profesional). Con ello se consolida cierta armonización europea de las obligaciones de los prestamistas inmobiliarios con independencia de dónde se sitúe el bien inmueble.

Bajo estas premisas, en este trabajo analizaremos la potencial aplicación de la LCCI a las operaciones de créditos hipotecarios concedidas por entidades de crédito extranjeras sobre bienes inmuebles situados en España, con el objetivo de establecer si se extiende a las operaciones

residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010, DOUE núm. 60 de 28 de febrero de 2014.

de financiación extranjeras. Para ello, abordaremos en primer lugar la aplicabilidad de la LCCI en virtud de las normas de conflicto en contratos de financiación con elementos de extranjería y, en segundo lugar, la oportunidad de que la norma española se constituya en norma imperativa aplicable a los contratos de préstamo con garantía inmobiliaria sobre bienes sitos en España, con independencia de la ley aplicable.

II. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE GARANTÍA HIPOTECARIA INTERNACIONALES: ¿CUÁNDO SE APLICA LA LEY REGULADORA DE CRÉDITOS ESPAÑOLA?

La LCCI se aplicará a aquellos préstamos concedidos por personas físicas o jurídicas que intervienen en el mercado financiero con carácter profesional³ en los que el prestatario, el fiador o el garante sea una persona física y consumidor, y siempre que el contrato tenga por objeto la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial o la concesión de un préstamo (con o sin garantía real) para adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles, contruidos o por construir.

Las dudas surgen cuando tratamos de averiguar si dentro de su ámbito de aplicación subjetivo se integra a las entidades financieras que otorguen préstamos con dichas características pero que estén situadas en el extranjero («prestamistas inmobiliarios extranjeros»), a prestatarios extranjeros, ya sean residentes, residentes temporales o no residentes en España.

A pesar de la falta de precisión de la norma a este respecto, se considera una pregunta de especial importancia que plantea numerosas cuestiones a los operadores jurídicos, especialmente a notarios y registradores, como consecuencia de la enorme demanda internacional de bienes inmuebles existente en el mercado inmobiliario español.

Para despejar esta incógnita deberemos analizar cuándo se aplica la LCCI a los contratos de financiación con un elemento de extranjería y, para ello, acudiremos al análisis de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, proyectando sobre este tipo de contratos las normas de conflicto internacional del ordenamiento español.

³ Art. 2.1. LCCI, «Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora».

1. La sumisión a la Ley de contratos de créditos inmobiliarios en el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual de las partes

La ley aplicable a los contratos con un elemento de internacionalidad se determinará a través del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales⁴ (Reglamento Roma I). Como sabemos el Reglamento Roma I instituye la autonomía de la voluntad de las partes en calidad de criterio principal (arts. 3 y 4) y, conforme a ello, la prevalencia de la ley elegida por las partes mediante contrato, a salvo de las excepciones fijadas por la norma. Esta elección deberá manifestarse de manera expresa o resultar inequívoca de los términos del contrato o las circunstancias de cada supuesto, pudiendo elegir aplicarse a todo o parte del contrato.

En los supuestos en los que interviene una entidad de crédito extranjera, que financia a nacionales no residentes —o con residencia estacional— en España, la determinación de la ley aplicable es más compleja así que, ante un posible solapamiento de normas potencialmente aplicables, se recomienda realizar una *professio iuris* clara para evitar problemas en la determinación de la ley aplicable y otorgar una mayor seguridad jurídica a las partes y mayor transparencia a la operación. Ahora bien, al hablar de autonomía de la voluntad en este tipo de contratos deberemos establecer ciertas limitaciones inherentes a su singular naturaleza que pueden interferir en dicha elección y comportar la aplicación de la LCCI, a pesar de que no se haya elegido como ley aplicable o, por el contrario, su no aplicación, aunque esa haya sido la voluntad de las partes estipulada mediante contrato.

Los contratos de crédito que tienen por objeto un derecho real inmobiliario poseen una naturaleza híbrida que nos lleva a delimitar la autonomía de la voluntad de las partes en un doble sentido. En primer lugar, en tanto se trata de contratos de financiación y se enmarcan dentro de los contratos de consumidores y, en segundo lugar, como consecuencia de su objeto, puesto que de ellos emana un derecho real de garantía.

Sabemos que conforme al art. 6.2 de Roma I la ley aplicable al contrato de financiación determinada por las partes «no podrá acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que a falta de elección habría sido aplicable», con ello, se salvaguardan las normas mínimas de protección del consumidor del

⁴ Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, Parlamento Europeo, ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DOL núm. 177 de 4 de julio.

lugar de su residencia. Por su parte, la ley aplicable a los contratos de consumo, conforme al art. 6.1 es la de la residencia habitual del consumidor, así que cuando el consumidor tenga su residencia en España (aunque sea de manera temporal) y se haya realizado *professio iuris* a favor de una ley extranjera, deberíamos esclarecer qué aspectos de la LCCI pueden considerarse en este sentido normas imperativas de protección del consumidor y, por tanto, quedan fuera del alcance de la potestad dispositiva de las partes, tal y como exige el art 6.2. RRI. De igual manera, cuando la ley elegida sea la española, pero la residencia habitual del consumidor esté en otro país, se tendrá que tener en cuenta la existencia de normas imperativas en la materia de ese país.

La doble naturaleza de este tipo de contratos nos obliga a matizar un poco más la determinación de la ley aplicable teniendo en cuenta el objeto del contrato. Así, aunque estemos ante un contrato de consumo, el Reglamento excepciona la delimitación de la ley aplicable conforme a los arts. 6.1. y 6.2 del Reglamento Roma para señalar la ley aplicable a un derecho real inmobiliario. A tenor del artículo 6.4. RRI, «los apartados 1 y 2 no se aplicarán a c) los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble [...]» y, como consecuencia, la constitución del derecho real inmobiliario (la propia garantía) se debe excluir de la ley señalada, ya sea en función de la sumisión de las partes, ya sea por la ley aplicable señalada en defecto de elección.

Resultado de lo anterior podemos establecer que la Ley aplicable a la parte del contrato de crédito que corresponde a la constitución del derecho real se determinará, de acuerdo con el art. 4.c. RRI, y con independencia de la ley elegida por las partes, por la ley del país donde se sitúe el bien inmueble. En el caso analizado nos referimos a contratos de crédito cuyo objeto es una hipoteca sobre un bien inmueble situado en España, lo que nos compele a tener que delimitar de nuevo qué medidas de la LCCI afectan a la constitución del derecho real inmobiliario, aunque provenga de un contrato realizado en el extranjero y, por tanto, son de aplicación imperativa en cuanto que el bien inmueble dado en garantía se encuentra en nuestro país.

En definitiva, los contratos de financiación inmobiliaria pueden sujetarse a la ley elegida por las partes siempre que dicha determinación sea clara o inequívoca, pero en esa elección no podrá excluirse la aplicación de aquellos aspectos que se consideren imperativos de la ley de la residencia habitual del consumidor, ni tampoco las normas imperativas de la ley del país donde se encuentre ubicado el bien inmueble, por tratarse de un derecho real que constituye una hipoteca.

2. Normas imperativas de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

2.1. Aplicación de la Ley reguladora del crédito inmobiliario a los aspectos contractuales de financiación

La LCCI en su art. 3 se refiere al carácter imperativo de sus disposiciones y de las normas que las desarrollan que quedan excluidas expresamente de la libre disposición de las partes. Se trata de un principio que, sin duda, será vinculante en el supuesto de contratos de financiación de carácter interno, pero ¿puede extenderse a la operación de financiación concedida en otros países?

A la hora de establecer la aplicación imperativa de la LCCI hemos visto que vamos a diferenciar los aspectos ligados al contrato de financiación en calidad de contrato de consumo y, por tanto, dirigidos a garantizar la protección del consumidor, de aquellos que se refieren al aspecto procesal o procedimental de la constitución y de la ejecución de la garantía hipotecaria, en tanto derecho real.

Lo primero que debemos traer a colación, conforme al epígrafe anterior, es que la LCCI se aplicará a los aspectos contractuales en aquellos supuestos en los que el prestatario o consumidor tenga su residencia habitual en España, en calidad de norma imperativa en los aspectos que se refiera a la protección de consumidor (art. 6.2. RRI) o cuando se haya elegido como ley aplicable en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes (arts. 3 y 4 RRI), de modo que, cuando el contrato de financiación se haya realizado en otro Estado y haya sido sometido a una ley extranjera, la aplicación imperativa de la LCCI solo puede dirigirse a cubrir las normas mínimas de protección del consumidor.

En este sentido, también debemos señalar, que si la ley aplicable es extranjera pero pertenece a un país que ha transpuesto la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, la LCCI no resultará de aplicación con carácter general puesto que la norma europea establece un régimen específico de protección de los consumidores con condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos de crédito o créditos garantizados sobre bienes inmuebles que prevalece. Sin embargo, si la normativa del país al que se somete la operación de financiación no estuviera adaptada a mentada Directiva, los prestatarios si deberán ser protegidos con la aplicación de la LCCI.

A este respecto, entre las obligaciones contempladas en la LCCI y que debemos tener en cuenta, puesto que podrían llegar a ser aplicables a los contratos de financiación extranjeros, resaltamos tres: la obligación de inscripción en el Registro de prestamistas inmobiliarios

(art. 42 LCCI), las obligaciones de depósito de las condiciones generales utilizadas por el prestamista (art. 7 LCCI) y las obligaciones de transparencia, información y protección del prestatario.

El art. 42 de la LCCI insta a la obligación de los prestamistas de inscribirse en el Registro regulado por el Banco de España para poder desarrollar, total o parcialmente sus actividades. La norma se dirige a aquellas personas físicas o jurídicas que realicen la actividad de la concesión o gestión de préstamos de manera profesional. De acuerdo con el art. 2.1. *fine* se entenderá que la actividad de la concesión de préstamos se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista intervenga en un mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, de forma ocasional con una finalidad exclusivamente inversora.

Sin embargo, en el caso de las entidades financieras extranjeras se excepciona este requisito y no será necesario que estén inscritas en su dicho registro los establecimientos de crédito extranjeros o con una sucursal en España de una entidad de crédito que opera o ha operado en España.

En segundo lugar, el art. 7 de la LCCI establece la obligación a los prestamistas de inscribir las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan carácter de condiciones generales de la contratación en el Registro de Condiciones generales de la Contratación, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación⁵. Además, tales condiciones generales de la contratación deberán ser accesibles y estar disponibles en la página web del prestamista.

En el supuesto de que el contrato de crédito este sometido a una ley extranjera consideramos que este requisito carece de sentido y que deberá, en todo caso, cumplir los requerimientos derivados de la legislación aplicable. De hecho, el propio art. 3 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación limita su aplicación a los contratos sometidos a la legislación española, salvo que «el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en este su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales». A pesar de ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en sentido contrario y, en la «Instrucción sobre la actuación notarial y registral ante ciertas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario»⁶, insta a que el notario sea español o extranjero deberá «comprobar obligatoriamente si la escri-

⁵ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, *BOE* núm. 89, del 14.4.98.

⁶ *BOE* núm. 313, de 30 de diciembre de 2019.

tura contiene condiciones generales de la contratación y que han sido depositadas en el Registro español».

Por último, nos referiremos a las obligaciones de transparencia, información y protección del prestatario. De conformidad con los arts. 10 y 14 LCCI, el prestamista, con anterioridad al otorgamiento de la escritura de hipoteca, deberá proporcionar al prestatario un conjunto de documentos dirigidos a dotar de transparencia a la operación.

En primer lugar, y con una antelación mínima de diez días naturales antes de firmar, deberá entregar la «Ficha Europea de información normalizada», conforme al Anexo I de la LCCI. El modelo a rellenar ha sido armonizado por la Directiva 2014/17/UE. También deberá rellenar la «Ficha de Advertencias Estandarizadas» con los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés; la existencia de límites mínimos de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés; la posibilidad de vencimiento anticipado como consecuencia del impago; la distribución de los gastos asociados a la concesión del crédito. Y, por último, aportará un Proyecto de hipoteca en el que se establezca la fecha de vencimiento, la forma de devolución del capital del préstamo, la información relativa al vencimiento anticipado y el desglose de los gastos.

Todos estos documentos deberán enviarse al notario de elección del prestatario por medios telemáticos y seguros, para su control, y posterior comparecencia del prestatario, que deberá de ser informado y asesorado

La cuestión es si también deben cumplir con esas obligaciones en el caso de los contratos de financiación emitidos en el extranjero y sometidos a Leyes de Estados en los que se aplica la Directiva europea. La respuesta nos ayudará a determinar la imperatividad de la norma en estas cuestiones. De acuerdo con esta trasposición, en principio, deberemos presuponer que el Estado de origen ha cumplido con el control notarial (y registral) vinculado a la obligación de transparencia material exigible sobre el contrato de financiación en ese Estado, de modo que entendemos que, en este caso, el control de los notarios debería reducirse a verificar que así se ha hecho de conformidad con la ley a la que se somete el contrato, siendo innecesario y superfluo realizar uno nuevo conforme a la LCCI.

De la misma manera, no nos parece que tenga sentido que el test de la comprensión, previsto en la LCCI, se le realice a los ciudadanos no residentes en España, en la medida en que se habrá realizado en el Estado de origen.

2.2. *La aplicación de la Ley de contratos de créditos inmobiliarios a los aspectos jurídicos reales*

Independientemente de que la ley aplicable al contrato de garantía no sea la ley española, cuando el bien inmueble objeto de la garantía hipotecaria se encuentre sito en España se aplicarán las disposiciones de la LCCI relacionadas con los aspectos procesales y procedimentales de la constitución y ejecución de la garantía hipotecaria que, su vez, no serán disponibles por las partes. La *lex rei sitae* se aplicará al modo de constitución y adquisición del derecho real, al momento de la constitución, al contenido del derecho real y a su publicidad.

Por tanto, la constitución de la hipoteca (y su inscripción) deberá cumplir las disposiciones de la LCCI aun cuando el préstamo haya sido concedido en otro país, la entidad financiera no opere en España y este sujeto a una legislación distinta a la española. En este sentido, el contenido de la LCCI relativo a la formalización, publicidad y ejecución de la garantía tendrá carácter imperativo, y se aplicará a cualquier contrato de financiación si el inmueble gravado se encuentra situado en España.

El punto de partida al hablar de los aspectos formales lo hallamos en la obligación de acta notarial previa incluido en la LCCI. Una vez que el notario ha comprobado los requisitos materiales de transparencia e información otorgará un acta notarial gratuita que, de acuerdo con el art. 22.2 de la LCCI se erige en requisito necesario para realizar la posterior escritura pública ya sea por notarios o por registradores de la propiedad. Este requisito, aunque podría calificarse como condición vinculada a la formalización de la hipoteca, entendemos que solo será exigible a los contratos regulados por la LCCI.

Sin embargo, la Dirección General de Registros y del Notariado en la Instrucción anteriormente citada considera que al acta notarial es un «requisito de carácter sustancial» e «imperativo» y que debe ser autorizada por el mismo notario que realice la escritura pública, en cuanto se encuentra ligada al derecho de garantía y, por tanto, a su inscripción en el Registro de Propiedad competente.

Por su parte, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional⁷ en su art. 56 se refiere a la forma documental de los títulos públicos otorgados en el extranjero, que deberán tener al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos por autoridades españolas. Así, resulta ineludible la obligación de escritura pública acorde con el art. 3 de la Ley hipotecaria⁸ y en consonancia con el art. 22 de la LCCI, que esta-

⁷ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, *BOE* núm. 182 de 31 de julio de 2015.

⁸ Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, *BOE* núm. 58, 27 de febrero de 1946.

blece que, cuando los préstamos regulados por la LCCI se garanticen mediante una hipoteca constituida sobre un bien inmueble situado en España deberá formalizarse en escritura pública. La inscripción de la hipoteca mediante escritura pública en el Registro de propiedad también garantiza que se dota de publicidad suficiente al gravamen y, es sin duda, un requisito necesario.

Por último, haremos alusión a la imperatividad de la norma en lo que a los aspectos requeridos para la ejecución de la garantía se refiere, cuando se trate de contratos de financiación realizados por entidades extranjeras a ciudadanos no residentes en España.

En la LCCI, ligadas a la ejecución de la garantía, destacamos tres especificidades relativas al vencimiento anticipado del préstamo (art. 24 LCCI), a la ejecución y exigibilidad de intereses de demora (art. 25 LCCI) y a la necesaria tasación de inmuebles por una entidad de tasación oficial española (art. 13 LCCI).

El art. 24 de la LCCI, en consonancia con el art. 129 bis de la Ley hipotecaria, establece que, en este tipo de contratos de préstamo que están garantizados mediante hipoteca u otra garantía real sobre un bien inmueble, cuando el prestatario, fiador o garante sea persona física y se encuentre en mora del pago de una parte del capital o de los intereses, perderá el derecho al plazo produciéndose el vencimiento anticipado cuando la cuantía de las cuotas vencidas equivalgan, «al menos», al 3 por 100 de la cuantía del capital concedido, si la mora se produce dentro de la primera mitad de duración del préstamo⁹; o al 7 por 100 de la cuantía del capital concedido si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de duración del préstamo¹⁰.

Son normas de protección del prestatario que, tal y como establece la propia LCCI, quedan excluidas de la potestad dispositiva de las partes y no se admitirá pacto en contrario. Por un lado, están claramente vinculadas al aspecto procesal de la ejecución de la garantía en caso de impago, ya que determinan a partir de qué momento podrá exigirse la deuda por producirse el vencimiento anticipado y, por otro, afectan a la protección del prestatario en su condición de consumidor. La Directiva europea no establece nada sobre el vencimiento anticipado, pero, en tanto afecta al contrato en sus dos vertientes, creemos que deberán ser respetadas por los préstamos extranjeros.

Lo mismo sucede con el importe de los intereses de demora devengados que, también, están vinculados al procedimiento de la ejecución

⁹ Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

¹⁰ Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

de la garantía en caso de impago. En los contratos de préstamo sujetos a la LCCI el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquél resulte exigible (art. 25 LCCI), además, no podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá capitalizarse. La cuestión es si estos intereses pueden considerarse imperativos en los contratos de préstamo extranjeros que no estén sometidos a la norma española. La Directiva 2014/17/UE tampoco dice nada sobre los intereses de demora, y en su art. 28. 3 permite a los Estados miembros autorizar a los prestamistas a imponer cargos adicionales al consumidor en caso de impago, dejando es sus manos la determinación del valor de tales recargos, lo que incrementa las dudas sobre esta cuestión.

Para terminar, haremos referencia a la obligada tasación del inmueble que deberá realizarse, de acuerdo con al art. 13 de la LCCI. La LCCI exige que se efectúe una tasación ECO del inmueble adecuada a la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras¹¹ y, dicha tasación, proceder de una empresa de tasación oficial del país donde esté ubicado el bien inmueble. La cuestión es si puede considerar tal requisito como una obligación vinculada al otorgamiento y constitución de la hipoteca que deben cumplir inexorablemente los préstamos extranjeros.

La Directiva europea alude a los requisitos de la tasación de bienes inmuebles objeto de garantía en su art. 19. A su tenor, el valor del inmueble debe estipularse conforme a una tasación fiable, pero no determina que dicha tasación deba proceder de una empresa de tasación oficial del lugar donde se ubica el bien inmueble. La norma europea compele a los Estados miembros a garantizar normas de tasación acordes a los criterios establecidos por el «Comité Internacional de Normas de valoración, el Grupo de Asociaciones de tasadores o la *Royal Institution of Chartered Surveyors*». De modo que no podemos decir que se deba realizar una tasación conforme a la norma española y que proceda de una entidad española, ahora bien, en la medida que la Directiva exige a los Estados que garanticen la utilización de normas fiables, los prestamistas extranjeros deberán acreditar que la tasación ha sido realizada siguiendo los estándares establecidos.

La Dirección General de Registros y del Notariado en la Instrucción de 20 de diciembre de 2019 mentada con anterioridad también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la imperatividad de las disposiciones de la LCCI en lo que concierne al derecho real. La Dirección General ha considerado que trasciende del contrato y se incluye en el

¹¹ Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, *BOE* núm. 85 de 9 abril de 2003.

derecho real «el efectivo cumplimiento de la normativa imperativa de la Ley de Contratos de Crédito inmobiliario en lo relativo a las cláusulas multidivisas, cláusulas suelo, régimen de reembolso anticipado, validez y límites de las cláusulas de vencimiento anticipado, intereses de demora y consecuentemente el contenido y alcance del contrato y del acta de información».

III. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha analizado en qué medida resulta aplicable la LCCI a las operaciones de hipoteca de ciudadanos residentes en otros países que puedan constituirse sobre bienes inmuebles sitos en España en garantía de «facilidades de financiación» concedidas por entidades extranjeras.

La LCCI establece un régimen de protección de las personas consumidoras que tengan condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipotecas, que busca dotar de mayor transparencia a través de unos mecanismos de control de la formación de la voluntad contractual de las partes. Sin embargo, a pesar del enorme protagonismo del mercado inmobiliario español en el extranjero no se aborda qué parte de la ley será aplicable a la constitución de la hipoteca por parte de ciudadanos extranjeros no residentes (o al menos durante todo el año) constituida sobre un bien inmueble sito en España.

A lo largo del trabajo hemos visto que los contratos de financiación pueden sujetarse a la ley elegida por las partes siempre que dicha determinación sea clara, pero, al mismo tiempo, que no pueden excluirse del contrato aquellos aspectos que se consideren imperativos por la ley de la residencia habitual del consumidor, ni tampoco pueden excluirse las normas imperativas del país de ubicación del inmueble gravado en cuanto se erige en derecho real que constituye la hipoteca.

En función de ello, hemos intentado delimitar las materias o aspectos de la LCCI que resultan imperativos, tanto desde el punto de vista del contrato de financiación en calidad de norma de protección del consumidor, como en el lado de la garantía sobre el inmueble gravado y situado en España. Como hemos podido observar, en algunos casos, no resulta fácil discernir qué partes de la LCCI resultan de aplicación necesaria sin duplicar requisitos y complicar la labor de los operadores e incrementar la inseguridad jurídica de las partes, en claro perjuicio de la transparencia y seguridad buscada por la norma.

La conclusión general es que LCCI será aplicable únicamente a los aspectos jurídico reales del préstamo de hipoteca vinculados al aspecto procesal o procedimental de la constitución y ejecución de la garantía

en cuanto a derecho real, pero no a los aspectos contractuales que quedan al albur de la autonomía de la voluntad de las partes, salvo que el prestatario/consumidor resida en España, en cuyo caso se convertirán en normas mínimas de protección del consumidor; pero no queda suficientemente claro qué disposiciones gozan de ese carácter.

LOS DERECHOS REALES EN LOS DERECHOS CIVILES COEXISTENTES EN ESPAÑA

Ángel SERRANO DE NICOLÁS*
Notario de Barcelona

SUMARIO: I. BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS REALES EN ESPAÑA.— II. REGLAS BÁSICAS EN MATERIA DE DERECHOS REALES APLICABLES A TODOS NUESTROS DERECHOS CIVILES.— III. USUCAPIÓN Y DERELICCIÓN COMO MODOS DE ADQUIRIR Y EXTINGUIR LOS DERECHOS REALES.— IV. DERECHO PATRIMONIAL: DERECHOS DE CRÉDITO VS. DERECHOS REALES Y SU FUNCIÓN SOCIAL.— V. FOMENTO DE LA PROPIEDAD INDIVIDUAL: CIERRE DE FINCAS *VS.* COMUNIDAD GERMÁNICA Y RELACIONES DE VECINDAD.— VI. DERECHOS REALES LIMITADOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE, DE ORIGEN LEGAL.— VII. DERECHOS REALES LIMITADOS DE GARANTÍA.— VIII. CONCLUSIONES.

I. BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS REALES EN ESPAÑA

Los derechos reales, Derecho de bienes (nombre unánimemente utilizado por la doctrina francesa), o Derecho de cosas son tres de las denominaciones con las que se suele referir la doctrina a un mismo ámbito de estudio¹, y en los códigos civiles o legislación civil auto-

* Profesor Asociado Dr. de Derecho civil Universitat Pompeu Fabra. Estudio realizado en el marco del proyecto de I+D+i «Régimen de los derechos reales sobre bienes corporales en el Derecho internacional privado europeo: cuestiones de competencia judicial internacional y de derecho aplicable», Ref. PID2020-112609GB-I0.

¹ Basta ver cualquier manual al uso (tanto nacional como foráneo) o la obra de Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre el derecho de cosas*, Madrid, Montecorvo, 1973.

nómica a una regulación que aunque no atinente a idénticas figuras o instituciones sí destinada a regular una misma materia (íntegramente, o, por razones competenciales, con mayor o menor amplitud), unido a que es notorio que constituye la parte del Derecho civil que ha sufrido menos transformaciones, incluso en el Derecho civil foráneo también encuentra dificultades de modificación, basta ver el limitado resultado belga², o la imposibilidad de modificarlos en Francia³, consecuencia de que dejando al margen los derechos reales de garantía (sobre todo en las garantías personales, en que se observa cierta influencia anglosajona, tal que en las cartas de patrocinio), puede decirse que desde la codificación francesa⁴, y aún podría irse más atrás —tanto en los derechos reales limitados como en las categorías básicas— para observar que lo estructural ya estaba en la misma regulación del Derecho romano clásico, y por su falta de regulación de algunas instituciones concretas lleva a arduas discusiones en la naturaleza de la medianería (pues el Derecho romano solo conocía la servidumbre de apoyo)⁵. En suma, los derechos reales, con más o menos explícita regulación, o, en su defecto, por convención o acto dispositivo unilateral, en la práctica son los mismos y las diferencias no sustanciales⁶, aunque cada caso concreto sí pueda tener su relevancia diaria.

² La reciente reforma belga que entró en vigor el 1 de septiembre de 2021, y en donde cabe destacar la amplia regulación del derecho de superficie, solo mencionado en el CC español, cfr. arts. 1611,3 e indirectamente el art. 1655 CC, relacionándolo con los censos, cuando hoy se le contempla como derecho real limitado, incluso en el tiempo, así, también, arts. 564-1 a 564-6 CCCat, a los que siguen la regulación de los censos.

³ No ha llegado a puerto la propuesta de la Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, presidida por H. PERINET-MARQUET, intitulada *Proposition de réforme du livre II du Code Civil relatif aux biens*, y que tenía como principios, la simplificación y clarificación, incluso haciendo desaparecer el mítico concepto del «buen padre de familia», que no su idea; la innovación, pero constatando que la regulación actual —lo que puede decirse también sucede en nuestros derechos civiles— lo que tiene que hacer es recoger dentro de su estructura las innovaciones jurisprudenciales, las reformas extracodiciales y las innovaciones que la nueva sociedad necesite, aquí podría referirse a los animales que no son cosas, pero tampoco sujetos derechos, otra cosa es la protección y consideración que se les deba dar.

⁴ Es de interés, incluso desde la óptica española, la evolución histórica y el estudio que se hace en la obra de Paul OURLIAC Y J. DE MALAFOSSE, *Historie du Droit privé, t. 2-Les Biens*, 2.ª ed., Paris, PUF, 1971 (accesible en: http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Sources/ourliac_malafosse_biens.pdf).

⁵ Al efecto, ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS, «La Medianería», en María LINACERO DE LA FUENTE (dir.), *Tratado de servidumbres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 pp. 1155-1172, así el CC, dígame lo que se diga, la contempla como una servidumbre legal, mientras que el CCCat la regula como una manifestación de comunidad, art. 551-2.4; y escasa es la doctrina que negándole el carácter de servidumbre luego la estudie como comunidad o en forma singularizada, no es el caso de Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil-Propiedad y derechos reales de goce*, vol. IV, 10.ª ed., Madrid [et al.], Marcial Pons, pp. 58-61, que la examina autónomamente dentro del contenido de la propiedad.

⁶ Para una posible armonización europea resulta de gran interés Héctor SIMÓN MORENO, *El proceso de armonización de los derechos reales en Europa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, donde trata no solo de los inmuebles sino también de los muebles, con referencia a la propiedad (incluida la figura del *trust*), y los principales derechos reales limitados, como la hipoteca, las

Donde sí se observa una evidente evolución, pero aquí de escasa o nula relevancia en lo codificado (sea el CC español o los otros Derechos civiles), es al contemplar el último cuarto de siglo, o primero del siglo XXI, pues hay un surgimiento de nuevos bienes (los bienes digitales al trasponer las Directivas europeas)⁷, junto a su desmaterialización o cosificación (así el título es la cosa misma con todos sus derechos y el instrumento de legitimación para su ejercicio)⁸, de igual forma que va cambiando la composición de los patrimonios personales, por la constante evolución económica y el cambio de valor de los distintos bienes, aunque, sin duda, los bienes raíces siguen siendo los que tienen —por su propia naturaleza y productividad, por escasa que sea, tal que finca rústica en un páramo castellano— mayor valor, dado que incluso aportados a una sociedad, el título de participación —sea acción o participación social— será el título para el ejercicio, pero lo que se usará y producirá es la finca o bien raíz, no el título social, que lo será instrumentalmente aunque pueda generar sustanciosos ingresos por dividendos, pero, no es un caso insólito, pudiera quedar en pura cáscara la sociedad mercantil, si mal administrada se ha descapitalizado.

Finalmente, es de notar que, sin modificarse los textos positivos, cfr. art. 348 CC, por mor del influjo constitucional, art. 33.2 CE'78 (al contemplar la función social de la propiedad), y la misma amplitud y laxitud de su regulación codicial, sí es posible —a través de legislación

servidumbres (incluidas las negativas), el usufructo, los derechos de opción, tanteo y retracto, o la superficie, y junto a ellos las principales reglas, como son las del *numerus apertus*, la especialidad y publicidad de los derechos reales, la de *nemo dat quod non habet*, y acaba con su adquisición y pérdida o la extinción por el transcurso del tiempo, usucapión por otro o simple extinción por el no uso.

⁷ *Vid.*, para su aspecto contractual, Reiner SCHULZE, «Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales», en Esther ARROYO AMAYUELAS y Ángel SERRANO DE NICOLÁS (dirs.), *La europeización del Derecho privado: Cuestiones actuales*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2016, pp. 15-27 (accesible en: http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretrprivateuropeu/wp-content/uploads/2020/02/La-europeizacion-del-Derecho-privado.pdf); y, además, el conjunto de estudios contenidos en Mariló GRAMUNT FOMBUENA, y Gemma RUBIO GIMENO (coords.), *Conformidad de los bienes y los servicios y contenidos digitales. Tras la transposición de las directivas (EU) 2019/770 y 771*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2024; y las innovaciones legislativas derivadas de la transposición, por del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de la Directiva (UE) 2019/770 y la Directiva (UE) 2019/771; y del Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, de incorporación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes, en el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña

⁸ Basta observar referido a los títulos valores, pero vía indudable para a través de ellos ostentar buena parte del patrimonio personal, incluso bienes raíces, los explícitos títulos de las dos siguientes obras, así, Eduardo CORTÉS GARCÍA, *La desmaterialización de los títulos-valores*, Valladolid, Lex Nova, 2002, con amplia referencia a los sistemas francés, alemán e italiano; e, igualmente, Francisco GONZÁLEZ CASTILLA, *Representación de acciones por medio de anotaciones en cuenta. Organización del sistema y derechos del socio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, aunque ya todo ello esté superado por la nueva legislación del mercado de valores, o sea, por la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

especial o la misma evolución jurisprudencial— la transformación del derecho real por excelencia, o pleno y absoluto, cual es la propiedad o dominio, por lo que se ha evolucionado, estando ya plenamente asentada la nueva concepción, de la clásica *propiedad-poder* a la *propiedad-función*⁹, que ha dado como fruto la ingente legislación sobre un bien básico —sustento de la dignidad de la persona— como es la vivienda, sea en propiedad o arrendamiento¹⁰; otra evolución es la presencia de *obligaciones reales*, por ir unidas al mismo bien raíz sea quien sea su titular, para conseguir determinadas situaciones paisajísticas o medio ambientales (singularmente de preservación de la naturaleza, en donde influyen decisivamente los planes de ordenación urbana y la configuración de los suelos urbanizables o no, junto a las zonas verdes); e incluso instituciones clásicas se tienen que interpretar a la luz de principios constitucionales, tal que las servidumbres¹¹.

En todo caso, y aunque la legislación codificada permanezca inmutable, no puede negarse una *metamorfosis o transformación constante y progresiva del derecho de bienes*¹², otra cosa es que los límites o cadencia del progreso no se acomode siempre a los deseos de los propietarios, políticos o economistas en el sentido de subordinar la propiedad al interés general, o bien común, pues el libre mercado no es libérrimo mercado, como tampoco la regulación especial puede asfixiar la propiedad, pero la idea central que preside la evolución del derecho de bienes es que incluso los bienes comunes pueden ser objeto de mercado (basta pensar en la emisión de gases o las cuotas conta-

⁹ Para esto, y para más allá de la propiedad, es esencial Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho civil constitucional*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2015, pp. 395-443, para la propiedad privada y la herencia en su función y límites.

¹⁰ Al efecto, Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, cuyo art. 1,2 proclama que: «será asimismo objeto de esta ley la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística», y el art. 7 para su función social.

¹¹ Así la STS 404/2019, de 8 de julio de 2019, al precisar que «cuando el actor recoge sus aguas residuales en una fosa séptica no les está dando salida de su propiedad, sino reteniéndolas en su finca, mediante un sistema técnico que permite la acumulación de residuos, útil en su momento pero totalmente desfasado de la realidad social al día de hoy y de principios rectores sobre política de salud y medioambiente recogidos en los arts. 43 y 45 CE», como ya reseñé en mi artículo Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Los derechos reales a los 130 años de vigencia del Código Civil», en AA. VV. *Código civil: 130 aniversario*, Las Rozas, La Ley, 2020, pp. 161-168.

¹² En el Derecho urbanístico surge como nueva finca registral y bien susceptible de diversos negocios jurídicos *el aprovechamiento urbanístico*, incluso temporalmente desligado de una superficie o finca concreta, al efecto, José Luis LASO MARTÍNEZ y Vicente LASO BAEZA, *El aprovechamiento urbanístico*, Madrid, Marcial Pons, 1995, singularmente, pp. 193-208, para el estudio de su transferencia, y, pp. 262-268, para su adquisición y contenido, así como la facultad y el deber de edificar o el mismo derecho a la edificación; pero la prueba evidente de que el derecho a edificar y la consolidación de lo construido, y, por tanto, su ingreso en el patrimonio del titular del suelo, no resulta del planeamiento sino de ser propietario de la finca en que se construye, es que incluso construido ilegalmente se puede llegar a consolidar, por prescripción del restablecimiento de la legalidad urbanística.

minantes), al igual que se tiende a la puesta en común de los bienes privados, el propietario no es libre ni en la producción (basta pensar en las cuotas lecheras), ni en el destino de los mismos (legislación europea para dejar prácticamente baldíos ciertas fincas); sin duda, la propiedad privada está sujeta a *límites*¹³, que conforman su contorno de facultades y cómo ejercerlas, que por ello no son susceptibles de indemnización, y *limitaciones*¹⁴, que como tales sí darían lugar a indemnización, justo por ser una ablación de las facultades normales, que en ningún caso pueden llegar a ser disolventes del derecho en su esencia, pues en tal caso serían expropiatorias del derecho mismo, que, desde luego, sí podría darse, pero con el procedimiento expropiatorio concreto y que, debe destacarse, en nuestro art. 33.3 CE'78 sí exige indemnización, pero no que, siempre y necesariamente, tenga que ser previa.

II. REGLAS BÁSICAS EN MATERIA DE DERECHOS REALES APLICABLES A TODOS NUESTROS DERECHOS CIVILES

Entre las reglas generales básicas, aplicables a todos nuestros Derechos civiles, deben destacarse las siguientes, unas por derivar de leyes de aplicación general y otras de la misma configuración constitucional, así cabe destacar las siguientes diez reglas básicas:

1.^ª) *La teoría del título y el modo*. En nuestro sistema jurídico, la propiedad y demás derechos reales (cabe entender que susceptibles de posesión, por ser la única susceptible de desplazamiento, carece de sentido en la hipoteca o en la prenda sin desplazamiento) se adquieren y transmiten en virtud de la teoría del título y el modo (o *traditio*),

¹³ El *ius usus inocui*, que lo es para toda clase de propiedades (incluso la propiedad intelectual, STS de 3 de abril de 2012), como nos recuerda Mikel M. KARRERA EGIALDE, «El Derecho de propiedad privada y sus aldeaños (II)», en Jacinto GIL RODRÍGUEZ (dir.), *Manual de Derecho Civil Vasco*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 187-190, que, además, precisa las características de todo límite, o sea, su carácter general o típico —por ser el régimen ordinario— para todas las propiedades; y que como tal «límite legal, su práctica ni requiere otro título o prueba de su existencia, ni relación de dependencia real entre fundos, ni se extingue por falta de su uso», a lo que cabría añadir que por ser una redefinición del concepto de propiedad en sus límites generales, la ley que establezca el nuevo contorno de facultades, aunque limite o restrinja alguna no da lugar a indemnización.

¹⁴ Lo que resulta de la STJUE (S. 3.^ª), de 27 de enero de 2022, Sātiņi-S, C-238/20 (ECLI:EU:C:2022:57), al resolver la cuestión prejudicial de si «¿Permite el derecho a una justa indemnización por la limitación del derecho a la propiedad garantizado por el artículo 17 de la [Carta] que la compensación concedida por un Estado por las pérdidas causadas a la acuicultura en una zona de la red Natura 2000 por aves protegidas con arreglo a la [Directiva sobre las aves] sea significativamente inferior a las pérdidas realmente sufridas?», y responder que la protección del medio ambiente sí puede justificar la imposición de restricciones al ejercicio del derecho de propiedad sin que de ello resulte necesariamente derecho a compensación económica; y en nuestra doctrina, para la distinción entre límites y limitaciones, Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 66.

art. 1462 CC¹⁵, y arts. 531-2 a 531-6 CCCat para la regulación de la tradición, recogiendo también la *traditio* instrumental (art. 531-4.2.a)), que únicamente puede ser escritura pública, pues únicamente esta es instrumentos público y no cualquier otro documento público, sea resolución judicial o administrativa. Presenta singularidad de la donación, en tanto se discute si es contrato o modo de adquirir, aunque en el CCCat está regulada como un modo de adquirir¹⁶, como también puede deducirse del art. 609 CC¹⁷.

2.º) *El sistema de números apertus*. Los derechos reales son susceptibles de modificarse o incluso de crearse *ex novo*, en virtud de regir el sistema del *numerus apertus*¹⁸, arts. 2,2 LH (en la expresión «y otros

¹⁵ Como precisa José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho Civil, t. I-Curso de Derechos reales, vol. I-Propiedad y Derechos reales*, Granada, Comares, 2005, pp. 101-103, «la llamada teoría del título y el modo, venía expresamente recogida en la Partida III, Título XXVIII, Ley 46, y Gregorio López afirma en su comentario *adquiritur dominium traditione ex titulo habili*, y tanto nuestros juristas del siglo XVIII como los del XIX sustentan sin interrupción la sucesión e interdependencia causal de dos momentos en la transmisión de la propiedad: el título (contrato obligacional) y el modo (traditio o entrega real). El fuerte impacto de la doctrina francesa iba a llevar el proyecto de García Goyena de 1851 a abandonar el sistema del título y el modo y mantener una transmisión de la propiedad puramente consensual», pero, finalmente, la base 20, de la Ley de Bases de 1888, mantiene la teoría del título y el modo y así lo hace también toda la doctrina y jurisprudencia, incluso habiéndose superado las concepciones germanistas inmediatas a nuestra Guerra Civil, que pretendían, como señala este mismo autor, elaborar «una teoría de la *traditio* como contrato real, abstracto y traslativo (fundándose principalmente en la abstracción de la causa del art. 1277 y en el principio de autonomía de la voluntad)», postura actualmente totalmente desechada.

¹⁶ La donación como modo de adquirir lo trato en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Capítol 5 – “La donació”», en Adolfo LUCAS ESTEVE (dir.), *Dret Civil Català*, vol. IV (1) – *Drets reals. Possessió, propietat i situacions de comunitat*, Barcelona, Librería Bosch, 2015, pp. 117-154.

¹⁷ Al efecto, Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Curso de Derecho civil, t. III-Derecho de cosas, vol. I- Introducción. La posesión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 54-64, donde recoge las principales posturas doctrinales, y críticas habituales, pero que, en suma, cumple sobradamente su función de determinar el cómo se adquiere la propiedad y demás derechos reales; teniendo su antecedente en el art. 606 del Anteproyecto de Código Civil.

¹⁸ Son múltiples las RRDG que la reconocen y están recogidas en la RDG de 12 de abril de 2023, que literalmente dice que: «debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, con base en el criterio de *numerus apertus* que rige en nuestro ordenamiento, se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (cfr. artículos 392, 467, 470, 523, 594 y 1648.2.º del Código Civil) y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la transcendencia erga omnes de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993, 3 y 25 de septiembre y 8 y 26 de noviembre de

cualesquiera reales») y 7 RH, junto al art. 1255 CC, los tres artículos vigentes en todo el territorio español. Si bien no puede ocultarse que *ex novo* y absolutamente atípico no se ha creado ningún derecho real, otra cosa, y bastante distinta, es que sí se modifiquen para adaptarlos a la realidad socio-económico cambiante, y, de la misma manera, no es hay posibilidad de crear garantías reales, por ser de orden público su realización dineraria (siendo esta su finalidad última) y las reglas relativas a la concurrencia y prelación de créditos también son imperativas, se contempla la posibilidad de diversas modalidades de hipotecas en los arts. 569-39 a 569-42, al igual que se regula con amplia detalle el derecho de retención (como garantía real), arts. 569-3 a 569-11 CCCat; la prenda, arts. 569-12 a 569-22 CCCat y la anticresis, arts. 569-23 a 569-26 CCCat.

3.^a) *Los derechos reales son derechos subjetivos*. La propiedad, como los demás derechos reales, son derechos subjetivos, con un contenido mínimo esencial¹⁹, que es por lo que pueden ser identificados y, a la vez, permite diferenciarlos de los otros.

4.^a) *La admisibilidad del pacto marciano para la ejecución de las garantías*. Está prohibido el pacto comisorio, art. 1859 CC, pero sí cabe el pacto marciano²⁰, eso sí, siempre que cumpla con los requisitos

2019 y 10 de marzo de 2021, entre otras). Del análisis del elevado número de resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993, 25 de abril de 2005, 4 de mayo de 2009, 12 de mayo de 2010, 28 de abril de 2016 y 8 de noviembre de 2018), puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real ha recibido sanción legal hace pocos años en la legislación catalana), ciertas situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales. Por otra parte, respecto de los derechos reales típicos, y singularmente de los de goce, la autonomía de la voluntad ha ido más bien encaminada a perfilar determinadas características del paradigma legal. Concretamente, respecto de la comunidad de bienes, según el artículo 392 del Código Civil, “hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título”».

¹⁹ Este contenido esencial, ex art. 53.1 CE’78, ya fue tratado al poco de entrar en vigor la CE’78 por Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina..., op. cit.*, pp. 43-46, en que afirma que: «La doctrina del «contenido esencial», por consiguiente, no es apta para definir el derecho de propiedad (ni ningún otro); es más, presupone un concepto tipo, que *no* suministra, *sino requiere*», podría decirse que no necesariamente idéntico al que se tuviese al tiempo de promulgarse la propia Norma Fundamental, pues todo evoluciona.

²⁰ Como trato en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Distinciones conceptuales y la nueva jurisprudencia, en el negocio jurídico y el pacto marciano», en Ángel SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2021, pp. 19-63, y, más recientemente, RDG de 9 de enero de 2024 (en que sí aprecia existencia de pacto comisorio) o la de 10 de marzo de 2022, que señala los requisitos para admitir el pacto marciano. Y, también, como vía para una más fácil ejecución en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Incumplimiento y ejecución: Opciones extrajudiciales eficientes», en Elena LAUROBA LACASA (dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 337-357.

legales, o sea, debe estar garantizada la proporcionalidad entre deuda y valor del bien; no producirse indefensión en los derechos de ninguna de las partes; pactarse al tiempo de constituirse la garantía pignoratícia o hipotecaria; y, contemplar un procedimiento objetivable de valoración, junto a que si hay sobrante deberá ponerse a disposición del deudor o de terceros acreedores sobre la finca, todo lo cual, no siempre será fácil de valorar, singularmente cuando es a través del ejercicio de un derecho real de opción.

5.º) *El carácter voluntario de la inscripción en el Registro de la Propiedad.* La regla general es el carácter no constitutivo de ninguno en su nacimiento o transmisión, ni siquiera la hipoteca inmobiliaria, como ha tenido ocasión de fallar nuestro Tribunal Supremo, SSTs núm. 464, de 13 de julio de 1984 (Roj: STS 1308/1984 –ECLI:ES:TS:1984:1308) y de 18 de octubre de 2007 (ROJ: STS 6432/2007– ECLI:ES:TS:2007:6432), al distinguir entre derecho real de hipoteca y contrato o negocio constitutivo de la hipoteca, resultando que la hipoteca inmobiliaria nace con la escritura pública y la falta de inscripción lo que le impide va desde una concreta forma de ejecución hipotecaria (cfr. art. 130 LH) hasta ser completamente eficaz frente a terceros (cfr. arts. 1255 y 1257 CC); pero, desde luego, no es lo mismo tener una hipoteca que un crédito escriturario, sea en un procedimiento concursal²¹, o, incluso fuera del mismo, en la concurrencia y prelación de créditos, así art. 1923.3.º CC frente a los art. 1927.2.ª en relación con el art. 1924.3.º A) al que se remite el art. 1929,1.ª CC.

6.º) *La presunción de la libertad de cargas de la propiedad.* La propiedad se presume libre de cargas, por tanto, el que alegue su existencia deberá probar las mismas; a lo que se une que ya con la LH'1861 se suprimieron las cargas ocultas o las hipotecas tácitas²², como única vía para el fomento del crédito hipotecario. No necesitan inscribirse para oponerse las servidumbres aparentes por ser su misma apariencia la mejor vía de publicidad, unido a que lo notorio hace prueba por sí mismo.

7.º) *La interpretación de los derechos reales conforme a los principios rectores constitucionales.* Todo el ordenamiento jurídico está sujeto cualquiera que sea la fecha de publicación de la norma a los mandatos constitucionales, pero en lo que aquí interesa debe tenerse presente en materia de servidumbres (con clara regulación de raigambre histórica) lo ya dicho en orden a la protección de la naturaleza, ecología y biodiversidad, ex art. 45 CE'78. De la misma forma que tienen

²¹ Para la regulación de la sustracción del préstamo hipotecario a los efectos de la masa concursal cabe acudir a Luis Alfredo de DIEGO DÍEZ y Nuria FACHAL NOGUER, *Ejecuciones y garantías reales en la reforma de la Ley Concursal*, Madrid, Ediciones Lefebvre, 2024.

²² Para una interesante reseña de la discusión parlamentaria entre GÓMEZ DE LA SERNA (defensor de las hipotecas legales tácitas) y ANTÓN DE LUZURIAGA, cabe acudir a ÁLVAREZ CAPE-ROCHIPI, *op. cit.*, pp. 239-240.

carácter de orden público las distancias, por lo que no podrán reducirse, ni siquiera por pacto, dado que responden a razones de salubridad (ventilación).

Es, por otra parte, lo ya sentenciado por el TS, incluso con textos positivos similares al del CC, por lo que, aunque siga rigiendo la regla de que los gravámenes deben interpretarse restrictivamente, entre ellos las servidumbres, lo cierto es que debe aplicarse con preferencia, por su rango normativo, la CE'78, sobre todo, para las vistas, desagües o conexiones²³.

8.^a) *La admisibilidad de la vinculación ob rem, dentro y fuera del ámbito del régimen de la propiedad horizontal.* Es principio rector de nuestro ordenamiento que la propiedad no puede ser amortizada, ni caben las vinculaciones (legislación que, como la desamortizadora, no derogó el art. 1976 CC), pero frente a ello sí cabe vincular *ob rem* fincas (una o más a otra finca principal)²⁴, pues incluso puede darle un

²³ Es imprescindible para una interpretación desde la óptica constitucional, cuya fuerza innovadora se pone claramente de manifiesto incluso en esta materia, la STS 404/2019, de 8 de julio de 2019 (LA LEY 95595/2019), al precisar que «cuando el actor recoge sus aguas residuales en una fosa séptica no les está dando salida de su propiedad, sino reteniéndolas en su finca, mediante un sistema técnico que permite la acumulación de residuos, útil en su momento pero totalmente desfasado de la realidad social al día de hoy y de principios rectores sobre política de salud y medioambiente recogidos en los arts. 43 (LA LEY 2500/1978) y 45 CE (LA LEY 2500/1978)».

²⁴ El tema de la vinculación *ob rem*, indiscutible en el ámbito de la propiedad horizontal e incluso en las viviendas de protección oficial, puede plantear problemas fuera de ello si se tiene una visión literalista ajena a la realidad socio-económica, basta ver las varias resoluciones citadas en la RDG de 3 de mayo de 2023, que junto a señalar el régimen jurídico que deberá seguir la vinculada que necesariamente será el de la principal, también la deslinda a la figura de las servidumbres prediales, y así dice que: «Como puso de relieve la Resolución de esta Dirección General de 22 de abril de 2016, la configuración jurídica de la titularidad de una finca registral con el carácter “ob rem” respecto de otras tiene como consecuencia esencial que su titularidad viene determinada mediatamente por la titularidad de las fincas principales al igual que ocurre con las servidumbres prediales; la titularidad de la finca “ob rem” corresponde, pues, a quien ostente la titularidad de la finca principal. Como se afirmó en la Resolución de 29 de noviembre de 2007, los elementos vinculados son titularidades “ob rem”, que no pueden seguir un régimen jurídico distinto al del elemento principal a que están adscritos (por lo que —en caso entonces analizado— la hipoteca de la vivienda unifamiliar conlleva la de la participación indivisa que le está vinculada, máxime cuando elemento principal y vinculado aparecen descritos expresamente). Existe vinculación “ob rem” entre dos (o más) fincas, cuando se da entre ellas un vínculo que las mantiene unidas, sin que pueda separarse la titularidad de las mismas —que han de pertenecer a un mismo dueño— por existir una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio (vid. Resolución de este Centro Directivo de 3 de septiembre de 1982). Esto supone que en los casos de titularidad “ob rem” se configura la titularidad dominical de una finca por referencia de la titularidad de otra, a la que está conectada. La consecuencia jurídica de ello es que los actos de transmisión y gravamen han de producirse sobre ambas fincas juntamente y no sobre una de ellas, y a favor de un mismo adquirente en tanto se mantenga dicha vinculación, sin que los elementos vinculados puedan seguir un régimen jurídico distinto que el del elemento principal al que están adscritos (cfr. Resoluciones de 29 de noviembre de 2007, 28 de octubre de 2013, 31 de octubre de 2018, 19 de junio de 2020

valor a la finca o fincas vinculadas que, por sí solas, no tendrían en el

y 22 de junio de 2022). Ahora bien, para que esta configuración jurídica surta los efectos expuestos deberá venir determinada por la Ley, o bien, resultar de la inscripción registral, sin que en ningún caso pueda presumirse ni establecerse de forma tácita (cfr. Resolución de 2 de marzo de 2007), pues tal y como manifestó esta Dirección General en la Resolución de 22 de abril de 2016, dicha consecuencia no depende del disponente por sí solo, ya que la alteración o modificación de la configuración jurídica de la titularidad “ob rem” deberá haber sido efectuada y consentida por todos sus titulares; de este modo, el único consentimiento contractual preciso es el consentimiento prestado al negocio traslativo del elemento principal, sin que precise un consentimiento adicional para que se entienda asimismo transmitida la titularidad “ob rem” de la finca o cuota de finca vinculada y sin que la omisión de toda referencia a ella pueda considerarse que excluye la transmisión de la cuota vinculada. De ello se deduce que en la inscripción de la finca vinculada lo que debe figurar es su configuración jurídica debidamente constituida como titularidad “ob rem” y la determinación precisa de todas y cada una de las fincas registrales principales. 3. Conforme a la doctrina de este Centro Directivo, son requisitos básicos para que se pueda inscribir la vinculación “ob rem” los siguientes: a) Existencia de una causa económica y a la vez jurídica que justifique la vinculación. Como puso de relieve la Resolución de 28 de octubre de 2013, el régimen de la propiedad vigente en España, desde la promulgación del Código Civil, se caracteriza por establecer el principio de propiedad libre y plena, sin perjuicio de su función social, como base de un régimen de libre disposición de bienes y circulación de riqueza. Sin embargo, de ese principio de libre disposición de la propiedad se exceptúan, entre otros, los supuestos de la llamada titularidad “ob rem”. Por ello, en la medida en que esta vinculación restringe el principio de libre disposición, es necesario que concurra una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio, según antes se ha indicado. Ya la Resolución de este Centro Directivo de 3 de septiembre de 1982 aclaró, respecto de esa conexión entre las fincas, que «la relación física entre los inmuebles o correlación de destino, por su necesidad, utilidad o comodidad inclusive, justifica la conexión de titularidades entre ellos, y aunque las fincas no estén consideradas en un mismo plano, ya que por su importancia y respectivo destino una esté al servicio de la otra, lo mismo sucederá con la titularidad de los derechos sobre una y otra». b) La previa inscripción en el Registro de las fincas a que afecte la vinculación. La finca es el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. artículos 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la Ley Hipotecaria y 44 y 51.6.º del Reglamento Hipotecario). No sería admisible inscribir la vinculación “ob rem” sobre finca inscrita cuando la otra finca vinculada no lo está, ya que la referencia a vinculación “ob rem”, se convertiría en una mera mención. La proscripción registral de las menciones está claramente asentada en la Ley, con el fin de dar mayor precisión a los asientos registrales y, por ende, a la protección que dispensa el Registro. Así, el artículo 29 de la Ley Hipotecaria dispone que “la fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial” (vid. Resolución de este Centro Directivo de 28 de octubre de 2013). c) Adecuada identificación y descripción de la finca a la que afecta o sobre la que recae el derecho. El principio de especialidad y la concreta regulación legal en esta materia (artículos 9 y 30 Ley Hipotecaria y 51 Reglamento Hipotecario) exigen la descripción de la finca en el título que pretenda el acceso al Registro de la Propiedad como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral (en este sentido, Resolución de 7 de enero de 1994). 4. Hechas las anteriores precisiones, debe determinarse si en el presente caso se cumplen los referidos requisitos para la configuración de la vinculación “ob rem” debatida. a) En primer lugar, se aprecia la existencia de una causa económica y a la vez jurídica que justifica la vinculación. En la descripción registral de la finca 8.146 se indica que se trata de una “casa con un patio de luces a su fondo y un corral anejo [...]”, que “[...] linda [...] con el pasillo o pasaje que luego se describe, que le separa de su corral anejo [...]” y que “[...] el corral anejo, que está inmediato a la casa aunque no colinde con ella [...] Linda [...] al Este, con el pasillo pasaje que luego se

mercado inmobiliario. Por otra parte, conviene destacar que la cláusula estatutaria que permite la segregación no ampara la desvinculación, por ser en un caso mera modificación material de la finca y en el otro un cambio de régimen jurídico²⁵.

9.^a) *La no admisibilidad de la propiedad solidaria, pero sí en materia de derechos reales.* La posibilidad de la propiedad solidaria, o sea que cada propietario pueda ejercitar frente a terceros la plenitud de facultades dominicales no está admitida en nuestro Código civil para el dominio, así RDG 26 diciembre 1946²⁶. No puede hablarse tampoco de goce o propiedad solidaria sobre los elementos comunes en la

describe, que le separa de la casa [...]". Por su parte, la descripción registral de la finca 7.961 comienza así: "Pasillo o pasaje destinado a ser comunal [...]". La causa económica y a la vez jurídica de la vinculación es clara: el servicio que, como tal pasillo o pasaje, la finca 7.961 proporciona a las tres que fincas a que está vinculada. La constitución de una vinculación "ob rem" para proporcionar paso a otra u otras fincas vinculadas, en vez de constituir, por ejemplo, una servidumbre de paso, ha sido admitida por este Centro Directivo (vid. Resolución de 3 de septiembre de 1982). En este caso se trata de una vinculación "ob rem" y no de un derecho de servidumbre. No siempre es clara la diferencia entre una y otra figura. La servidumbre predial es "un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño" (artículo 530 del Código Civil). Por la servidumbre predial no se produce una conexión de titularidades y destino entre el predio dominante y el predio sirviente, como sí ocurre con la vinculación "ob rem", sino más bien lo contrario, como resulta del precepto citado, de manera que, por ejemplo, el predio sirviente, sin perjuicio del derecho de servidumbre, vigente el mismo, puede ser enajenado o gravado independientemente del predio dominante, todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que la finalidad económico jurídica de la vinculación «ob rem» pudiera haber sido satisfecha igualmente mediante un derecho real de servidumbre, conforme a la doctrina de esta Dirección General, citada anteriormente». Me he referido, más ampliamente, a la vinculación ob rem, y su conexión con la teoría de las pertenencias, «Aspectos jurídico-reales de los elementos comunes en la Ley de Propiedad Horizontal»: Ángel SERRANO DE NICOLÁS, en L. M^a DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miguel*, vol. II, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2014, pp. 3334-3338.

²⁵ Contemplan supuesto similares, que no con identidad de razón, la Ley 376 Fuero Nuevo de Navarra, al precisar que: «Ley 376. *Pertenencias comunes.* Salvo acuerdo unánime, la comunidad sobre elementos al servicio de varias fincas, como paredes, muros, cercas o vallados medianeros, ribazos o taludes, así como molinos, hornos, eras, pozos, norias, acequias u otros semejantes, será indivisible y ningún comunero podrá disponer de su parte separadamente de las fincas a que aquellos elementos sirvan. // Se presumen comunes a las edificaciones los vanos entre las fincas urbanas conocidos con el nombre de "belenas" o "etxeakoartes", que se regirán por lo dispuesto en esta ley y en el párrafo segundo de la ley 404»; y el art. 71 Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (=LDCG) al contemplar, como vinculación legal imperativa, que: «1. La propiedad sobre las fincas integrantes del agra o vilar llevará inherente un derecho de copropiedad sobre sus muros o cercados. // 2. Las partes en copropiedad no podrán ser enajenadas o gravadas con independencia de las fincas de las que se reputan elementos anejos e inseparables, y en la transmisión, por cualquier título, del dominio de alguna de ellas se entenderá comprendida la cuota de participación en tales elementos», aquí, pues no hace falta vinculación por ya establecerla la ley, pero por ello mismo tampoco cabe la separación voluntaria.

²⁶ Como precisa esta resolución por no tener entronque en nuestro ordenamiento jurídico, basado en la idea de cuota romana, pues el propio Derecho romano «al tratar de la posesión como facultad integrante del dominio estableció el clásico aforismo de que *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt*».

propiedad horizontal, tanto por no ser ellos el objeto de la propiedad separada, no hay propiedad ni sobre los elementos comunes ni tampoco sobre los elementos privativos, considerados estrictamente y contrapuestos unos a los otros, dado que la propiedad lo es sobre la entidad o departamento, unido a que el denominado goce *pari uso*, sobre dichos elementos comunes, aunque puede ser idéntico, simultáneo y contemporáneo para todos y cada uno de los propietarios, y les permite a todos los copropietarios la más plena e intensa utilización de los elementos comunes, no obstante, ni es una propiedad distinta de la que hay sobre la entidad o departamento, ni puede ser dicho uso absoluto, dado que está sujeto al límite que deriva de la misma posibilidad de ejercicio por los demás; por tanto, en caso de colisión habrá que acudir a los límites externos e internos en el ejercicio de los derechos (abuso de derecho, ejercicio antisocial, etc.), y a las reglas sociales en el ejercicio de la vida en comunidad²⁷. Sí cabe, desde luego, la titularidad solidaria sobre los derechos reales limitados, incluso en la hipoteca, pues no cabe olvidar que como derecho accesorio de garantía lo será en cuanto sea solidaria la obligación que garantiza, pero, sin embargo, no admite nuestra legislación hipotecaria la hipoteca solidaria²⁸.

Caso singular es el de Navarra, al admitir, Ley 378 Fuero Nuevo de Navarra (=FNN, Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra)²⁹, la solidaridad tanto en la propiedad como en cualquier otro derecho real cuando así se haya constituido.

²⁷ Al efecto en la jurisprudencia italiana, con consideraciones perfectamente aplicables a nuestras propiedades horizontales, sea la LPH o el CCCat, la sentencia de *Cassazione civile*, sez. II, 5/10/2009, núm. 21256, precisa que es conferida por la «*legge a ciascun partecipante alla comunione la facoltà di trarre dalla cosa comune la più intensa utilizzazione, a condizione che questa sia compatibile con i diritti degli altri, essendo i rapporti condominiali informati al principio di solidarietà, il quale richiede un costante equilibrio fra le esigenze e gli interessi di tutti i partecipanti alla comunione*».

²⁸ Como pronunciamientos registrales pueden destacarse la RDG de 11 de agosto de 1863 que contempla el supuesto de dos fincas gravadas solidariamente con un censo, sin necesidad de la previa división de la carga entre ambas; o más recientes, y en materia hipotecaria, para negar la posibilidad de la hipoteca solidaria, la RDG de 15 de junio de 1993; e igualmente las RRDG de 16 de marzo de 1929 y 3 de mayo de 2000 rechazan las hipotecas solidarias y las subsidiarias, como tampoco admiten la «sobrehipoteca», es decir, las que gravan simultáneamente o sucesivamente, el mismo crédito y sin distribución de su cuantía a varios inmuebles ya que, sin utilidad para el acreedor, perjudican el crédito territorial de las fincas hipotecadas. Sin embargo, no son radicalmente nulas, según se desprende del art. 123 LH, y en base al mismo, en relación con el art. 119 LH, la STS 66/2005 de 4 de febrero de 2005 (Ponente: C. Auger Liñán); habla de hipoteca solidaria.

²⁹ Literalmente transcrita dice: «*Ley 378 - Comunidad solidaria. // La comunidad en la propiedad o en cualquier derecho real a favor de varios titulares será solidaria cuando así se disponga en el título de su constitución. // En la comunidad solidaria cada comunero puede por sí solo ejercitar plenamente el derecho y disponer de la totalidad del mismo, sin perjuicio de su responsabilidad frente a los demás titulares*».

10.⁹⁾ *La admisibilidad de las servidumbres personales.* Son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, aunque el CC les muestre cierto recelo incluso por su misma denominación de «servidumbres», pero, frente dicho estado de cosas al promulgarse, debe observarse que incluso al margen de los supuestos típicos, como la servidumbre personal de balcón o similar³⁰, su conveniencia puede presentarse en la sociedad industrial, dado que pueden ser tanto a favor de una persona física como jurídica, o, igualmente, ser beneficiaria una persona concreta o incluso varias, y nada impediría que lo fuesen de forma solidaria, o incluso hereditarias.

Las servidumbres personales, en que solo hay fundo sirviente (aunque otro fundo pueda ser el determinante de qué persona o personas son las beneficiarias de la servidumbre), no se identifican: a) ni con el derecho real de uso³¹; b) ni con la obligación de no hacer, en el caso de la servidumbre personal negativa, utilizable tal que en materia de servidumbres industriales o de empresa, aunque no podrán ir contra el orden público, junto a serles exigible un interés legítimo³²; y, c) ni con el usufructo (o con el derecho de aprovechamiento parcial en el CCCat, art. 563-1 a 563-4)³³, por razón de su naturaleza perpetua, unido a que aunque sean personales no están sujetas necesariamente a límite temporal (art. 531 CC), ni siquiera el vitalicio (STS de 8 de mayo de 1947). El beneficio que atribuye (o lo que es lo mismo la servidumbre personal en sí misma considerada) podría ser incluso transmisible *inter vivos* o *mortis causa*, onerosa o gratuitamente, vgr: servidumbre personal de palco o balcón (STS de 30 de noviembre de 1908)³⁴.

³⁰ Su admisibilidad, precisa Juan OSSORIO MORALES, *Las servidumbres personales*, Madrid, Edersa, 1936, pp. 67-91, resulta —anticipándose a los códigos de Alemania y de Suiza— del art. 531 CC, siendo, además, inscribibles.

³¹ Por ello, la STS de 26 de julio de 2001, para un supuesto de uso gratuito, por los propietarios de una urbanización, de la piscina del restaurante privado, resuelve que dicho uso excede de la tipicidad legal del uso para ser susceptible de mejor encuadramiento dentro de la categoría de las servidumbres personales positivas.

³² Al efecto, RDG de 5 de diciembre de 2002, para un supuesto en que el beneficiario no es el titular de lo que sería el predio dominante, sino el arrendatario del mismo, y en cuanto tal titular de un derecho personal como es el arrendaticio.

³³ En el CDFA su art. 555 CDFA contempla *el aprovechamiento parcial*, precisando que: «Los derechos reales de aprovechamiento parcial establecidos a favor de una o varias personas o de una comunidad sobre una finca ajena, con independencia de toda relación entre fincas, se rigen, en todo aquello que no determine su título constitutivo, por el régimen general de las servidumbres, en lo que sea compatible».

³⁴ Me he referido más ampliamente, a las mismas, en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Capítulo I. La organización de un bien tenido por diversas personas», en Sergio NASARRE AZNAR (dir.), *Bienes en común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 134-136.

III. USUCAPIÓN Y DERELICCIÓN COMO MODOS DE ADQUIRIR Y EXTINGUIR LOS DERECHOS REALES

Dentro de los modos de adquirir o extinguirse los derechos reales merece una especial consideración la usucapión y la derelicción, por sus distintos requisitos, según la clase de derechos reales o bienes de que se trate, así quedarían excluidas las garantías reales no posesorias y demás derechos no posesorios; por ello, cabe distinguir tres grandes cuestiones:

A.) *Derechos reales susceptibles de usucapión.* Comienza el art. 1940 CC señalando que por prescripción o usucapión *ordinaria* puede adquirirse el «dominio y demás derechos reales», aunque cabe matizar que siempre que sean susceptibles de posesión, lo que sí matiza el art. 531-23.1 CCCat al referirse a la usucapión de «la propiedad o un derecho real posesorio»³⁵; pero, sin embargo, no distingue entre ordinaria y extraordinaria.

Singular es *la posición de las servidumbres*³⁶, por ser un gravamen y limitación a la libertad de los fundos, que junto a exigir interpretación restrictiva —pero acomodada a la realidad socio-económica de cada momento— tienen un único plazo —y ningún otro requisito, pues ya aparece contrapuesta al título, en el propio art. 537 CC y por la forma del cómputo, del art. 538 CC, chocaría con una pretendida distinción entre buena y mala fe, cfr. art. 364,2 CC, ya que se hace a la vista ciencia y paciencia por exigirse que sea aparente, o tiene que haber prohibición formal, para el inicio del plazo, de ahí que únicamente son susceptibles de usucapión, art. 537 CC, y pueden adquirirse así (o mediante título) *las “servidumbres continuas y aparentes [...] por la prescripción de veinte años”*³⁷, no se requiere, pues, ningún otro

³⁵ Postura singular es la de Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil, t. III-Derechos de bienes*, 10.ª ed., Madrid, Edisofer, 2004, p. 713, admite, trayendo en su apoyo la STS de 22 de febrero de 1963, la usucapión de la prenda, por ser un derecho poseible pues «su posesión consiste en poseer la cosa pignorada, en concepto de acreedor pignoraticio», y señala como ejemplo el caso de que se entregue una cosa que realmente no era del que la entrega.

³⁶ Puede acudir a José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.*, pp. 169-173, para conocer con referencia a amplia jurisprudencia y a las legislaciones del País Vasco y Galicia, que estas «permiten [según dice] la usucapión de las servidumbres de paso [...] con la interpretación correctora [...] en la STSJ Navarra de 21 de septiembre de 1991», y, además, concluye defendiendo, como creo que no puede ser de otra manera (conforme a los textos legales y la interpretación conjunta de la regulación de la usucapión en general y la particular de las servidumbres), que conforme a las SSTs 8 de febrero de 1899, 30 de octubre de 1919, 12 de junio de 1995) «que no cabe una usucapión ordinaria de servidumbres con justo título y buena fe», pues cabe añadir que si hay justo título, y eficaz, lo que hay es una servidumbre voluntaria.

³⁷ En el mismo sentido que aquí se defiende, de un único plazo de veinte años para las servidumbres usucapibles (y que parece es el mayoritario), se pronuncia Juan ROCA JUAN, «*sub* art. 537», en Cándido PAZ-ARES *et al.*, *Comentario al Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1405-1406.

requisito que el tiempo, ni hay ninguna otra vía ordinaria (que no sea el título) ni extraordinaria, como resulta, a mi modo de ver, claro de la comparación del conjunto normativo de la usucapión y el singular de las servidumbres.

Más estricto es el CCCat que, tras varias vicisitudes legislativas en escasos años, ha resuelto, finalmente, que no es usucapible ninguna servidumbre, así dice el art. 566-2.1 CCCat que: «*Las servidumbres solamente se constituyen por título, otorgado de manera voluntaria o forzosa*».

Junto al CC y CCCat, cabe señalar los siguientes otras particularidades, así:

1.ª) *El FNN*, reconoce —Ley 356— la usucapión, con las siguientes notas identificativas: a) *Plazos*. La usucapión de *los bienes muebles es de tres años*. La de *los inmuebles es de veinte años*. Y, además, para adquirir la propiedad por usucapión, se requiere que el adquirente posea como propietario con *justa causa y buena fe*. Probada la causa justificativa de su posesión se presume que posee de buena fe, y no se admite la prueba de haberla perdido después de iniciada la posesión. Se entiende por buena fe la creencia de poder poseer como titular del derecho.

A lo que se añade la *prescripción extraordinaria*, que se da cuando no pueda probarse la justa causa, entonces la propiedad se adquirirá por la pacífica posesión como propietario durante *treinta años*. En suma, la buena fe se requiere siempre —Ley 357—, pero cuando falta el justo título es extraordinaria, mientras que en el CCCat no hay distinción de ordinaria y extraordinaria, sino una única clase sin necesidad de buena fe ni de justo título

2.ª) *La LDCG* (=Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia) admite la usucapión (20 años, por su posesión pública, pacífica e ininterrumpida) de la *servidumbre de paso*, art. 88. Y la *acción negatoria* que prescribe a los 30 años. Cabe su *constitución forzosa*, singularmente cuando resulta necesaria por partición de herencia, con presunción incluso *iuris et de iure*. Reconoce también la constitución por *signo aparente*.

3.ª) *La LDCV* (=Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco) solo contempla la *servidumbre de paso*, art. 14, y admite la usucapión (son 20 años, pero sin mayor regulación).

B.) *Requisitos para poder usucapir un derecho real posesorio*. Junto a la posesión dicha y el tiempo que se dirá, el art. 1941 CC exige que sea «en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida» y, previamente, el art. 1940 CC, que sea «con buena fe y justo título por el tiempo determinado por la ley», mientras que el art. 531-24.1 CCCat, aunque también exige —al igual que el art. 1941 CC— que sea pública,

pacífica y no interrumpida, sin embargo, concluye afirmando que «no necesita título ni buena fe», lo que en sí hace ya innecesaria la dicha distinción entre ordinaria y extraordinaria, para esta última el art. 1959 CC ya no exige ni título, ni buena fe, ni distinguir entre ausentes y presentes, pero sí un plazo especial de treinta años.

C.) *Especial consideración del plazo*. Al no distinguir entre ordinaria y extraordinaria, el CCCat solo distingue entre muebles e inmuebles, por ello, el art. 531-27 CCCat precisa que «los términos de posesión para usucapir son de *tres años para los bienes muebles* y de *veinte años para los inmuebles*»; fruto de sus requisitos, el CC, art. 1955, precisa que: «El dominio de los bienes *muebles* se prescribe por la posesión no interrumpida de *tres años con buena fe*. // También se prescribe el dominio de las *cosas muebles* por la posesión no interrumpida de *seis años, sin necesidad de ninguna otra condición*». Y el art. 1957 CC dice que: «El dominio y demás derechos reales sobre *bienes inmuebles* se prescribe por la posesión durante *diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título*», y cuando falta estos dos últimos requisitos, art. 1959 CC dice que: «Se prescribe también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539», consistente esta excepción en que para las servidumbres continuas no aparentes (justo por su falta de apariencia), así como las discontinuas (justo por su falta de uso continuado) sean o no aparentes, únicamente cabe la adquisición mediante título, queda, pues, excluida cualquier modalidad de usucapión.

El abandono o derelicción es, singularmente, una forma de extinguir el dominio, sean *fincas individualizadas* (caso de la RDG de 26 de diciembre de 2018, aunque para su inscripción deberá comunicarse al Catastro para que no se siga devengando el IBI y, además, a la Abogacía del Estado para la tramitación del expediente de los arts. 17, 36 y 47 LPE); una *cuota indivisa* (RDG de 5 de mayo de 2015), que deberá ser en escritura pública, por ser un negocio jurídico aunque lo sea unilateral y no recepticio, pero sí deberá iniciarse el procedimiento para adquirirla el Estado; los *pisos en propiedad horizontal*, STS de 15 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5791), aunque no habrá liberación de las deudas ya contraídas o devengadas, por ser personales —al margen de que pueda afectar a la finca derrelicta— y no queda vacante ni va al Estado, sino que acrece y se integra en los demás copropietarios, en razón a sus cuotas (RDG de 30 de agosto de 2013 y 21 de octubre de 2014); o incluso cabe *renunciar en la multipropiedad* (RDG de 19 de octubre de 2018) con igual acrecimiento a los demás.

IV. DERECHO PATRIMONIAL: DERECHOS DE CRÉDITO V/S. DERECHOS REALES Y SU FUNCIÓN SOCIAL

Debe distinguirse entre propiedad y derechos reales limitados y, a la vez, precisar —como ya se ha visto— que la propiedad no es un derecho absoluto, junto a que todos los derechos reales están sujetos o limitados en su ejercicio y explotación por el cumplimiento de una función social, sin perjuicio de poderles imponer además limitaciones³⁸, por lo que cabe destacar las siguientes cuestiones, así:

*A.) Distinción entre derechos personales o de crédito y reales, aunque, ciertamente, en algunos casos se hable de derecho patrimonial como categoría englobante*³⁹. Ha sido una constante, devenida en

³⁸ *Vid.* Marianne ROLAIN, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, Nice, Université Nice Sophia Antipolis, 2015 (accesible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/46811317.pdf>), en cuanto trata varias de las cosas que aquí se consideran, desde la desmaterialización a la figura del *trust*, donde se reconoce como propietario al *trustee*.

³⁹ Recoge la postura clásica, aunque modulada, Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 20-29, para tras partir de la necesidad de distinguirlos (sin olvidar la constante interacción entre ambos, pues la constitución habitualmente suele ser a través de un contrato), precisa, igualmente, la necesidad de realizar dos observaciones a la pretendida unidad del Derecho civil patrimonial, así, una es la consistente en precisar que científica y didácticamente son dos materias distintas; y la otra observación es que para diferenciarlas no cabe caer en el exacerbamiento de las diferencias; pues tiene que coincidirse con Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III-*Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 2008, pp. 88-93, que la «nítida separación teórica [...], se desvanece un tanto, si lejos de contemplar exclusivamente lo que se puede llamar el esquema sustancial de la relación (crédito-deuda; derecho real-gravamen o estado de sujeción), tratamos de dirigir nuestra mirada hacia el complejo organismo o entramado que entre las partes aparece»; por ello, es cierto, que no son sectores totalmente autónomos e independientes, sino parte de una unidad que sería el Derecho de bienes, pero que igualmente, cabría precisar, cierto es que con esta denominación suele considerarse por la manualística, o demás obras de estudio y enseñanza, lo que son los derechos reales, e incluso él mismo es a lo que le dedicó prácticamente sus dos innovadores tomos iniciales de los «Fundamentos» en Tecnos, aunque posteriormente también trate e incluso anteponga el estudio de la relación obligatoria, y, continúa —LALAGUNA— con la necesidad de precisar el «objeto específico de las relaciones propias de cada disciplina», para fijarlo en las relaciones reales en el poder que implica respecto de la cosa, cfr. art. 348 CC, mientras que en la relación obligatoria sería la «conducta o comportamiento personal que se denomina técnicamente deber de prestación», cfr. art. 1088 CC, ello no es obstáculo para que en algunas relaciones obligatorias se excluya radicalmente la referencia a las cosas (caso de las obligaciones de hacer o no hacer), y en otras sea la referencia (basta pensar en las obligaciones *propter rem*), al igual que en la mayoría de las relaciones obligatorias su objeto es «la prestación de dar una cosa», cfr. arts. 1182 y 1183 CC; ahora bien la conexión entre unas y otras aun siendo innegable, sea porque la «relación jurídica real sirve de soporte a la relación obligatoria»; sea porque la «relación jurídico real es accesoria de una relación jurídico obligatoria» (caso de la hipoteca inmobiliaria, como recuerda la STS de 22 de febrero de 2013 -rec. 1759/2010, con cita de las SSTs de 16 de noviembre de 2000 y 20 de junio de 2001); o simplemente porque la «relación jurídico real es resultado de una relación obligatoria», o, finalmente, por la «coexistencia entre relaciones obligatorias y relaciones reales» (caso del usufructo y la nuda propiedad, del dueño del suelo y el superficiario o entre los condueños), lo cierto es que todas las legislaciones positivas y la realidad diaria distingue entre derechos reales y derechos personales o de crédito.

clásica, el distinguir o incluso contraponer, al margen de que pudieran darse algunas excepciones o similitudes, entre derechos reales, como derechos estáticos o absolutos, frente al derecho de obligaciones, de crédito o personales, como derechos dinámicos o relativos, sin perjuicio de que, ya hace decenios, haya surgido una fuerte corriente tendente a su unificación dentro de la categoría genérica del Derecho patrimonial, pero lo cierto es que la distinción es imprescindible y la realidad lo atestigua, así los reglamentos europeos hablan claramente de derechos reales, tanto el RSE⁴⁰, como el RRME⁴¹.

Como ejemplo de lo que se acaba de decir, de denominarse Derecho patrimonial, para, no obstante, regular lo que tradicionalmente se considera Derechos reales, está el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (=C DFA), que expresamente menciona a su Libro Cuarto como Derecho patrimonial; y, también, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (=LDCV) habla de *principios del derecho patrimonial*, aunque en su escasa regulación trata de la servidumbre (junto al caserío, arrendamiento rústico, la servidumbre de paso, el cierre de fincas o las hermandades o confradías); si bien, sí, Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (=LDCG), habla expresamente de *derechos reales*.

B.) *Distinción en todas nuestras legislaciones, incluso en las que tienen regulación completa o casi, entre derecho absoluto y limitados (frente al Common Law).* En todas nuestras legislaciones civiles se aplica la distinción —frente al *Common Law* (que no distingue entre derechos reales y de crédito)— entre la propiedad y los derechos reales limitados, y, dentro de estos, la clásica distinción entre *de uso o goce* (usufructo, uso y habitación, censos o derecho de superficie); *de adquisición preferente* (tanteo, retracto y derecho de opción) y los *derechos de garantía*; no obstante, lo cierto es que el único cuerpo completo que sí los regula *in extenso* solo sea el CCCat, lo que le permite, frente al CC, diferenciarlos entre sí; y, además, también contiene una regulación típica del *derecho de superficie*, separándolo de formas censatarias (lo que no sucede en el CC, basta ver la ubicación sistemática del

⁴⁰ Me he ocupado en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Reglamento (UE) 650/2012: Aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de los derechos reales y de régimen económico matrimonial», en Esperança GINEBRA MOLINS y Jaume TARABAL BOSCH (dirs.) *El reglamento (UE) 650/2012: Su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2016, pp. 17-54.

⁴¹ Al mismo en esta materia me he referido en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104: materias excluidas y adaptación de los derechos reales», en Ángel SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Los Reglamentos EU 2016/1103 y 2016/1104, de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2020, pp. 73-102.

art. 1611,3 CC); de la misma forma que han desaparecido, incluso en la práctica, *los censos consignativo y reservativo*⁴²; y, por otra parte, al menos en Cataluña y Baleares (art. 57 CDCB, o Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, no se da *el rechazo del censo enfitéutico* (lo que sucedió, en la legislación civil en general, como consecuencia de la Revolución Francesa), pues está regulado positivamente —y sucesivamente modificado en Cataluña, aunque tenga muy escasa aplicación práctica, salvo para redenciones y cobros de laudemios— para acentuar su carácter de derecho real en cosa ajena y, por tanto, queda superada su concepción como *dominio dividido* (dueño directo y dueño útil o enfitauta); como también está superada la concepción del usufructo como *pars domini*⁴³; de otro lado se contemplan y tienen aplicación práctica, singularmente en el ámbito de la propiedad horizontal, los derechos de vuelo y los sobreedificación o subedificación, los tres tienen cuota sobre el suelo, frente al derecho de superficie, que aparece como una propiedad separada sobre lo que ya existe o lo que levantará al ejercitarse.

C.) *La CE'78 reconoce la propiedad privada y su función social.* Aunque sea de aplicación general a todos nuestros Derechos civiles el cumplimiento de la función social, a la que ya me he referido *supra*; matizar, no obstante, nuevamente que por su reconocimiento constitucional, art. 33 CE'78 debe aplicarse con preferencia —por su rango normativo a cualquier regulación concreta en norma de rango inferior, como son las distintas legislaciones civiles autonómicas; dicho esto, lo cierto es que solo el CCCat, art. 541-2, pues no sucede lo mismo con el otro código, o sea, el CDFA, reconoce el sometimiento al cumplimiento de dicha función social, cuya única posible interpretación es la que deriva del texto constitucional por su jerarquía normativa; también reconoce el art. 33 CE'78 la propiedad privada, pero no como régimen jurídico frente a los derechos reales limitados, sino *como forma de apropiación de la riqueza*, al igual que ello también se deriva del art. 128 CE'78.

⁴² *Vid.*, no obstante, para el censo reservativo (o *establiment*, que se configura, según su doctrina, como carga real y no como división del dominio), junto con el enfitéutico, los alodios y, previamente estudia el derecho *d'estatge* (según su art. 54 CDCB es «derecho personalísimo e intransmisible de habitar gratuitamente en la casa»), las Lecciones 8-El derecho *d'estatge* y 9-Los censos y alodios, por Francesca LLODRÀ GRIMALT, «III. Los Derechos reales», en M^a Pilar FERRER VANRELL (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Palma (Illes Balears), Universitat de les Illes Balears, 2001, pp. 97-107; y para el consignativo, Francisco SALINAS QUIJADA, *Compendio de Derecho civil navarro*, Pamplona, Gobierno de Navarra, 1991, p. 95, y Leyes 542-544 derogadas, que con la reforma que entra en vigor a 16 de octubre de 2019, regulan, en parte, el censo vitalicio, Leyes 541-544.

⁴³ No lo veía entonces así Ramón María ROCA SASTRE, «La concepción del usufructo como "pars domini" y sus reflejos en la legislación del impuesto de derechos reales», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 72, 1942, pp. 575-587.

En el ámbito positivo ordinario la función social, a la que el CCCat le dedica un art. 541-2 CCCat, también puede tener un sentido positivo —de manifiestamente mejorable— y un sentido o enfoque negativo, este último impide no hacer o descuidar gravemente los bienes raíces, sean rústicos o incluso urbanos, con su evidente influencia en el ámbito de la vivienda, sea en propiedad o arrendamiento.

V. FOMENTO DE LA PROPIEDAD INDIVIDUAL: CIERRE DE FINCAS VS. COMUNIDAD GERMÁNICA Y RELACIONES DE VECINDAD

Junto a las características que ya se han señalado de la propiedad ahora cabe resaltar algunas relacionadas con *la supresión de ciertas limitaciones al goce individual* (por lo que de forma limitada —pues se dejan subsistentes ciertos goces ancestrales— se permite el cerramiento de las fincas), junto al *reconocimiento expreso de la posible existencia de comunidades germánicas*, así se dan las siguientes situaciones en nuestros distintos Derechos civiles, o sea:

A) Fomento y preeminencia de la propiedad individual (o condominio) libre de gravámenes frente a la propiedad comunal, con respeto de costumbres propias de cada territorio, por ello se establece:

1.º) Cerramiento de fincas para su explotación y uso individual, aunque subsisten ciertos bienes comunales (infra). Se contempla de la siguiente forma:

a) En el FNN, para el cerramiento de fincas, Ley 348, dice que: «Todo propietario tiene derecho a cercar sus fincas, pero deberá respetar el ejercicio de los derechos reales que existan sobre ellas. // Se entenderá por finca cerrada la cercada por tapia o pared, alambrada, seto vivo o seto con palos, o de cualquier otro modo, dejando puerta, “langa”, “keleta” o “kereta”, conforme al uso o costumbre del lugar». Y, además, para los pastos, la Ley 402 precisa que: «El propietario de una finca gravada con servidumbre de pastos podrá cerrarla, pero para el acceso del ganado de la finca dominante deberá dejar paso, “langa”, “keleta” o “kereta”».

b) En la LDCV, art. 15, también se admite el cierre de las fincas, preservando el derecho de paso -de carácter no lucrativo y sin vehículo- y respetando los cultivos. Por otra parte, art. 16, a las cofradías, hermandades o mutualidades no las considera formas de comunidad sino de sociedad civil, que inscritas tendrán personalidad jurídica⁴⁴, lo que no excluye que no inscritas carezcan de ella.

⁴⁴ Se destaca esta atribución de personalidad jurídica por Gontzal AIZPURUA ONDARO, “sub Artículos 12 a 16», en Andrés M. URRUTIA BADIOLA (dir./coord.), *La Ley 5/2015, de 25 de*

2.º) *Comunidad solidaria y comunidad germánica, e incluso bienes comunales*. Se dan los siguientes supuestos:

a) *En el FNN*, se contempla la comunidad germánica (Ley 377), exista *por costumbre* o establecida por voluntad de los constituyentes y será indivisible cuando comprenda al común de los vecinos, en otro caso, para su división requerirá el acuerdo unánime de todos los comuneros. Además, se admite *la comunidad solidaria* (Ley 378), tanto *en la propiedad* como en cualquier derecho real, y será solidaria cuando se disponga *en el título de su constitución*.

Se contempla la «corraliza» como un derecho de aprovechamiento parcial sobre la finca ajena, consistente la *comunidad indivisible* constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución, a uno o a varios, de los aprovechamientos especiales de pastos, hierbas, aguas, leñas, siembras u otros similares. Estos derechos especiales son transmisibles «inter vivos» o «mortis causa». Igualmente, se contemplan las «facerías», «helechales», «dominio concellar» y «vecindades foranas» (la participación en el disfrute de *los bienes comunales*, concedida por los entes locales, que, además, *en lo sucesivo no podrán constituirse «vecindades foranas»*)⁴⁵.

b) *En la LDCG*, se contemplan *los montes vecinales en mano común*, como supuesto típico de comunidad germánica, con treinta años para reclamar la condición de comunero- y dice: «en régimen de comunidad sin asignación de cuotas por los miembros de las mismas»,

junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial, Madrid, Dykinson-Academia Vasca de Derecho, 2016, pp. 43-44, frente a la discusión en el CC; no obstante, la encuentro verdaderamente sin fundamento dicha discusión en el CC, para lo que me permito remitirme a Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «La personalidad jurídica de la sociedad civil: su posible antecedente en el Código civil argentino», en VICENTE CUNAT EDO, et al. (dirs.) *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 701-725, salvo que no se le quiera dar relevancia a los antecedentes históricos y al debate parlamentario de la 2.ª ed. CC, entre GAMAZO y AZCÁRATE, pues la sociedad civil en el CC siempre ha tenido personalidad jurídica, arts. 35 y 36 CC en relación con el art. 1669 CC, que no le da dicha personalidad interpretándose *a contrario*, sino que se limita a excluir las que no lo quieren ser manteniéndose en secreto.

⁴⁵ Para un mejor y más extenso conocimiento cabe acudir a SALINAS QUIJADA, *op. cit.*, pp. 30-37, con estudio singular de las «corralizas», a las que se refiere la SSTs de 18 de noviembre de 1974 y 7 de marzo de 1981 (de la que resulta que existiendo título queda excluida la aplicación de usos o costumbres contrarias, siendo hoy incluso susceptibles de extinción); *facerías y helechales* (SSTs de 14 de diciembre de 1979, 16 de febrero de 1979, 24 de abril de 1978, 31 de octubre de 1978 y 14 de marzo de 1977, de las que dice que califican «la figura del helechal como un aprovechamiento de helechos de terrenos comunales transmitido a través de los años por las diversas sucesiones familiares, es decir, aprovechamiento de las producciones espontáneas del helecho en monte comunal»; «dominio concellar»; objeto de las SSTs de 20 de enero de 1966 y 7 de octubre de 1965); y, finalmente, la *vecindad forana*, que fue privilegio de la nobleza, pero que como señala, recogiendo la STS de 30 de junio de 1898, precisa que, actualmente, «debían considerarse aplicables a todos los que por cualquier título adquirieran o hubieran adquirido la vecindad forana».

art. 14. Pero, por otra parte, configura *los montes abertales* como *comunidad proindiviso*, con reconocimiento de la costumbre y lo inmemorial. Y remisión al art. 393 CC. Está, también, *la comunidad en materia de aguas*, y de nuevo prima la costumbre. Contemplada como *comunidad vecinal*, regida según los *usos y costumbres de la comunidad*, y sin perjuicio de los aprovechamientos existentes. Considerándose inmemoriales y acreditativos con acta de presencia inscribible. Y, finalmente, son *muiños de herdeiros* los de *propiedad común indivisible* [por su funcionalidad, pero como condominio con cuota, eso sí indivisible, como serían los garajes] dedicados a moler granos para consumo familiar y alimentación del ganado de sus copropietarios, cualquiera que sea su origen y estado de conservación⁴⁶.

c) *En el CDFA*, se contempla tanto *la comunidad en mano común* (art. 585) como *la proindiviso de pastos* (comunidades de pastos y ademproios, artículos del 537 al 587)⁴⁷, que se regirán por el título y *por la costumbre local o general*. De no resultar de ellos otra cosa, cada titular podrá ejercitar su aprovechamiento en toda la extensión que consienta el disfrute correspondiente a los demás titulares.

B) *Relaciones de vecindad y otras limitaciones a la propiedad*. Se regula de la siguiente forma:

1.º) *En el FNN*, los *árboles* —Ley 367— los trata como un supuesto de limitaciones a la propiedad, pudiendo cortar las raíces, pero no las ramas. Además, como distinción conceptual, Ley 394, no son servidumbres: «1. *Las limitaciones legales por razón de vecindad*». Junto a admitir la usucapión, pero merece destacarse en luces y vistas. *Las servidumbres de luces y vistas*, Ley 403, «*dan a su titular el derecho de mantener en su pared huecos que le permitan recibir luz por la finca sirviente o el de proyectar la mirada sobre él. Estas servidumbres impiden al dueño de la finca sirviente la construcción a distancia menor de tres metros de la pared o del voladizo, en cuanto reduzca o dificulte las luces o las vistas*».

2.º) *En el CDFA*, se recuerda que la Observancia 6.^a, *De aqua pluviali arcenda*, y la *costumbre* sirvieron de fundamento a la Compilación para construir *un sistema de relaciones de vecindad*. Unido a que

⁴⁶ Para toda esta materia de la *veciña* y los bienes comunales, los montes vecinales en mano común, los montes abertales, de varas, de voces o de fabeo, así como la comunidad en materia de aguas, la *agra o vilar*, la *serventía* y los *muiños de herdeiros*, me remito a José Manuel BUSTO LAGO (dir.[y autor de lo que aquí interesa]) y Natalia ÁLVAREZ LATA y Fernando PEÑA LÓPEZ, *Curso de Derecho civil de Galicia*, Barcelona, Atelier, 2015, pp. 225-288.

⁴⁷ Para esta materia, en general, cabe acudir a José Luis ARGUDO PÉREZ, «*sub* Artículo 585-587», en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), *Comentario al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, pp. 780-783, con cita, en esta última, para las comunidades en mano común, de las SSTs de 22 de enero de 1953, 8 de abril de 1965 y 29 de octubre de 1993.

la *tolerancia* no constituye, para el que se beneficia, ningún derecho subjetivo ni propicia su adquisición.

Como cuestiones más concretas debe decirse que *las relaciones de vecindad* (que no se extinguen por prescripción) es lo primero que se regula en su Libro IV, junto, como indica su Preámbulo, «las servidumbres, con particular atención a la de luces y vistas e inclusión de las servidumbres y comunidades de pastos y ademprios (artículos del 537 al 587)».

En *la servidumbre de luces y vistas*: Se subraya el derecho del propietario sobre cuyo fundo recaen las luces o las vistas a *edificar o construir sin sujeción a distancia alguna y como estime conveniente*. Estas luces y vistas no son un derecho de quien las disfruta ni una limitación para la propiedad vecina, cuyo titular podrá ejercitar todas las facultades dominicales como estime conveniente, *con los límites genéricos del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo*. Solo los voladizos que caigan sobre fundo ajeno y, además, reúnan las características determinadas en el artículo 548, son signo aparente de servidumbre de luces y vistas. Dentro del carácter no imperativo de las distancias, se precisa, igualmente, que pueden abrirse huecos para luces y vistas *sin sujeción a dimensiones determinadas*. Unido a que, conforme al art. 550, «1. La facultad de abrir huecos para luces y vistas concedida en los artículos anteriores no limita, altera ni modifica el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna y como estime conveniente». Debe destacarse, singularmente, respecto de las distancias que: «2. También podrá, sin necesidad de edificar o construir, obstaculizar o limitar las vistas a espacios utilizados para su vida familiar o personal»⁴⁸.

Finalmente, con remisión a la costumbre local o comarcal, a falta de título constitutivo, se regula de *alera foral de pastos entre términos contiguos*; y, también, los *ademprios* (art. 585), o tradicionales derechos de pastos, leñas y demás ademprios que constituyan derechos reales de aprovechamiento parcial, y en los que se estará al título, posesión inmemorial o la costumbre.

⁴⁸ Destaca ARGUDO PÉRIZ, «sub art. 550», *op. loc. cit.*, p. 746, que: «A la finalidad de conservación íntegra de la facultad edificatoria, que diferencia relaciones de vecindad de servidumbres (art. 576), se superpone la protección de la privacidad contemplada en el art. 550.2 [...], que es una aplicación en relaciones vecinales prediales del art. 18 CE sobre protección de la privacidad e intimidad, tal como indica la STSJA 23 Ene. 2008, que subraya la doctrina constitucional sobre vinculación de los derechos fundamentales también a los particulares en sus relaciones de derecho privado», recordando, además, que la relaciones de vecindad aragonesas se fundan «en una amplia y mutua tolerancia vecinal [...] que exige] tomar medidas correctoras para rebajar y reconducir las inmisiones a los límites de la razonabilidad y la normal tolerancia (SAPZ 19 Nov. 2004)», valga la amplia cita para justificar cómo cada vez más el derecho civil se «fundamentaliza», en el sentido de tenerse que aplicar conforme a los derechos fundamentales y demás tratados o convenciones internacionales al efecto.

3.º) *La LDCG*, habla expresamente de *relaciones de vecindad*, art. 75, y comienza regulando con nombre propios *presunciones de pertenencia* de paredes al predio superior, zanjas, etc. La *serventía* —arts. 76 a 8— es el paso o camino privado de titularidad común y sin asignación de cuotas, no cabe acción de división y también establece presunciones de titularidad sobre el terreno ocupado.

C) *Regulación explícita de determinados derechos reales de goce, singularmente los que pudieran vincularse con figuras censatarias*. No procede contemplar los clásicos derechos reales limitados de goce (usufructo, uso, habitación, superficie, etc.), pues salvo en las figuras censatarias, en todos nuestros Derechos civiles, por regir el *numerus apertus* pueden conseguirse muy similares efectos; no obstante, sí debe indicarse que unos lo son más ampliamente regulados que otros, así los regula íntegramente el CCCat y, prácticamente también, el FNN.

El FNN contempla el usufructo, habitación, uso y otros derechos similares, los tres primeros no presentan singularidades absolutamente novedosas, salvo que la Ley 408 lo hace con exclusión expresa de la facultad de disponer⁴⁹. Regula, igualmente, como *excepción* a la regla de accesión al suelo, *los derechos de superficie* (lo construido será una propiedad separada, *vid.* STS de 1 de febrero de 1979); *de sobreedificación o subedificación* (sí se adquiere cuota en el suelo, pues se integran en el edificio); *de propiedad horizontal y de plantación*. Y, muy singularmente, frente al principio de determinación dispone que: «Son inscribibles en el Registro de la Propiedad, *aunque no se determinen los elementos accidentales*, como plazo de iniciación o terminación, características, presupuestos, mejoras, usos, explotación, destino o conservación de la obra a realizar», Ley 428. Tres FNN. Los separa de lo censatario y, por ello, dice que *no son redimibles contra la voluntad de su titular*. Y, además, *caso de enajenación de estos derechos o de la propiedad, no habrá lugar al tanteo y retracto*. Y en lugar de consolidación habla, Ley 429, de: «Confusión. Si se reunieran en un mismo titular la propiedad del suelo y uno de estos derechos especiales sobre el mismo, *los derechos reales que afecten a una y otros continuarán gravándolos separadamente*».

VI. DERECHOS REALES LIMITADOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE, DE ORIGEN LEGAL

Dentro de los derechos reales limitados de adquisición deben distinguirse los convencionales, que pueden, por pacto y en aplicación de la regla del *numerus apertus*, darse en cualquier territorio, y distinto

⁴⁹ Precisa SALINAS QUIJADA, *op. cit.*, pp. 39-40, que también sería admisible la facultad de disposición conforme a la STS de 9 de octubre de 1986, contemplado en la Ley 152.

serán los tanteos y retractos de origen legal, así conviene distinguir, dentro de las legislaciones que le han dado mayor regulación o tienen un más claro origen histórico, los siguientes supuestos:

1.º *El FNN*, Ley 445, precisa —dentro de la sempiterna discusión de si son dos derechos el tanteo y retracto o, si, sin embargo, son las dos caras de un mismo derecho que el derecho de retracto presupone siempre el derecho de tanteo, y, en los que es la prelación entre los retractos, precisa que —Ley 446— en orden a la «Prelación. Los retractos legales gratuitos, de “vecindad forana”, “corralizas” o “helechales” y el gentilicio, por este orden, tienen prioridad respecto a los de comuneros, colindantes, arrendatarios, enfiteutas y a cualesquiera otros derechos de adquisición preferente de carácter civil o administrativo, los cuales, a su vez, tendrán la preferencia entre ellos que establezca la legislación que resulte de aplicación. // En defecto de la preferencia específica establecida para cada tipo de retracto, cuando concurren varios titulares que pretendan ejercitar un derecho de la misma naturaleza, todos ellos podrán ejercitarlo en proporción a su participación en la cosa común. // En todo caso, los retractos legales prevalecen sobre los derechos convencionales de opción, tanteo y retracto».

Los retractos legales —Ley 445 y ss.— son el gentilicio, gratuito, de comuneros, de coherederos, enfiteútico, de colindantes y arrendatario, junto a contemplarse la opción, tanteo y retractos convencionales⁵⁰.

Para los *DAP* voluntarios, precisar que el *derecho de opción* (durará diez años si es real, Ley 461), y que el *tanteo y retracto voluntario* tendrán carácter real cuando así se establezca.

2.º *La LDCG* contempla el *retracto de comuneros* en los *muñños*. Y, además, el *retracto de graciosa* (con carácter sustantivo y no procesal)⁵¹, conforme al que, en todos los casos de ejecución patrimonial sobre bienes que formen parte de una explotación agraria, *el deudor ejecutado*, que tuviera la condición de profesional de la agricultura, podrá retraer los bienes adjudicados en el plazo de treinta días hábiles a partir de la fecha de notificación de la adjudicación.

3.º *El CDEA* contempla el *derecho de abolorio o de la saca*, arts. 588-598, para ejercitarse el bien debe llevar dos generaciones en la familia, caduca a los dos años de la enajenación y durante cinco no puede venderse salvo venir a peor fortuna, unido a que puede renunciarse incluso sin previsión de una concreta venta futura, sino de

⁵⁰ Me remito, de nuevo, a SALINAS QUIJADA, *op. cit.*, pp. 54-60.

⁵¹ Igualmente me remito, para su estudio detenido, a BUSTO LAGO, *op. loc. cit.*, pp. 359-364, con cita de la STSJ Galicia de 22 de febrero de 2000 y la normativa especial que también puede influir.

forma genérica⁵²; es un *derecho de adquisición preferente, ejercitable como tanteo y, subsidiariamente, como retracto*, que la ley concede a determinados parientes de quien pretenda enajenar o enajene bienes de abolorio a quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes. *Es preferente a cualquiera, salvo el de comuneros y los establecidos a favor de entes públicos*, art. 598.

En el resto de legislaciones forales conviene destacar, aunque en algún caso no sean estrictamente retractos legales, *la saca foral vasca*⁵³, art. 83; y en *el CCCat*, conviene destacar que, conforme al principio de libertad civil, su Preámbulo dice que se opta por «*la limitación de los derechos de tanteo y retracto legales a los casos indispensables y en el establecimiento de una regulación de los derechos reales limitados que casi siempre es subsidiaria del pacto entre las partes*»; en todo caso, y por lo que aquí nos ocupa, igualmente dice, su Preámbulo que el «*título VI, el más extenso del libro con mucha diferencia, regula los derechos reales limitados de usufructo, uso y habitación; de aprovechamiento parcial, superficie, censo enfitéutico y vitalicio, servidumbre, vuelo, opción, tanteo y retracto, incluidos los retractos legales* [observar que conforme al art. 552-4.2 “el tanteo comporta el retracto”] *de colindantes y el gentilicio del Valle de Arán conocido como tornería; los derechos de retención, prenda y anticresis, y, finalmente, algunas especialidades del derecho de hipoteca resultantes de las especificidades del derecho catalán*», no cita el derecho de adquisición preferente del nudo propietario, quizás, más frecuente en la práctica, y contemplado en el art. 561-10 CCCat, susceptible tanto en la transmisión onerosa como gratuita.

VII. DERECHOS REALES LIMITADOS DE GARANTÍA

En los derechos reales de garantía, lo esencial son las formas de garantía típicas, y estas tienen regulación estatal, en lo que es lo fundamental, o sea, su ejecución y las reglas relativas a la concurrencia y prelación de créditos, sin embargo, si se contempla en el FNN las garantías incluso atípicas, pero con las limitaciones que derivan de su ejecución por ser procesal, de su preferencia y prelación por ser estatal, y por ser, en consecuencia, inaplicable el sistema de *numerus apertus*.

El FNN, *Ley 463*, contempla las «*Garantías. El cumplimiento de una obligación, o los efectos de su incumplimiento, podrán asegurarse*

⁵² Conforme a su Preámbulo «*superó el trance de la codificación y quedó plasmado tanto en el Apéndice de 1925 como en la Compilación de 1967. Los inconvenientes que presenta en el tráfico inmobiliario no son suficientes para suprimirlo, pues responde a intereses y concepciones familiares dignos de protección*».

⁵³ Me remito a Ana SEISDEDOS MUIÑO, «Troncalidad y preferencia. La saca foral», en Jacinto GIL RODRÍGUEZ (dir.), *Manual de Derecho Civil Vasco*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 232-241.

con fiducia, arras, prenda, hipoteca, anticresis, derecho de retención, depósito en garantía, pacto de retracto, reserva de dominio, condición resolutoria, prohibición de disponer u otras cualesquiera formas de garantía real o personal».

Más extensa es la regulación catalana, en las figuras típicas, y así se dice claramente en su Preámbulo que *«la regulación de los derechos reales de garantía del capítulo IX se hace siguiendo la Ley 19/2002, aunque se simplifica la normativa concerniente al derecho de retención, e introduciendo la regulación de la hipoteca para supuestos específicos del derecho catalán a los que la legislación hipotecaria no daba hasta ahora la solución adecuada, como es el caso de los bienes sometidos a fideicomisos, de la hipoteca en garantía de pensiones compensatorias derivadas de sentencias de separación o divorcio y de pensiones por alimentos, o de la subrogación en el pago de la pensión periódica o censal en caso de finca hipotecada en garantía de este»*; y, además, refiriéndose a esta materia dice: *“Artículo 569-1. Los derechos reales de garantía. // El presente código regula los derechos reales de garantía siguientes, que pueden constituirse para asegurar el cumplimiento de una obligación principal: a) El derecho de retención. // b) La prenda. // c) La anticresis. // d) La hipoteca»*⁵⁴.

VIII. CONCLUSIONES

Como conclusiones finales puede decirse que los derechos reales siguen teniendo su propia sustantividad dentro del derecho patrimonial, y diferenciados, claramente, de los derechos personales o de crédito, aunque puedan tener más que notas comunes, elementos de coincidencia, por su propio carácter patrimonial, pero no permite aseverar que son una misma cosa, ni tampoco se obtienen ventajas de esa pretendida asimilación, cuando no se da cierta confusión, así el préstamo hipotecario es derecho personal de crédito y accesorio en cuanto a la hipoteca.

Todos los derechos reales en nuestras diversas legislaciones tienen unas notas comunes, pudiéndose entresacar, al menos, una decena, que los permite identificar como tales derechos reales, pero, a la vez, también encuadrar a todos en una misma categoría, cualquiera que sea la legislación civil que los regule, pues todos, salvo excepciones —como puede ser la medianería— tienen una estirpe romana, pero igualmente el tiempo y el mirarse más que en nuestro Derecho histórico en legislaciones foráneas ha hecho nacer ciertas diferencias.

⁵⁴ Nada impide que se utilicen otras instituciones con finalidad de garantía, siempre que se respeten sus límites estructurales, así Pedro DEL POZO CARRASCOSA, «El cens emfitèutic com a dret real de garantia i com a mecanisme de pagament», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 26, 2022, pp. 109-133.

En materia de servidumbres, aunque se intenta ir reduciendo las manifestaciones locales (a veces un tanto costumbristas), y aunque, sin duda, se aplicarán en la práctica y así lo conciben sus practicantes, sin embargo, según evoluciona la agricultura y las técnicas constructivas cada vez se hace más difícil su mantenimiento y, aún, cabe duda de su aplicación diaria, e incluso del conocimiento de su existencia. Y, desde luego, siempre tendrán que interpretarse conforme a la CE'78, que también influye por su protección del medio ambiente.

La propiedad viene marcada constitucional, singularmente en la función social, y ello es insoslayable, pues tan inconstitucional sería no observarla como superarla en la manifestación que le dé en cada momento el Tribunal constitucional.

Lo que son los derechos reales limitados, regulados o no, pueden, prácticamente, por la teoría del *numerus apertus*, conseguirse idénticos efectos en el ámbito de cualquiera de nuestras legislaciones civiles, y sí presentan singularidad típica de cada territorio los retratos legales.

Para concluir las garantías vienen marcadas de forma decisiva por la legislación especial estatal, singularmente, por la legislación hipotecaria y de regulación de la prenda, y sí caben otras garantías que las tradicionales de prenda, hipoteca, retención y anticresis, pero las garantías atípicas tienen un problema insoslayable en lo que sea su convención atípica que se encuentra en las reglas de concurrencia y prelación de créditos y en la legislación hipotecaria.

LA LEY APLICABLE A LOS DERECHOS REALES EN LOS CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES EN ESPAÑA: ALGUNOS DESAJUSTES

Albert FONT I SEGURA*
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. FUNDAMENTOS COMUNES: 1. Unidad de jurisdicción; 2. Ordenación de los registros e instrumentos públicos; 3. Bases de las obligaciones contractuales.- 4. Sistema unitario para resolver los conflictos de leyes; III. IMPACTO DE LOS CONFLICTOS INTERLOCALES DE LEYES: 1. La Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco; 2. La servidumbre de paso.— IV. INSTITUCIONES DE NATURALEZA HÍBRIDA: 1. La troncalidad vasca; 2. La tornería aranesa; 3. El retracto gentilicio navarro; 4. El derecho de abolorio aragonés.— V. CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL: 1. Presentación; 2. Conflicto de competencias.— VI. PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN.— VII. A MODO DE REFLEXIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La pluralidad normativa en materia civil en España alcanza también la regulación de los derechos reales. Esta diversidad puede generar situaciones en las que deba determinarse cuál de las leyes españolas es de aplicación. Los conflictos de leyes que se pueden suscitar como

* Profesor titular de Derecho internacional privado de la Universitat Pompeu Fabra (*albert.font@upf.edu*). El presente estudio se ha llevado a cabo bajo el Proyecto de investigación I+D+I subvencionado por Ministerio de Ciencia e Innovación, «La inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código civil español» (Ref. PID2022-138909NB-I00), dirigido por María Paz García Rubio y Javier Maseda Rodríguez.

consecuencia de la pluralidad del ordenamiento español pueden tener incidencia tanto en supuestos internacionales como en supuestos interterritoriales, también llamados interregionales, si seguimos la terminología tradicional¹. En efecto, las divergencias existentes en el seno del ordenamiento plurilegislativo español pueden aflorar bien en supuestos internacionales en los que sea designada la ley española y deba establecerse cuál de las leyes españolas, bien en supuestos internos conectados con distintos Derechos civiles españoles que presentan divergencias en la regulación de los derechos reales.

No cabe duda de que esta heterogeneidad no representa un enorme desafío para el ordenamiento plurilegislativo español dada la existencia de lo que podríamos denominar unos fundamentos de cohesión (epígrafe II) que cimentan una infraestructura que neutraliza la inseguridad jurídica que podría desencadenar la divergencia². Cabe destacar entre estos fundamentos la norma adoptada por el legislador estatal para la resolución de los conflictos internos de leyes. Se trata de la regla *lex rei sitae*, cuya simplicidad debería contribuir a descartar cualquier incertidumbre y disfunción. No puede negarse que, en términos generales, así es. No obstante, y pese a estos fundamentos comunes, esta contribución pretende señalar aquellos ámbitos, dispersos, en los que aparecen algunos problemas o desajustes. Así, se expondrá la complejidad añadida que reporta la existencia de conflictos interlocales (epígrafe III). En efecto, el «nacimiento» de una nueva vecindad civil, la vasca, y el papel que preponderantemente había tenido la vecindad civil como punto de conexión en supuestos interregionales, ha provocado algún tropiezo que debe ser enmendado, dando entrada a la regla *lex rei sitae*. Mayor entidad tiene la falta de previsión normativa en el sistema conflictual respecto de instituciones de naturaleza híbrida, que expresan una determinada concepción del patrimonio familiar, existentes en el Derecho civil propio de algunas CCAA (epígrafe IV). Instituciones como la troncalidad vasca, la tornería aranesa, el retracto gentilicio navarro o el derecho de abolorio aragonés no tienen reflejo alguno en

¹ Al margen de la oportunidad y acierto del uso general de la expresión «supuestos interterritoriales», cabe decir que es en el ámbito de los conflictos de leyes internos en materia de derechos reales donde esta expresión encuentra su mejor acomodo, si tenemos en cuenta del principio de territorialidad.

² En realidad, y tomando como referencia el tráfico jurídico internacional desarrollado en la UE, *vid.* N. REICH, «Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law», CML Rev, vol. 29, 1992, pp. 861-896, la existencia en España de distintos polos de producción normativa estimula una positiva competencia entre ordenamientos. Basta con considerar, en el ámbito de los derechos reales, la consideración por parte del ejecutivo español en el proyecto «España 2050» para regular la propiedad temporal y la propiedad compartida en una forma muy similar a cómo fue concebida por el legislador catalán en la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña. Esta posibilidad, aunque barajada inicialmente, no ha sido recogida en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

el sistema unitario para resolver los conflictos de leyes y se resuelven mediante normas autonómicas. El trabajo también analizará la función de la regla *lex rei sitae* como *forum legis* en el control administrativo de las calificaciones registrales en Cataluña (epígrafe V), poniendo de manifiesto la dificultad con la que, mediante esta regla, se conjuga la competencia de los órganos administrativos estatal y catalán. La intervención de distintos legisladores, y la *ratio* y concepciones subyacentes en los Derechos civiles coexistentes en España, exige asimismo que se constaten los problemas de calificación que puedan suscitarse (epígrafe VI). El estudio concluirá con una valoración de los resultados obtenidos (epígrafe VII).

II. FUNDAMENTOS COMUNES

Aun con ser conocidos, no está de más apuntar los fundamentos de cohesión del sistema. Su exposición va a permitir poner de manifiesto que se trata de resortes fundamentales que mitigan las eventuales dificultades que podrían suscitarse a raíz de la pluralidad normativa, pero, al mismo tiempo, servirá también para mostrar las imperfecciones en su implementación.

1. Unidad de jurisdicción

La pluralidad normativa española viene determinada por un rasgo que configura la estructura del ordenamiento, como es el principio de unidad de jurisdicción³. En España hay una sola jurisdicción. Cuando un órgano jurisdiccional está conociendo de un supuesto interregional lo hace con independencia del territorio en el que tenga su sede y con independencia de la ley española que esté aplicando. Esta afirmación no queda alterada por el hecho de que, conforme al Estatuto de Autonomía correspondiente⁴, las salas de lo civil y penal de los Tribunales superiores de justicia de cada Comunidad autónoma (en adelante, CA) con Derecho civil propio tengan atribuida la competencia para resolver los recursos de casación que se funden, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil propio de la comunidad⁵. En efecto, estos órganos jurisdiccionales culminan en cada CA la organización del poder judicial en su ámbito territorial, sin

³ R. ARENAS GARCÍA, «La pluralidad de Derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español», en A. Font i Segura (ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Bosch Atelier, 2011, pp. 51-79.

⁴ Vid. art. 63 EA de Aragón, art. 94 EA de les Illes Balears, art. 95.2 EA de Cataluña, art. 22 EA de Galicia, art. 61 EA de Navarra, art. 14 EA del País Vasco.

⁵ Vid. art. 478.1 LEC y art. 73.1 LOPJ.

perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo⁶, pero su jurisprudencia vincula a los órganos de toda la jurisdicción española. Un órgano jurisdiccional con sede en territorio de Derecho civil común se debe a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la CA cuya ley deba aplicar, del mismo modo que un órgano jurisdiccional con sede en territorio con Derecho civil propio se debe a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si la ley que debe aplicar es la del Derecho civil común, o a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de otra CA, si debe aplicar la ley de ese otro Derecho civil español. En definitiva, existe en España un Poder Judicial único y de carácter estatal cuya función emana del Estado. Un Estado que es unitario en el ejercicio de su jurisdicción, sin excluir por ello su carácter plural — pluralidad de polos de producción normativa— en materia civil.

La unidad de jurisdicción se completa con la uniformidad de la legislación procesal de competencia exclusiva estatal, sin perjuicio de la competencia autonómica respecto de las necesarias especialidades derivadas de las particularidades del Derecho sustantivo de las CCAA. La pluralidad normativa en el ámbito civil se conjuga con la unidad normativa en el ámbito procesal⁷.

2. Ordenación de los registros e instrumentos públicos

Una de las garantías de la seguridad del tráfico jurídico proviene de la existencia de un reflejo registral de las operaciones transmisivas. El registro o inscripción del derecho acredita la titularidad en aplicación del principio de fe pública registral y simplifica la transmisión. Cuando de derechos reales se trata, en particular con relación a la titularidad de derechos reales inmobiliarios, la administración pública tiene asignada una intervención directa, normativa e institucional⁸ mediante el pro-

⁶ *Vid.* art. 152 CE y art. 70 LOPJ, así como la STC 31/2010, de 28 de junio ECLI:ES:TC:2010:31, FJ 44, y la STC 137/2010, de 16 de diciembre ECLI:ES:TC:2010:137, FJ 8.

⁷ Como ejemplo *vid.* el AAP Girona de 19 de diciembre de 2017 ECLI:ES:APGI:2017:1134A. En el marco de la reclamación de deuda a la comunidad de propietarios de un copartícipe, situada en Gerona, se plantea la posibilidad de reclamar los gastos de abogado y procurador junto con la deuda. La cuestión no está regulada en el Libro Quinto del CCCat, mientras que sí lo está en el art. 21.6 de la Ley de Propiedad Horizontal donde es posible tal reclamación. Se aplica en ese caso la Ley de Propiedad Horizontal porque la normativa catalana incluye una remisión a la normativa procesal (estatal) que debe comprender el art. 21.6 de la Ley de Propiedad Horizontal, y no limitarse a los preceptos contenidos en la LEC. En otras palabras, se califica esta cuestión como procesal.

⁸ Más acentuada en el ámbito de los bienes inmuebles que en el de los bienes muebles, debido al alcance legitimador otorgado a la posesión mobiliaria, F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *Racionalidad subyacente y evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa de derechos reales. Especial referencia a la función del Registro de la Propiedad Inmobiliaria*, p. 99 (consultado en https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/675921/FPMG_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

cedimiento registral⁹, ostentando el Estado la competencia exclusiva para regular la organización u ordenación substantiva de los registros de carácter civil. En ejercicio de la competencia atribuida con carácter exclusivo al legislador estatal para la organización u ordenación substantiva de los registros de carácter civil se determinan, de acuerdo con la STC 157/2021 de 16 de septiembre, «las condiciones para el acceso a los mismos de los actos inscribibles, los efectos de la publicidad y de la protección que otorga la inscripción», comprendiendo los requisitos que han de cumplirse para tal inscripción, así como los presupuestos, modos y efectos de la misma. Cuestiones todas ellas relativas a la protección legal que el registro dispensa frente a terceros y que, como tales, constituyen la ordenación substantiva de la actividad registral que ha de estar sometida a una regulación uniforme. Es, por tanto, la ley estatal la que establece la regulación del registro, la protección que la inscripción registral otorga o la publicidad que deriva de la referida inscripción y la determinación de los actos y negocios jurídicos susceptibles de ser protegidos de ese modo. No obstante, la pluralidad normativa introduce matices y determina esa regulación estatal. Así, la regulación hipotecaria comprende una cláusula de apertura que toma en consideración la inscripción de los derechos reales previstos en las legislaciones autonómicas con Derecho civil propio¹⁰, en cuyo caso la legislación estatal «dispone indirectamente [...] los actos o negocios jurídicos con trascendencia civil que son susceptibles de inscripción registral»¹¹. Este condicionante es destacado por el TC, que adopta «una interpretación integrada y armónica de las competencias estatales y autonómicas sobre la legislación civil», y admite que las CCAA con competencias en materia de derecho civil pueden incluir en sus regulaciones cuestiones relacionadas con el acceso a los registros, siempre que se vinculen con sus competencias en materia de derecho civil propio y no suponga con ello inmiscuirse en la ordenación substantiva de los registros públicos¹².

Esta competencia exclusiva del Estado relativa a la ordenación de los registros en materia civil se extiende a la ordenación de los instrumentos públicos¹³, comprendiendo las competencias relativas al régimen de la

⁹ *Ibid.* F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, p. 575 y ss.

¹⁰ Así lo pone de manifiesto la doctrina jurisprudencial, *vid.* STC 157/2021 de 16 de septiembre ECLI:ES:TC:2021:157, FJ 6, al referirse a los arts. 2 LH y 7 y 8 RH.

¹¹ *Ibid.* FJ 6.

¹² No puede negarse que, aunque la línea es muy fina, puede delinearse, como pone de manifiesto la mencionada STC 157/2021, donde se constata que el legislador autonómico para regular el derecho real en cuestión la tiene también «para fijar, por remisión, el potencial régimen de eficacia de dicha regulación frente a terceros, pudiendo para ello utilizar la técnica de hacer factible acudir al mecanismo de la inscripción registral, siempre que la misma resulte posible por prescribirlo el Derecho estatal y sin que la norma territorial aborde la regulación substantiva de esta última inscripción».

¹³ *Vid.* STC 74/1989, de 24 de abril ECI:ES:TC:1989:74, FJ 5, «La reserva al Estado de la ordenación de los instrumentos públicos tiende al aseguramiento de un tratamiento norma-

naturaleza y contenido de las escrituras públicas y de la regulación de los requisitos y condiciones de su validez y eficacia, todo ello sin perjuicio de las competencias ejecutivas previstas en los Estatutos de Autonomía. Esta competencia se complementa con un cuerpo estatal de registradores y de notarios que garantiza la seguridad jurídica del tráfico mediante un control, por lo que se refiere a los registradores, a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible que tiene acceso a los registros en materia civil, y, por lo que se refiere a los notarios, mediante un control preventivo del cumplimiento de la legalidad¹⁴. Asimismo, se desprende del art. 149 CE¹⁵ la atribución de competencia exclusiva de la ordenación de la función pública que desempeñan, y a su régimen estatutario¹⁶, así como el régimen del personal, que resulta afectado por lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE. El TC deriva de la palabra «ordenación» de los registros públicos una atribución que no se limita a la regulación sustantiva del ejercicio de la fe pública registral para la consecución de la unidad hipotecaria en el tráfico inmobiliario, sino que abarca «la configuración de los registros desde su doble condición, como “institución” y como “función”, lo que incluye tanto la organización funcional como administrativa de los registros, realizada tanto por la legislación hipotecaria como por cualesquiera otras normas de naturaleza administrativa»¹⁷. Todo ello sin perjuicio de la competencia ejecutiva que los Estatutos de Autonomía puedan haber establecido, aunque siempre de acuerdo con los criterios establecidos por las normas estatales.

3. Bases de las obligaciones contractuales

En este repaso de las estructuras de cohesión fundamentales con respecto a los derechos reales debe hacerse referencia también a la función de los contratos como mecanismo de instrumentalización de la transmisión del dominio. La atribución de competencia exclusiva al Estado en materia de las bases de las obligaciones contractuales cons-

tivo unitario y común de los documentos públicos notarialmente autorizados, y, por tanto, de las escrituras públicas, uniformando a tal fin el régimen de su naturaleza y contenido, de sus requisitos internos y formales, de su validez y eficacia y, en general, de todos aquellos aspectos que comprometan la unidad de su disciplina jurídica, de modo que una nota definitoria de las reglas ordenadoras de los instrumentos públicos, y, por tanto, de las escrituras públicas, ha de ser la de servir, en relación de necesidad, al establecimiento y preservación de la uniformidad de su régimen jurídico».

¹⁴ Como bien dice, J. C. OLLÉ FAVARÓ, «Elementos de la función notarial a partir de la Constitución», en Lefebvre, 23-05-2019, <https://elderecho.com/elementos-la-funcion-notarial-partir-la-constitucion>, «El notario y la escritura están en el centro mismo del iter transmissivo, en el momento de consumarse el negocio, y garantizan su seguridad y legalidad».

¹⁵ *Ibid.* J. C. OLLÉ FAVARÓ,

¹⁶ *Vid.* STC 120/1992, de 21 de septiembre ECLI:ES:TC:1992:120, FJ 4, y 87/1989, de 11 de mayo, FJ 4.

¹⁷ *Vid.* STC 67/2017, de 25 de mayo ECLI:ES:TC:2017:67, FJ 3.

triñe las divergencias que podrían crearse al comprender como una de las bases la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio¹⁸, de lo que cabe deducir que constituye una base de las obligaciones contractuales la exigencia de la concurrencia de título y modo en la adquisición derivativa mediante título o contrato de un derecho real¹⁹. Con ello se reduce notablemente el alcance de las diferencias entre los distintos Derechos civiles españoles. Basta con imaginar la envergadura de la divergencia si en España coexistieran concepciones distintas respecto a la exigencia de título y modo similares a las que puedan darse en la actualidad entre el sistema alemán²⁰, el sistema francés²¹ y el sistema español.

4. Sistema unitario para resolver los conflictos de leyes

La unidad de jurisdicción tiene su corolario en la existencia de un sistema unitario para resolver los conflictos de leyes. El legislador estatal tiene competencia exclusiva para regular los conflictos de leyes, tanto internos como internacionales. Se trata de «una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8 a la acción normativa de las CCAA y atribuida ”en todo caso” a la legislación del Estado», hasta el punto de que no cabe ni que las CCAA adopten «normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes», ni fijar un criterio como el «principio de paridad de ordenamientos» para el ejercicio de la competencia estatal²². Esta

¹⁸ *Vid.* STC 132/2019, de 13 de noviembre ECLI:ES:TC:2019:132, FJ 6.

¹⁹ En este sentido, en el CC *vid.* art. 609 CC y art. 1095 CC, así como la doctrina jurisprudencial fundada en su interpretación. En Derecho catalán *vid.* art. 531-1 y 3 CCCat, y también referencia explícita en el Preámbulo de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, poniendo de manifiesto que se configura «el sistema transmisor-adquisitivo de acuerdo con la teoría del título y del modo vigente tradicionalmente en el ordenamiento jurídico catalán».

²⁰ Conforme al cual, en aplicación del principio de separación y abstracción, solo se requiere del modo para la transmisión de los derechos reales. Se exige, en consecuencia, un acuerdo de naturaleza real y la entrega (o inscripción el caso de los derechos reales relativos a bienes inmuebles), sin que sea necesaria una causa (el negocio jurídico con efectos personales entre las partes). *Vid.* C. VON BAR, «Cuestiones fundamentales europeas del Derecho de posesión y del régimen jurídico negocial de las transmisiones en el Derecho de cosas», *ADC*, tomo LXXII, 2019, fasc. III, pp. 711-748.

²¹ Conforme al cual los derechos reales se adquieren por efecto inmediato del contrato, bastando un título para adquirir los derechos reales. Así, la propiedad se transmite con la sola voluntad concurrente de las partes y, a diferencia del sistema alemán, la publicidad registral no es más que un indicio. *Ibid.* C. VON BAR.

²² La doctrina constitucional se ha mantenido sin fisuras (SSTC 72/1983, de 29 de julio ECLI:ES:TC:1983:72; 156/1993, de 6 de mayo, 226/1993, de 8 de julio ECLI:ES:TC:1993:226; 93/2013, de 23 de abril ECLI:ES:TC:2013:93, y 157/2021 de 16 de Septiembre ECLI:ES:TC:2021:157).

competencia, según el TC, determina «la relación entre los varios ordenamientos civiles coexistentes en España» y constituye una garantía, al establecer «un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles». Conjugado con la unidad de jurisdicción, el sistema unitario de conflicto de leyes neutraliza la inherente inseguridad jurídica existente cuando se produce un conflicto interno de leyes puesto que cualquier autoridad judicial, así como registradores y notarios, aplicarán de oficio la misma norma de conflicto de conformidad con el art. 12.6 CC.

La regla empleada para determinar la ley aplicable en materia de derechos reales se establece en el art. 10.1 CC²³, aplicable por remisión del art. 16 CC, que acoge la tradicional regla *lex rei sitae*, esto es, se aplica la ley del lugar en que están situados los bienes, inmuebles y muebles²⁴.

La regla *lex rei sitae* se define en su origen por su carácter estático, lo que dificulta o prácticamente imposibilita el conflicto móvil, por la estabilidad y claridad de su punto de conexión, por su operatividad y viabilidad y por el cumplimiento de las expectativas de todas las partes implicadas²⁵. Debe destacarse, sin embargo, que en el plano internacional esta regla se asienta en un programa que abarca asimismo distintas esferas²⁶ en las que está presente el principio de territorialidad como eje para determinar la ley aplicable. Por una parte, es una regla que se proyecta también en el ámbito de la atribución de competencia judicial internacional, *forum rei sitae*, configurando un fuero de competencia exclusiva con la finalidad de garantizar una correlación *forum-ius*²⁷. Por otra parte, es una regla que determina como ley aplicable solo la ley del lugar de situación de los bienes, acotando el abanico de derechos reales que pueden ser invocados en consonancia y coherencia con el sistema aplicable. Igualmente determina la ley aplicable al registro e

²³ Para un comentario del precepto *vid.* N. BOUZA VIDAL, «Art. 10.1 Cc.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo y Díaz Alabart, tomo I, vol. 2, 2.a edición, Madrid, Edersa, 1995, pp. 526.

²⁴ La regla se ha mantenido sin fisuras respecto a los bienes inmuebles, puesto que por lo que se refiere a los bienes muebles se seguía la regla *mobilia sequuntur personam*, pero en la segunda mitad del siglo XIX la *lex situs* acabó imponiéndose también respecto de los bienes muebles, *vid.* L. D'AVOUT, «Property and proprietary rights», en BASEDOW, J. *et al.*, *Encyclopedia of Private International Law*, UK, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1428.

²⁵ *Vid.* E.-M. KIENINGER, «Immovable property», en BASEDOW, J. *et al.*, *Encyclopedia of Private International Law*, UK, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 891.

²⁶ *Vid.* S. VAN ERP, «Lex rei sitae: The territorial side of classical property law», en *Regulatory property rights: The transforming notion of property in transnational business regulation*, Brill/Nijhoff, 2016, pp. 59-81, en particular, p. 64 y pp. 66-68.

²⁷ Se trata de una correlación directa, buscada y querida por el legislador, *vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Las relaciones entre *forum* y *ius* en el derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema», *ADI*, vol. IV, 1977-1978, pp. 89-136, en particular, pp. 107-108 y pp. 117-119, ya que este paralelismo convierte en aparente la bilateralidad existente en la regla *lex rei sitae*. La correlación se asienta en la conveniencia y en el interés público, *vid.* L. D'AVOUT, *op. cit.*, pp. 1428-1429.

inscripción de los derechos reales, así como su efecto frente a terceros. Además, la ley determinada por la regla *lex rei sitae* condiciona el alcance de la ley aplicable a los contratos respecto a cuestiones como la adquisición y transmisión de los derechos reales²⁸. Por último, la ley designada lleva aparejada la intervención de las autoridades o profesionales competentes (el listado varía en función del país en el que esté situado el bien: notarios, registradores, abogados, oficiales de la administración de justicia, etc.) para garantizar la validez de la transmisión del derecho real en cuestión. En definitiva, la arraigada regla de la *lex rei sitae* tiene una evidente carga estructural, de política legislativa e interés público, cuya justificación deriva²⁹ de la materia en sí misma —debido al efecto *erga omnes* que poseen los derechos reales—, de las exigencias del tráfico jurídico —seguridad jurídica, transparencia, publicidad, protección de terceros acreedores— y de la vinculación de la materia con el poder soberano sobre un territorio determinado —principio de territorialidad, principio de eficiencia y ejecutabilidad del poder coercitivo (embargo o secuestro de bienes)—. Todas estas consideraciones abundan en la idea de que, al menos por lo que se refiere a los derechos reales sobre bienes inmuebles, no cabe la autonomía de la voluntad. Así es, en general, en Derecho comparado³⁰ y así se prevé en el art. 10.1 CC.

Las características definitorias de la *lex rei sitae* se predicán respecto de supuestos internacionales. No obstante, puede constatar que muchos de los elementos que sustentan la existencia de esta regla no se encuentran en el plano interregional que conforma el ordenamiento español. Para empezar, no hay en España una pluralidad de sistemas de propiedad y demás derechos reales. Existe un solo sistema de propiedad sin perjuicio de que coexista una pluralidad normativa en materia de derechos reales. El poder coercitivo deriva de la unidad del poder público, sin perjuicio de la existencia de distintas administraciones. Además, pese a la existencia de distintos órganos territoriales con competencia para llevar a cabo el control administrativo de las calificaciones registrales, la jurisdicción es también única. Precisamente por eso, el sistema no se resiente con una norma de competencia territorial como la existente en el art. 52.1.1.º LEC que, después de establecer que será competente el tribunal del lugar en que esté sita la cosa litigiosa, cuando se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles, prevé que cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será tribunal

²⁸ Vid. L. D'AVOUT, *op. cit.*, pp. 1429-1431, con limitaciones distintas en función de la concepción relativa a la adquisición y transferencia de la propiedad existente en cada ordenamiento jurídico.

²⁹ Vid. J. BASEDOW, «The *lex situs* in the law of movables: a swiss cheese», *Yearbook of Private International Law*, vol. 18 (2016/2017), pp. 1-17, en particular pp. 2-3.

³⁰ Evidentemente hay alguna excepción, E.-M. KIENINGER, cita el Código civil holandés.

competente el de cualquiera de estas, a elección del demandante. Ni quiebra el sistema ni debe prevalecer a toda costa la correlación *forum-ius*, entre otras cosas porque en supuestos interregionales puede haber distintos derechos en liza, pero hay una sola jurisdicción. Lo mismo sucede con el cuerpo de funcionarios y oficiales implicados en la intervención notarial y en el proceso registral, que es también estatal, y está presidido por el derecho de libre elección de notario.

En realidad, en la regulación de los conflictos internos de leyes la regla *lex rei sitae* está desprovista de la carga «pública» que dicha regla posee en el plano internacional. Simplemente porque el contexto intraestatal en el que se generan estos conflictos de leyes no impone esta carga a la norma de conflicto. Quizá como en ningún otro ámbito de la pluralidad civil, es en esta materia donde se establece con mayor cohesión esa coexistencia en un marco, e incluso un fondo, común. Los cimientos y pilares, por así decirlo, son claros, sin perjuicio de los desacuerdos competenciales que puedan suscitarse. La regla para determinar la ley aplicable también es clara y simple. No obstante, es en la regulación de los conflictos de leyes, ámbito natural en el que debe asumirse la pluralidad, donde paradójicamente se presentan distintos puntos de fricción, como veremos a continuación.

III. IMPACTO DE LOS CONFLICTOS INTERLOCALES DE LEYES

Si hay un lugar donde la pluralidad normativa alcanza su máximo exponente este es el País Vasco³¹ en cuyos territorios han coexistido el CC estatal, el Fuero de Vizcaya, Llodio y Aramaio, el Fuero de Ayala y el derecho consuetudinario guipuzcoano³². Esta diversidad interna genera conflictos interlocales³³ lo que supone un auténtico desafío tanto para cualquier operador jurídico como para el sistema para resolver los conflictos internos de leyes. Los conflictos interlocales se configuran así como un estrato más en el complicado sistema español para la resolución de los conflictos de leyes. La Ley 5/2015 de Derecho civil vasco consagra la materialización de los conflictos interlocales y se postula como instancia desde la que dichos conflictos se regulan. Los relevantes cambios introducidos por esta ley obligan

³¹ También es relevante la pluralidad existente en las Islas Baleares, pero la extensión de las divergencias normativas de carácter local no es tan amplia.

³² G. GALICIA AIZPURUA, «Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, 2016, pp. 303-320, señala la existencia de hasta cinco estatutos diferentes, *vid.* pp. 305-306.

³³ Entendidos como «aquellos que surgen entre subordenamientos de ámbito local o comarcal pertenecientes a una misma CA», *vid.* J. J. ÁLVAREZ RUBIO, «Una renovada dimensión de los conflictos internos: la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco y la interacción entre bloques normativos», *REDI*, vol. 68, 2, 2016, pp. 23-49, en pp. 26-27.

a realizar una presentación y a indicar qué impacto puede tener en materia de derechos reales.

1. La Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco

La apuesta del legislador vasco no deja de generar la cuestión de quien tiene atribuida la competencia para resolver los conflictos interlocales. Como vimos, el TC ha declarado en reiteradas ocasiones que, en interpretación del art. 149.1.8.^a CE, corresponde al legislador estatal la competencia exclusiva para regular los conflictos de leyes tanto internacionales como internos, pero no se ha pronunciado sobre quien puede regular los conflictos interlocales. No obstante, en el denominado bloque de constitucionalidad³⁴ y con el aval del Dictamen 1537/1992 emitido por el Consejo de Estado, el art. 10.5 del EAPV atribuye el ejercicio de la competencia conferida con carácter exclusivo a la CA para la «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia»³⁵.

Así, sobre la base de esta disposición se aprobó la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco que comportó un cambio radical con respecto a las anteriores leyes de desarrollo del Derecho civil vasco³⁶ en la medida en que regula instituciones con carácter general para todo el territorio, sin perjuicio de la eficacia territorial de la propiedad troncal vizcaína³⁷ (art. 8), crea la condición de la vecindad civil vasca para sujetar a todos aquellos que la poseen al Derecho civil vasco (art. 10) y se articula la vecindad civil vasca como mecanismo para abordar los conflictos interlocales de leyes (art. 9) mediante las vecindades locales³⁸. En otras palabras, se supera la fragmentación sin suprimirla, se establece un Derecho civil común a todos los vascos³⁹ y se institucionaliza un espacio propio en el que los conflictos interlocales se resuelven por el legislador vasco. En este último punto cabe observar que la Ley 5/2015 opta por resolver los conflictos interlocales «de acuerdo con las normas

³⁴ Vid. STC 38/1983, de 16 de mayo ECLI:ES:TC:1983:38, FJ 3. En la doctrina, *vid.* F. RUBIO LLORENTE, «El bloque de constitucionalidad», *REDC*, 9, Núm. 27, Septiembre-Diciembre 1989, pp. 9-37, calificando a les Estatutos de Autonomía como normas constitucionales secundarias *ibid.* p. 25.

³⁵ El destacado es del autor.

³⁶ Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco y Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa.

³⁷ *Vid. infra* epígrafe IV, 1.

³⁸ Para un desarrollo de la constitucionalidad de la atribución, *vid.* J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *op. cit.* en particular p. 34 y ss.

³⁹ *Vid.* G. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.* p. 307 y ss.

de carácter general dictadas por el Estado». Eso sí, con una excepción y un matiz a retener. Por una parte, en cuanto a la excepción, se aplican las normas de carácter general «a falta de normas especiales» (principio de troncalidad). Por otra parte, las normas de carácter general deben aplicarse «atendiendo a la naturaleza de las respectivas instituciones», lo que da un cariz propio a la norma general, que debe adaptarse a las singularidades que se desprendan de las instituciones contenidas en el Derecho civil vasco⁴⁰, lo que lleva a preguntarse si no se está planteando una solución especial al problema de la calificación, lo que tendría toda su lógica en el contexto interlocal en el que han de ser aplicadas las normas de conflicto.

Este escenario, en el que aparece la introducción de la vecindad civil vasca y la creación de un Derecho que alcanza todo el territorio vasco, puede generar desviaciones indeseables, fruto sin duda de la novedad y complejidad del panorama legislativo. En efecto, en el ámbito de los derechos reales, así como en materia de familia⁴¹, se han suscitado errores de concepto en la determinación de la ley aplicable. En particular, respecto un derecho real tan antiguo como la servidumbre de paso.

2. La servidumbre de paso

En ejercicio de la faceta consistente en extender alguna de las instituciones forales a todo el ámbito territorial del País Vasco, se ha ampliado la regulación de la servidumbre de paso. Se trata, en efecto, de un derecho real que estaba regulado únicamente en el Fuero de Bizkaia y que permite la adquisición de la servidumbre de paso por usucapión durante un periodo de 20 años⁴². No obstante, su inclusión en el Título I de la Ley 5/2015, en el art. 14, ha supuesto que la servidumbre de paso rija en todo el territorio. Siendo esto así, debe quedar claro cómo proceder frente a supuestos que presentan distintas variables territoriales y/o personales.

Así, si la finca se encuentra en territorio del País Vasco, sea o no en el territorio aforado de Bizkaia, y las partes en litigio ostentan vecindad civil vasca y local del territorio aforado de Bizkaia, el art. 14 de la Ley 5/2015 es de aplicación directa puesto que no se suscita

⁴⁰ Vid. J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *op. cit.* p. 42.

⁴¹ Cabe destacar otras anomalías, como se ha puesto de manifiesto en la *Crónica de Derecho interterritorial*, coord. R. ARENAS GARCÍA y A. FONT I SEGURA, que anualmente se publica en el *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, en particular vid. AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, p. 581 y ss.

⁴² El plazo de veinte años era el principal elemento que lo distinguía de lo previsto en el art. 539 CC, dado el carácter discontinuo de dicha servidumbre en la legislación estatal, aplicable hasta la Ley 5/2015 a aquellos territorios en los que no regía el Fuero de Bizkaia.

conflicto de leyes alguno, ni interregional ni interlocal. En realidad, no cabe fundarse en ninguna norma de conflicto, ni hace falta justificar su aplicación en la vecindad civil vasca o local de las partes litigantes. Es un supuesto doméstico, puramente interno, incluso aunque poseyeran distinta vecindad local. Esto es así porque no se dan los requisitos previstos en el art. 9 de la Ley 5/2015. Esto es, la subsistencia dentro del territorio de la pluralidad legislativa (art. 9.1) o la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos (art. 9.2). La previsión de extender la servidumbre de paso para todos los territorios de la CA impide que pueda suscitarse un conflicto interlocal.

No cabe, como han hecho algunos tribunales radicados en el País Vasco, vincular la aplicación de un derecho real a un ámbito de aplicación personal delimitado por la vecindad civil vasca⁴³. Así, se declara que «el legislador vasco extiende a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca, el ámbito de aplicación personal de este instituto jurídico» o que «hoy día se mantiene con ampliación de su ámbito de aplicación a toda la Comunidad Autónoma del País Vasco para quienes tengan la vecindad civil vasca (art. 8 y 10)».

Si la finca se encuentra en territorio del País Vasco, sea o no en el territorio aforado de Bizkaia, y las partes en litigio ostentan distinta vecindad civil, con independencia de que una de las partes posea la vecindad civil vasca, el caso presenta un factor de heterogeneidad que genera un conflicto de leyes interregional que será resuelto por el art.10.1 CC que determina como ley aplicable la del lugar en que esté radicado el bien inmueble, *ergo* se aplica el art. 14 LDCV.

Si la finca se encuentra en otra CA y las partes en litigio poseen vecindad civil vasca, con independencia de la vecindad local, se genera un conflicto de leyes interregional que será resuelto por el art. 10.1 CC que determina como ley aplicable la del lugar en que esté radicado el bien inmueble, *ergo* la que corresponda. Como es obvio ni la sujeción al derecho civil determinado por la vecindad civil, prevista en el art. 14 CC, ni la aplicación del Derecho civil vasco a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca, prevista en el art. 10.1 LDCV, tienen impacto en la determinación de la ley aplicable.

Los derechos reales se constituyen respecto a una cosa y el elemento determinante no es la persona que hace valer dicho derecho real, tampoco la persona frente a la que se puede hacer valer, sino la cosa en sí misma. La (otrora) abrumadora presencia de la vecindad civil como

⁴³ En este sentido, auto de la AP de Vizcaya de 21 octubre de 2021 ECLI:ES:APBI:2021:1690A y la STSJ País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) de 26 febrero de 2018 ECLI:ES:TSJPV:2018:9.

conexión para determinar la ley aplicable a casos interregionales⁴⁴, supuestamente restringidos al ámbito del estatuto personal⁴⁵, impide advertir que, tratándose de derechos reales, se puede suscitar un conflicto interno de leyes cuya resolución queda sustraída a la conexión «vecindad civil». En efecto, en ese caso debe aplicarse la ley del lugar en que está situado el bien en cuestión.

IV. INSTITUCIONES DE NATURALEZA HÍBRIDA

Existen, no obstante, instituciones con una singularidad propia y una naturaleza híbrida destinadas a la protección del carácter familiar del patrimonio en las que se conjugan principios de distinta índole y procedencia. En efecto, la protección de los lotes patrimoniales en el seno de la familia mediante una sujeción de la libre disposición a una restricción derivada del derecho de tanteo y retracto o la subrogación en la posición jurídica del adquirente, pone de manifiesto la confluencia del binomio propiedad-familia⁴⁶. Así, en su fundamento se conjugan dos líneas, el dominio y la familia.

Esta particular concepción de la propiedad, condicionada por un factor proveniente de la institución familiar⁴⁷, determina la elección de los criterios con los que el legislador establece la designación de la ley aplicable. El binomio sustantivo propiedad familia sobre el que se construye este tipo de instituciones transmite esta tensión a la regulación del conflicto de leyes. El problema es que, actualmente, el legislador estatal no tiene prevista ninguna norma de conflicto para regular estas situaciones, mientras que tanto en el País Vasco como en Cataluña, Navarra y Aragón existe una previsión normativa al respecto. Ahora bien, como comprobaremos a continuación, las soluciones que se han adoptado o barajado para delimitar el ámbito de aplicación en el espacio respecto de cada una de las instituciones contenidas en estos Derechos civiles españoles es bien diversa.

⁴⁴ Vid. J. J. ÁLVAREZ RUBIO, «La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: balance y perspectivas de futuro», *Derecho Privado y Constitución*, 38, enero-junio (2021), pp. 11-48.

⁴⁵ No hay que olvidar algo tan obvio como que la conexión vecindad civil opera como ley personal delimitando «el ámbito de aplicación personal de los varios ordenamientos civiles que coexisten en España», *vid.* STC 158/2019, de 12 de diciembre ECLI:ES:TC:2019:158, FJ 7, b). Concebido así el sistema, la vecindad civil constituye su talón de Aquiles, *vid.* ARENAS GARCÍA, «Vecindad civil», en *Crónica de Derecho interterritorial*, coord. ARENAS GARCÍA, R. y FONT I SEGURA, A., R., *AEDIPr*, 2019-2020, p. 590 y ss.

⁴⁶ *Vid.* en este sentido, con respecto a la *tornería* aranesa, J. M. POCINO MOGA, «El dret de torneria de la Val d'Aran», *Lo Canyeret. Revista de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Lleida*, 49, enero 2006, pp. 6-12 y continúa en pp. 23-28.

⁴⁷ Aunque la frase bien podría ser al revés, teniendo en cuenta la concepción originaria de este tipo de instituciones, «Esta particular concepción de la familia, condicionada por un factor proveniente de la institución dominical».

1. La troncalidad vasca

El legislador vasco ha establecido una regulación normativa para delimitar el ámbito de aplicación el espacio de la institución de la troncalidad y el ejercicio del derecho de saca foral, respecto de bienes raíces presentes en Bizkaia, Llodio y Aramaio. En efecto, en los arts. 61.1, 63.3 y 68 LDCV, fruto de la presencia de factores familiares y dominicales, se determina el ámbito de aplicación espacial de la troncalidad mediante la combinación de la conexión real y personal. Esta combinación conjuga a su vez la territorialidad, atendiendo al lugar de situación de los bienes (raíces) en el infanzonado o tierra llana de Bizkaia, o en Llodio y Aramaio, con la extraterritorialidad, aplicando la institución aun cuando el titular de los bienes troncales, con vecindad civil local vizcaína en el momento de la adquisición, pierda posteriormente la vizcainía y —*contrario sensu*— adquiera otra vecindad civil distinta, y con independencia de que los parientes tronqueros tengan o no vecindad civil vasca.

En principio, debería de tratarse de una norma que resolviera únicamente conflictos de leyes interlocales, teniendo en cuenta el art. 149.1.8.^a CE y el art. 9 LDCV, pero literalmente el alcance del art. 68 LDCV va más allá, al comprender supuestos en los que rige la LDCV por la mera constitución de la troncalidad, con independencia de que el propietario al disponer de los bienes troncales ya no tuviera vecindad vizcaína, pero sí la tuviera al adquirirlos, y de que los parientes tronqueros poseyeran vecindad civil vasca. La controversia que se suscita es si la norma cubre también tanto supuestos interregionales como internacionales, lo que, en principio, invadiría competencias estatales⁴⁸. Pese a que, como se dijo ya⁴⁹, la norma fuera acertada, correspondía al legislador estatal adoptarla.

Respecto a los supuestos interregionales cabe sostener que la regla contenida en la LDCV se mantiene si tenemos en cuenta que, en la STS 11-3-2010⁵⁰, el TS aplicó las normas de la Ley 3/1992 de DCFPV, en especial el art. 23 LDCFPV⁵¹, para resolver un supuesto en el que el

⁴⁸ Vid. J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional de la ley 3/1992, de 1 de julio, de derecho civil foral del País Vasco*, Oñati, IVAP, 1995, pp. 69-70, abogando por su constitucionalidad, ya respecto de los antecedentes de la legislación actualmente vigente.

⁴⁹ Vid. A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional*, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pp. 99-100, con respecto al art. 23 LDCFPV.

⁵⁰ Vid. ECLI:ES:TS:2010:1721. Crítico con esta posición, A. CALATAYUD SIERRA, «La unidad del derecho interregional», *El Notario del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, mayo junio 2011, 37.

⁵¹ Vid. J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional de la ley 3/1992...*, op. cit., pp. 69-70. Vid. STSJ País Vasco de 10 de diciembre de 2018, FJ Tercero, ECLI:ES:TSJPV:2018:2641, encuadrando el principio de troncalidad en el marco de las «disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión» de determinados bienes.

propietario del bien troncal había perdido la vecindad vizcaína y poseía la vecindad civil común. Respecto a supuestos internacionales la jurisprudencia no se ha pronunciado, pero la doctrina ha apuntado de forma unánime que, si el supuesto cayera dentro del ámbito del Reglamento 650/2012 por tratarse de una sucesión, las reglas de la troncalidad quedarían preservadas en virtud de su art. 30⁵², como excepción a la *lex successoria*. Por el contrario, hasta donde conocemos, ni la jurisprudencia ni la doctrina se han pronunciado sobre la caracterización del derecho de saca en un marco contractual. En este sentido, en un conflicto de leyes internacional cabe plantear si, como derecho de preferencia legal, se trata de un derecho real que tienen los parientes tronqueros y es, por tanto, ajeno al Reglamento Roma I o bien si se trata de una acción personal y, en su caso, si su régimen se sustrae a la ley designada por quedar sujeta al ámbito de las leyes de policía, de acuerdo con el art. 9 del Reglamento Roma I. Evidentemente, depende del supuesto, de las condiciones y fundamentos sobre los que se hace valer la acción, pero todo parece indicar que la determinación de la ley aplicable a la anulabilidad ejercida por un tercero ajeno al contrato, el pariente tronquero, no estaría sujeta al Reglamento Roma I.

2. La tornería aranesa

Con el mismo espíritu, aunque con diferencias sustantivas relevantes, existe en el Valle de Arán la tornería (art. 568-21, 22 y 23 CCCat), establecida como un derecho de retracto gentilicio. Desde el punto de vista de la delimitación del ámbito de aplicación en el espacio el legislador catalán restringe la invocación de la institución de la tornería entre personas que tengan la vecindad local aranesa (art. 568-22.1 CCCat) respecto de venta o dación en pago de finca rústica situada en el territorio de Arán (art. 568-23.1). En este caso, la localización personal confluye con la territorial coincidiendo con la acotación con la que se inicia la regulación de esta institución en el art. 568-21.1 CCCat, de acuerdo con el cual «La tornería es el derecho de adquisición legal por retracto que tiene lugar exclusivamente en el territorio de Arán ...», y así se destaca también en el Preámbulo (III. La estructura y el contenido)⁵³.

⁵² *Vid.*, por todos, N. CHIKOC BARREDA, «Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho Internacional Privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, 1, pp. 121-146, en particular 140-141, reflejando la posición sostenida por la Academia Vasca de Derecho, «Contribución al Libro Verde, Sucesiones y testamentos», en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_avd_fr.pdf.

⁵³ El legislador catalán zanja la incertidumbre existente con respecto a la delimitación del ámbito de aplicación espacial. En este sentido, con anterioridad a la adopción del libro quinto del CCCat, *vid. op. cit.* J. M. POCINO MOGA, p. 12, pone de manifiesto las dudas gene-

Surge aquí de nuevo la cuestión competencial. No cabe duda de que el legislador catalán puede establecer que la tornería rige exclusivamente en el territorio de del Valle de Arán, pero tampoco cabe ninguna duda de que no corresponde al legislador autonómico la delimitación del ámbito de aplicación espacial⁵⁴. No obstante, las mismas objeciones que se plantean sobre esta atribución competencial respecto a la troncalidad pueden reflejarse con relación a la tornería.

3. El retracto gentilicio navarro

Con un contenido y propósito similar existe en Navarra el retracto gentilicio. Como en las instituciones expuestas hasta ahora en este epígrafe, debe establecerse cuál es la ley aplicable, teniendo en cuenta su naturaleza y función. En este sentido, el CDCF Navarra en la Ley 452 prevé una norma unilateral que delimita el alcance espacial de la institución mediante una combinación de puntos de conexión real y personal de acuerdo con la cual el retracto gentilicio se daba sobre inmuebles sitos en Navarra y únicamente a favor de personas que tengan la condición foral de navarros. En otras palabras, se exige la vecindad foral del retrayente en Navarra⁵⁵, pero no, en cambio, del enajenante. Al adoptar la reforma del CDCFN, el legislador navarro no ha modificado esta norma unilateral⁵⁶, que pervive en idéntica forma y contenido a la que tenía originariamente cuando se aprobó la Compilación en 1973⁵⁷. Las dudas pertinentes que suscitan las normas vascas y catalanas que se han puesto de manifiesto anteriormente, se pueden trasladar a la dispo-

radas: necesidad o no de que el inmueble estuviere sito en el Valle de Aran, necesidad o no de que de que el vendedor posea la vecindad local y necesidad o no de que los parientes titulares del derecho de tornería posean la vecindad local.

⁵⁴ STC 93/2013, de 23 de abril ECLI:ES:TC:2013:93, en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

⁵⁵ No se trata de un requisito meramente material, como defiende R. BARBER CÁRCAMO, «Ley 452», *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Enrique Rubio Torrano y María Luisa Arcos Vieira (dirs.), 2020, pp. 1904-1936, con la finalidad de avalar su constitucionalidad. Proyectando la posibilidad de aplicar el pacto de definición balear a extranjeros amparada por la STSJ Bal 14-5-2021, ECLI:ES:TSJBAL:2021:460, ha quedado bien claro que la exigencia de la condición foral o la vecindad civil de cualquiera de los sujetos intervinientes, ya sea en el pacto de definición ya sea en el retracto gentilicio, no es un requisito material, sino un factor para regular supuestos interregionales o internacionales. Apuntándolo ya, con anterioridad a la mencionada sentencia, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín? El Reglamento 650/2012 y la RDGRN de 24 de mayo de 2019», *La Ley Unión Europea*, 2019, 74.

⁵⁶ *Vid.* T. HUALDE MANO, «La reforma del derecho de bienes en el Fuero Nuevo de Navarra por ley foral 21/2019», *Iura Vasconiae*, 2020, 17, pp. 379-418, pone de manifiesto que el legislador navarro se planteó la conveniencia ya sea de reformar o limitar esta figura, pero finalmente solo ha modificado los plazos del ejercicio, *vid.* p. 410.

⁵⁷ Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

sición navarra, aunque debe apuntarse que se trata de una norma estatal adoptada en el periodo preconstitucional, lo que no deja de generar una cierta confusión e incomodidad para el sistema⁵⁸.

4. El derecho de abolorio aragonés

El derecho de retracto legal que responde a unas características similares a las figuras que hasta ahora hemos expuesto, en el sentido que configuran una determinada concepción de la propiedad inmobiliaria y que tienen como objetivo la protección del patrimonio familiar, es conocido en Aragón como derecho de abolorio. El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas regula el derecho de abolorio o de la saca, en los arts. 588 y ss. cuya naturaleza jurídica es discutida⁵⁹, pero que, al menos a los efectos del tráfico interregional, podría calificarse como derecho real legal de preferente adquisición. Los contornos de la delimitación del ámbito de aplicación en el espacio se dibujan en los arts. 589 y 590 CDCF Aragón. Frente a la dispar jurisprudencia y al debate doctrinal⁶⁰, actualmente los dos preceptos referidos apuestan inequívocamente por la territorialidad mediante una conexión real, que el inmueble de abolorio se encuentre en Aragón (art. 589 CDCF Aragón), sin importar la vecindad civil de los titulares del derecho de abolorio o de saca (590 CDCF Aragón), sin que la disposición exprese ningún otro requisito localizador, de lo que se deduce que no importa la vecindad civil de ninguno de los sujetos intervinientes⁶¹.

En suma, la delimitación autonómica del ámbito de aplicación en el espacio determina el alcance y extensión de este tipo de instituciones. Es

⁵⁸ En realidad, estas normas de origen estatal fueron posteriormente incorporadas en los ordenamientos autonómicos cuando estos empezaron a desplegar la competencia prevista en el art. 149.1.8.ª CE para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil propio. Apuntando la confusión que esta situación genera, *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, «Artículo 16.2», *Comentarios del Código Civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 166-172.

⁵⁹ De hecho, el legislador aragonés, como expone en el Preámbulo al CDCF Aragón, «evita la división en libros (“Derecho de bienes”, “Derecho de obligaciones”) que, además de evocar engañosamente contenidos mucho más amplios, parecería prejuzgar la naturaleza jurídica del derecho de abolorio”, dado que el derecho de abolorio se encontraba situado en el sistema de la Compilación en el Libro Cuarto “Derecho de obligaciones”. Actualmente las disposiciones reguladoras del derecho de abolorio se encuentran en el libro cuarto «Derecho patrimonial».

⁶⁰ *Vid.* A. LÓPEZ AZCONA, «El derecho de abolorio o de la saca», *Derecho civil patrimonial aragonés*, C. Bayod (Coord.), Institución «Fernando el Católico» (C.S.I.C.), Zaragoza, 2013, pp. 269-316, en particular, pp. 273-274, nota 2, donde refleja la controversia jurisprudencial existente al respecto, que va desde la conexión exclusivamente territorial, a aquellas sentencias que exigían además una conexión personal, sea del enajenante, sea del titular del derecho de abolorio, sea de ambos. En esta misma nota da cuenta también del desencuentro existente en las posiciones doctrinales.

⁶¹ *Vid.* SAP Zaragoza de 28 de noviembre de 2018, ECLI:ES:APZ:2018:2518.

decir, con ello el legislador pretende ampliar o reducir su impacto en el tráfico jurídico. Desde un punto de vista localizador, no es lo mismo exigir que afecte a bienes situados en la CA en cuestión, que no exigir este factor de localización real; no es lo mismo exigir que titular y retrayente posean la vecindad civil de la CA en cuestión, que exigir que solo la posea el titular del bien enajenado, que solo la posea el retrayente o que el derecho puede ejercitarse con independencia de la vecindad poseída por el titular del bien enajenado y el retrayente. No es difícil constatar que la ampliación o restricción responde a una política legislativa. En este sentido, se constata algo ya sabido, las reglas conflictuales tienen una función reguladora que no puede ser menospreciada⁶². La atribución competencial a distintos legisladores, en función del carácter sustantivo o conflictual de la norma, dificulta aunar dos ámbitos que ineludiblemente son complementarios. La falta de una norma de conflicto estatal adaptada a la peculiar función y naturaleza de este tipo de instituciones no proporciona seguridad jurídica, especialmente si tenemos presente que el TC ha declarado que estas normas unilaterales adoptadas por los legisladores autonómicos son inconstitucionales⁶³.

V. CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

1. Presentación

Una de las singularidades del ordenamiento plurilegislativo español en materia de derechos reales es que los recursos contra la calificación negativa de los registradores no siempre se cursan ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública⁶⁴, dependiente del Ministerio de Justicia. Así es, en Cataluña, de conformidad con el art. 147.2 EAC, se adoptó la ley 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña, habilitando a la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación⁶⁵, dependiente de la Generalitat, para resolver los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán

⁶² Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y derecho internacional: (o ¿para quién legisla el legislador autonómico de derecho civil?)», *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 15, 1, 2006, pp. 263-285.

⁶³ Poniendo de manifiesto las carencias y dificultades del vacío normativo en el ámbito de los retractos gentilicios (no solo de Navarra), *vid. op. cit.* CALATAYUD SIERRA, A.

⁶⁴ Anteriormente, Dirección General de los Registros y del Notariado. En adelante, Dirección General estatal.

⁶⁵ Anteriormente, Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas. En adelante, Dirección General catalana.

que se tengan que inscribir en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña. El objetivo del legislador, plasmado en el Preámbulo de la ley catalana, es obtener una doctrina uniforme sobre las calificaciones de los registradores relativas al dDrecho catalán centralizando la competencia de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas para la resolución de todos los recursos en materia de Derecho catalán, con la finalidad de preservar y proteger este Derecho.

Merece la pena destacar la situación creada por la previsión normativa catalana puesto que, aunque no sea más que a nivel del control administrativo de las calificaciones registrales, se matiza el carácter liviano de la carga que lleva aparejada el principio de la *lex rei sitae* en el ordenamiento plurilegislativo español⁶⁶, adquiriendo en este ámbito una intensidad mayor en su despliegue. En efecto, la atribución de la competencia a la Dirección General catalana se asimila plenamente a la de la Dirección General estatal; todo ello sin perjuicio de que ulteriormente quede abierta la vía judicial. El interés que suscita esta situación desde la perspectiva de este estudio radica en que la competencia de la Dirección General catalana viene proporcionada por un doble criterio de anclaje territorial previsto en el art. 1 Ley 5/2009. Por una parte, debe tratarse de un título o cláusula que debe inscribirse deben inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña y, de otra parte, las calificaciones impugnadas o los recursos se deben fundamentar, de forma exclusiva o junto con otros motivos, en normas del derecho catalán o en su infracción. El art. 3.4⁶⁷ de la Ley 5/2009 iba en la misma línea. Ambos preceptos emulan el art. 478.1, párrafo 2 LEC⁶⁸. Los argumentos que fundamentan la competencia de la Dirección General catalana son el principio de unidad del recurso, el principio de economía procedimental y la preservación de la contienda de la causa⁶⁹.

⁶⁶ *Vid. supra* epígrafe II.4 *in fine*.

⁶⁷ «Si varios interesados optan por interponer cada uno un recurso gubernativo y al menos uno se basa en normas del derecho catalán o en su infracción, la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas debe sustanciar todos los recursos, incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del derecho catalán, en una sola pieza y debe resolverlos acumuladamente».

⁶⁸ La disposición prevé el conocimiento del recurso de casación a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

⁶⁹ *Vid.* las alegaciones de la representación de la Generalitat de Cataluña en la STC 4/2014, de 16 de enero ECLI:ES:TC:2014:4 (punto 9). Es evidente que el carácter territorial de la función desempeñada por la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas respecto de registros situados en Cataluña determina la norma de competencia, pero también lo es que la *ratio* de este *forum legis* reside en la consecución de una doctrina administrativa uniforme como mecanismo de protección del Derecho catalán, aunque más que de protección, como apunta el legislador catalán, lo que se quiere es preservar la unidad e integridad en la interpretación del

No obstante, los incisos «y al menos uno se basa en normas del Derecho catalán o en su infracción» e «incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán» del art. 3.4 Ley 5/2009 fueron declarados inconstitucionales por la STC 4/2014, de 16 de enero de 2014⁷⁰, basándose en argumentos de orden competencial fundados en la interpretación del art. 149.1.8.^a CE en la atribución de competencia exclusiva al legislador estatal para la ordenación de los registros públicos e instrumentos públicos. Con todo, ello no impide al TC poner en cuestión los inconvenientes que surgen de la rígida, quizá inevitable, declaración. En este sentido, apunta el TC en la mencionada sentencia (FJ 3):

Dicho esto, no puede dejar de advertirse que la disparidad existente entre los ámbitos objetivos de las competencias administrativa y jurisdiccional no excluye la posibilidad de disfunciones, e incluso de contradicciones, que pudieran estar necesitadas de clarificación. Pero, ciñéndonos estrictamente a lo que nos corresponde examinar en este proceso constitucional, cabe añadir que tampoco las razones de racionalidad, coherencia o plausibilidad que alega la Comunidad Autónoma pueden guiar nuestro juicio de constitucionalidad en esta controversia competencial. Este Tribunal ha manifestado constantemente que «los cánones a los que hemos de atenernos en el ejercicio de nuestra función jurisdiccional no son tan laxos como para permitir una valoración en términos de oportunidad política o de bondad técnica de las decisiones sometidas a nuestro juicio. Antes bien, estamos obligados a atenernos a un control de esas decisiones que no conlleve la suplantación de funciones atribuidas a otras instancias y que garantice, al mismo tiempo, el adecuado equilibrio de poderes» (por todas, STC 64/2013, de 14 de marzo, FJ 6). El control de constitucionalidad de las leyes no permite pues al Tribunal Constitucional asumir una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (STC 5/2013, de 17 de enero, FJ 3, y las allí citadas), de modo que no resta sino deferir al legislador la valoración de esta dimensión de la controversia sometida a nuestro examen.

No obstante, y pese a la razonada y razonable observación del TC, el legislador estatal no recogió el testigo para adoptar un mecanismo que permitiera una sincronía entre la atribución de competencia jurisdiccional y la administrativa.

Derecho catalán mediante el pronunciamiento de órganos cuyo ámbito territorial coincide con el del Derecho designado.

⁷⁰ El TC declaró la inconstitucionalidad del art. 3.4, pero no del art. 1. En efecto, el TC inadmitió el recurso de inconstitucionalidad en lo que concierne a esta disposición, aunque fijó en la referida STC 4/2014 una interpretación restrictiva del precepto, declarando que «la dicción literal del artículo 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009 en ningún caso puede dar lugar a entender que la competencia autonómica se extiende a la resolución de recursos gubernativos fundados en Derecho civil común o en otros Derechos civiles forales o especiales. Tal es, en definitiva, la única interpretación adecuada a la legalidad constitucional que cabe efectuar del artículo 1 en conexión con el artículo 3.4.» (FJ 3)

La nulidad de los incisos convierte a la regla de competencia en un *forum legis* puro en el que, junto al lugar de situación del registro, la competencia administrativa del órgano catalán se hace depender de la aplicación del Derecho sustantivo del «foro», el Derecho civil catalán. Así, la norma de conflicto despliega una doble función. Por una parte, determina la ley aplicable y, por otra, la norma de conflicto es aplicada *in limine litis* como regla de competencia. Ocurre, sin embargo, que la singularidad del ordenamiento español, en el que se combina la pluralidad en el ámbito civil con la unidad normativa —con las derivas competenciales que se generan—, suscita un problema en la aplicación del *forum legis*, porque no siempre es tan fácil deslindar los llamados «recursos mixtos» de los recursos fundamentados exclusivamente en normas de Derecho catalán, dada la interdependencia de los Derechos coexistentes en España con el Derecho estatal y su particular ascendencia como fuente normativa exclusiva, consecuencia de la reserva competencial prevista en la CE.

Así, cabe preguntar qué sucede si la cuestión objeto de recurso es la propia norma de atribución de competencia contenida en la Ley 5/2009 cuyo resultado depende, a su vez, de la designación del Derecho catalán por una norma de conflicto cuya adopción es de competencia exclusiva del legislador estatal. La cuestión estriba en establecer si el recurso interpuesto como consecuencia de la interpretación y aplicación de la norma de conflicto, seleccionada como consecuencia de la calificación efectuada, convierte al recurso en recurso mixto. Este es el punto nuclear de discusión⁷¹ en el conflicto de competencias que se generó a raíz del caso SAREB que exponemos a continuación.

2. Conflicto de competencias

El conflicto de competencias que indefectiblemente podía suscitarse se puede ilustrar con el caso SAREB que dio lugar a dos resoluciones contradictorias, una de la Dirección General estatal de 29 de agosto de

⁷¹ *Vid.* la Resolución de la Dirección General estatal de 29 de agosto de 2019, FJ 3.a, *in fine*: «lo que se dilucida en este recurso es, eminentemente, una cuestión de aplicación de normativa sustantiva a la que válidamente se han remitido las partes, ya que conforme al artículo 10.5 del Código Civil los contratantes han elegido el Código Civil como ley aplicable, sin que pueda entenderse aplicable el artículo 10.1 del mismo Código al no ser en modo alguno la condición resolutoria un derecho real sobre bienes inmuebles», aunque se indica que entran en juego también preceptos hipotecarios, vinculados al art. 1504 CC, pero hay que recordar que la disposición es aplicable en cuanto se ha elegido el Derecho civil común, que es precisamente lo que origina la controversia. *Vid.* también FJ 4, *a primo tempore*: «Debe recordarse a tal efecto el contenido del artículo del Título Preliminar del Código Civil (relativo a las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, que conforme al artículo 149.1.8.ª de la Carta Magna, son competencia exclusiva del Estado) que aparece tantas veces mencionado en el recurso y cuya aplicación no es cuestionada en la calificación».

2019 y otra de la Dirección General catalana de 25 de julio de 2019⁷². Se planteaba cuál era el Derecho aplicable en relación con la inscripción de una escritura de compraventa de inmuebles con condición resolutoria expresa celebrada entre las compañías SAREB y Talismán Capital S.L.⁷³. El Registrador de uno solo de los inmuebles, situado en Cataluña, acordó suspender la inscripción al considerar que alguna de las estipulaciones de la condición resolutoria expresa pactada no se ajustaban a las reglas imperativas establecidas en el artículo 621-54 del Código Civil de Cataluña. Fundamentó su posición concibiendo la condición resolutoria como un derecho real de garantía sometida a la Ley civil del sitio del inmueble. Es decir, se sostenía, como confirmó posteriormente la Dirección General catalana, la competencia del órgano administrativo catalán para conocer del recurso gubernativo por resultar de aplicación exclusivamente el Derecho Civil de Cataluña. Por el contrario, la Dirección General estatal mantuvo su competencia por ser de aplicación el Derecho Civil Común de forma exclusiva, o en combinación con el Derecho Civil Catalán, en cuyo caso quien tenía atribuida la competencia era el órgano administrativo estatal. La Dirección General estatal entendió que era competente para resolver el recurso tratándose de un recurso mixto; consideró válido el pacto sobre Derecho aplicable en base al art. 10.5 y 10.10 CC y 3.1 Reglamento europeo 593/2008 (Roma I)⁷⁴; consideró que el art. 621-54 CCC no tenía, en consecuencia, carácter imperativo; y que no era exigible consignar previamente el recibo a fin de ejercitar la resolución.

La aplicación de las normas de conflicto, de competencia exclusiva estatal, no convierte al recurso interpuesto en «recurso mixto». Si consideráramos la eficiencia y la economía procesal, la Dirección General estatal no tenía que haberse pronunciado. Era la Dirección General catalana

⁷² Para un análisis en profundidad de ambas resoluciones y la controversia generada *vid.* F. AZOFRA VEGAS, «La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N. 778, pp. 717-780; A. GARCÍA GARCÍA, «El derecho real de comiso y los problemas del “Derecho nuevo” de Cataluña: comentario a la RDGRN de 29 de agosto de 2019», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N. 785, pp. 1455-1509.

⁷³ Ambas sociedades, con domicilio en territorio de Derecho civil común, celebraron en Madrid el 28-12-2018 una venta de 63 inmuebles, en desarrollo concreto de un previo acuerdo marco entre dichas partes que englobaba 443 inmuebles situados en hasta 10 CCAA diferentes de España. La escritura en la que se elevaba el contrato marco contenía un pacto de ley aplicable conforme al cual «La presente Escritura se regirá, interpretará y construirá de acuerdo con el derecho común español». Se acordaba igualmente un pacto por el que se aplazaba el pago de parte del precio y se convenía en garantía una condición resolutoria explícita sujeta al art. 1.504 CC, art. 11 LH y 59 RH. Si se ejercitaba la resolución, SAREB podría retener el importe íntegro de los importes pagados hasta entonces por la compradora como cláusula penal no moderable judicialmente y podía inscribir la reversión del dominio presentando simplemente copia del acta notarial notificando la resolución (mecanismo de apropiación del objeto de la garantía).

⁷⁴ Lo que debe ser censurado por qué el Reglamento Roma I no prevé su aplicación a los conflictos internos de leyes de los Estados miembros, salvo que así lo prevea dicho Estado miembro (art. 22.2).

a quien correspondía pronunciarse, primero, sobre su competencia, y para hacerlo debía determinar si el Derecho aplicable era el catalán conforme al sistema conflictual uniforme. Tal es la naturaleza de un *forum legis*. El caso es que, en estas condiciones, la aplicación *in limine litis* de la norma de conflicto se producía en calidad de regla de competencia⁷⁵ y no propiamente como norma sustantiva de Derecho civil común, cumpliéndose la interpretación constitucional exigida en la STC 4/2014.

Todo ello no prejuzga que la resolución de la Dirección General catalana fuera errónea —que lo era, al entender mayoritario de la doctrina, a la que me adhiero—, pero para eso está la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional ordinaria, que, de todas formas, tuvo que pronunciarse ante el conflicto de competencias entre ambas Direcciones Generales. En efecto, la SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2022⁷⁶ declaró la falta de competencia de la Dirección General catalana y la naturaleza personal de la condición resolutoria y, subsidiariamente, la válida exclusión del art. 621-54 CCC por las partes al escoger el CC como ley rectora del contrato.

Resulta significativo que la SAP Barcelona reconoce, como indirectamente había apuntado también el TC, la bondad de la atribución prevista en la redacción originaria del art. 3.4 Ley 5/2009, pero, declara, «haría falta modificar la CE y el EAC para alcanzar este objetivo».

VI. PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN

El caso SAREB pone de manifiesto la relevancia que tiene la calificación, también en Derecho interregional. En este supuesto era preciso calificar la condición resolutoria al efecto de establecer qué norma de conflicto era aplicable. El fundamento y núcleo de la argumentación tanto de la calificación como del recurso giran en torno a la naturaleza, alcance y carácter de la condición resolutoria expresa regulada en el art. 621-544 CCCat. Así, si esta merecía una calificación contractual, no tenía competencia la Dirección General catalana, dado que las partes se habían sometido al Derecho civil común español, de acuerdo con un pacto *de lege utenda* admisible por el art. 10.5 CC; por el contrario, si correspondía una calificación real, esta Dirección General era competente, dado que el inmueble estaba situado en Cataluña y correspondía aplicar el Derecho catalán, en su condición de *lex rei sitae* (art. 10.1 CC). La abrumadora mayoría de la doctrina niega que deba ser de aplicación el art. 10.1 CC al rechazar la naturaleza real de la condición resolutoria

⁷⁵ La única forma de saber si tenía competencia es aplicando las normas de conflicto establecidas en el Título preliminar del CC, como apunta la RDGDEJ en su Fto de Derecho Tercero.

⁷⁶ *Id.* ECLI:ES:APB:2022:3409.

explícita⁷⁷. De ello se sigue que la DGDEJ no tenía competencia para pronunciarse dado que las partes podían sujetar tal condición al derecho elegido conforme al art. 10.5 CC (no el RRI, art. 22.2), que permite que las partes puedan elegir como ley rectora del contrato cualquier ley española que tenga alguna conexión con el mismo⁷⁸.

En un ámbito completamente distinto, el de la liquidación del régimen económico matrimonial, debe deslindarse la relación jurídico real de la personal. La cuestión puede ejemplificarse mediante la SAP de Huesca de 4 de octubre de 2021⁷⁹ que resuelve la controversia surgida respecto al ejercicio de la acción de división de cosa común en relación con un inmueble situado en Aragón del que eran copropietarios los miembros de un matrimonio de vecindad civil catalana que entró en crisis. Así, los aspectos reales, como son la disolución de la comunidad de bienes, la declaración de la indivisibilidad del inmueble y decretar su venta en pública subasta, quedan sujetos a lo previsto en el derecho civil común, de acuerdo con el art. 10.1 CC, mientras que los gastos de la reforma del inmueble quedan comprendidos dentro de la noción de «gastos familiares», sujeta, por tanto, a la ley designada por el art. 9.2 CC, siendo esta la catalana por la común vecindad civil catalana al tiempo de contraer el matrimonio. Por consiguiente, no cabe fijar los gastos abonados por el demandante en las obras de reforma, en proporción a la cuota de participación en la copropiedad.

⁷⁷ *Id.* nota 71. Se trata de una obligación de naturaleza personal derivada de un pacto resolutorio adoptado para incentivar el cumplimiento del contrato que sistemáticamente se regula en la parte relativa a los contratos, tanto en el CC como en el CCCat. Pese a que la opción resolutoria (facultad resolutoria) sea objeto de inscripción registral para que tenga eficacia frente a terceros, ello no la convierte en derecho real ni en derecho real de garantía. La inscripción no modifica la naturaleza personal del derecho, simplemente da a conocer a terceros la situación claudicante a la que queda sujeta la adquisición. No obstante, debe admitirse que la analogía con los derechos reales es plausible como consecuencia de la eficacia erga omnes obtenida mediante la inscripción de la cláusula (por eso se ha dicho que es una garantía real «indirecta»; un «pacto con eficacia real»; una «garantía con efectos reales»). Por ello, se ha defendido que estamos ante un derecho real (derecho de comiso) que garantiza una deuda pecuniaria, *vid. op. cit.* A. GARCÍA GARCÍA, «El derecho real de comiso ...».

⁷⁸ Siendo evidente esta conexión (objeto del contrato, contrato celebrado en Madrid, domicilio de las partes contratantes, parte relevante de la cartera de inmuebles radicado en territorio de derecho común), y descartando por ello cualquier fraude de ley (la elección no es ni forzada, ni artificial, ni maliciosa).

⁷⁹ ECLI:ES:APHU:2021:451. Señalando también la necesaria delimitación, pero en un supuesto internacional y en el plano de la competencia judicial, no en el de la ley aplicable, *vid.* SAP Barcelona de 9 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:13403): «La acción de división de los bienes comunes no constituye ni forma parte de la liquidación del régimen económico matrimonial. El art. 437,4 4.º LEC y 232-12 del CCC permiten la acumulación de la acción de división de bienes de los esposos en comunidad ordinaria indivisa (competencia funcional) a la acción de divorcio, pero no puede confundirse la acción de división con la liquidación del régimen económico aunque dicho régimen fuera el de separación de bienes cuya liquidación comprendería la compensación económica por razón del trabajo pero no la acción de división que también puede ejercitarse por los cónyuges en régimen económico de comunidad de bienes que además tiene bienes privativos en indiviso».

Otro ejemplo puede encontrarse respecto al derecho de retención, concebido en derecho civil catalán como un derecho real, mientras que en Derecho civil común la cuestión es controvertida, aunque a efectos del ámbito cubierto por el art. 10.1 CC se sostiene su exclusión debido a su carácter personal⁸⁰.

La calificación exige interpretar la categoría o concepto jurídico que integra la norma de conflicto con la finalidad de proyectarlo sobre el supuesto de hecho. Se parte de la categoría jurídica regulada por la norma de conflicto para inserir o subsumir el supuesto de hecho. El problema que se suscita es cómo se conforma la noción integrada por la norma de conflicto. En el sistema español para resolver los conflictos internos de leyes el art. 16.1 CC establece como particularidad que, pese a la remisión a las normas contenidas en el capítulo IV, no es de aplicación el art. 12.1 CC sobre calificación. Este precepto dispone que la calificación se hará siempre con arreglo a la ley española, pero en supuestos interregionales se parte de la base de que la calificación de las situaciones jurídicas es única en España, de manera que no procede aplicar la disposición al tráfico jurídico interregional⁸¹. Ciertamente, los parámetros en los que se mueve la pluralidad normativa dificultan que efectivamente puedan producirse calificaciones dispares, pero, en realidad, como se ha puesto de manifiesto, existen contrapuestas calificaciones⁸². Además, las condiciones en las que se adoptó el art. 16 CC distan mucho de las existentes con posterioridad a la adopción de la CE. El desarrollo legislativo y la consiguiente multiplicidad de políticas legislativas y objetivos, aunque enmarcadas siempre en el marco constitucional, permiten sostener otra aproximación. La calificación debe realizarse en efecto con arreglo a la ley española, aunque entendida como pluralidad normativa de la ley española. Los conceptos o categorías que integran las normas de conflicto deben ser conceptos específicos de derecho interregional para poder albergar en cada norma de conflicto del sistema, que debería ser completo y exhaustivo, las nociones propias de cada uno de los derechos civiles

⁸⁰ Vid. S. DURANY PICH, «El derecho de retención en Cataluña», *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña* (Dirs.: Pérez Rivarés, J. A.; Salelles, J. R.; Valle Zayas, J., Barcelona, 2013, pp. 375-410, en particular pp. 401-402. Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, València, 2022, p. 3618, si bien, en relación con los procedimientos de insolvencia regulados por el Reglamento 2015/848 se acepta su calificación como derecho real, *vid.* p. 4408, aunque está sujeto a la regla del art. 8 del Reglamento 2015/848, *vid.* p. 4412.

⁸¹ Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, València, 2022, p. 182.

⁸² Vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, 1984, en particular pp. 21-53, proponiendo una calificación *ex lege civilis Litis*, pp. 33-34. Asimismo *vid.* E. ZABALO ESCUDERO, «Artículo 16, apartado 1», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 2.^a ed., 1995, pp. 1259-1282. Incliniéndose por una calificación autónoma, *vid.* A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional*, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, p. 141 y ss.

coexistentes en España. La calificación se realiza entonces a partir de los derechos civiles coexistentes en España. Una calificación que es a la par funcional —calificación por la función de la norma de conflicto— y autónoma —mediante conceptos propios del Derecho interregional—.

VII. A MODO DE REFLEXIÓN

Los conflictos interregionales en materia de derechos reales no suscitan grandes retos. Contribuye a ello lo que podríamos denominar como fundamento estructural de cohesión, que permite distinguir los conflictos internacionales, expuestos a divergencias mucho más profundas, de los conflictos interregionales. Uno de los pilares de este fundamento estructural de cohesión es el sistema conflictual unitario, que para determinar la ley aplicable a los derechos reales contiene una regla tan arraigada y asimilada como la *lex rei sitae*. No obstante, el entramado estructural al que hacemos referencia nos permite destacar que la regla *lex rei sitae* está despojada de la carga jurídico-pública que conlleva en el plano internacional. Por eso, y a modo de mera reflexión, nos planteamos si ello permitiría adoptar un enfoque abierto y flexible, más acorde con la dinámica del tráfico jurídico. Esta renovación y apertura del sistema podría efectuarse mediante una autonomía conflictual limitada que posibilitara que se «exportaran» derechos reales propios de un territorio a otro territorio. Por ejemplo, que se constituyera de acuerdo con el Derecho civil catalán ya sea una propiedad temporal, una propiedad compartida o una comunidad especial por turnos respecto de un inmueble situado en territorio de Derecho civil común en la medida en que la parte compradora y la vendedora posean vecindad civil catalana y elijan la ley personal común como ley aplicable al derecho real. Evidentemente, esta hipótesis se plantea, en cierto modo, como una provocación porque ello exige un estudio y una reflexión mucho mayores que los desplegados aquí. Ahora bien, si el sistema proporciona los medios de publicidad y registro, si ello proporciona protección a los terceros, si para un juez español la *lex fori* es cualquiera de los Derechos civiles coexistentes en España, si las partes pueden someter el contrato a la ley española con la que el negocio tenga alguna conexión, ¿por qué no cabe ir más allá del esquema encorsetado de la regla *lex rei sitae*?

No obstante, esta contribución es mucho más modesta. El trabajo —dejando de lado aspectos importantísimos como el de las garantías reales en el tráfico jurídico— se ha limitado a poner de manifiesto que, en algunos ámbitos, hay desajustes en el sistema conflictual que no se corresponden con la existencia del referido fundamento estructural de cohesión. Estos desajustes se originan por la falta de un plan normativo que hace que se resienta la calidad del ordenamiento plurilegislativo.

Así, en primer lugar, no se incluyen en el sistema conflictual instituciones de naturaleza híbrida que están plenamente interiorizadas e incluso llegan a conformar un eje inherente del Derecho civil propio, como es el caso, en particular, de la troncalidad. Aflora en el sistema una contradicción evidente a la que no se le ha puesto solución alguna. Por una parte, constitucionalmente se impide a los legisladores autonómicos adoptar normas que resuelvan directa (normas de conflicto) o indirectamente (normas autolimitadas) los conflictos de leyes, pero, por otra parte, el legislador estatal ni hace suya la norma autonómica que materializa una voluntad de política legislativa que, en rigor, no puede expresar, ni regula el conflicto de acuerdo con la finalidad de la institución en cuestión. La jurisdicción ordinaria, en cambio, es consciente de las carencias del sistema e integra las normas delimitativas autonómicas para proporcionar soluciones a las cuestiones controvertidas.

En segundo lugar, y en la misma línea, tampoco se acaba de entender que, pese a los reproches de la jurisprudencia, el ordenamiento comprenda la posibilidad de que distintos órganos administrativos —el estatal y el catalán— puedan pronunciarse sobre los recursos a las calificaciones registrales, y no establezca un mecanismo preventivo de resolución de conflictos de competencias entre órganos sin necesidad de tener que llegar a la vía judicial o, mucho mejor, admita que el órgano administrativo catalán pueda pronunciarse respecto de los recursos mixtos, en clara correspondencia con lo que sucede en el ámbito judicial. El vacío normativo no contribuye a crear un clima de confianza y lealtad institucional y acrecienta la descoordinación entre ambos órganos.

En tercer lugar, hay un papel reservado a la jurisprudencia para resolver los problemas de calificación que, en ocasiones, se suscitan. Se trata de una tarea que debe venir avalada por el legislador. Si, de acuerdo con el art. 16.1 CC no debe aplicarse a los supuestos interregionales la calificación «con arreglo a la ley española» prevista en el art. 12.1 CC, se crea un vacío que debe colmarse. No obstante, debemos admitir que en la doctrina escasea un proceso de reflexión colectivo para llevar a cabo una exploración de las nociones y categorías en clave interregional.

LOS CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE DERECHOS CONSTITUIDOS SOBRE AERONAVES EN DERECHO INTERREGIONAL

Pau Oriol COSIALLS PERPINYÀ*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA DIVERSIDAD LEGISLATIVA MATERIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PLURILEGISLATIVO ESPAÑOL RESPECTO DEL APROVECHAMIENTO POR TURNOS. APLICACIÓN AL SUPUESTO DE LAS AERONAVES.— III. LA LEY APLICABLE A LOS DERECHOS CONSTITUIDOS SOBRE AERONAVES SEGÚN LA NORMATIVA CONFLICTUAL ESPAÑOLA.— IV. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES EN LA MATERIA. INSUFICIENCIA DE LA REGULACIÓN Y POSIBLES SOLUCIONES: 1. Argumentos que rechazarían, en estos supuestos, la aplicación de una ley territorial; 2. Argumentos que sustentarían la posibilidad de aplicar una determinada legislación territorial.— V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como objetivo abordar la cuestión de los conflictos internos en los casos de derechos constituidos sobre aeronaves de acuerdo con legislaciones territoriales específicas. A tal efecto, nos centraremos en la implicación que, para los conflictos de leyes internos, puede implicar la constitución de una institución de derecho material

* Graduado en Derecho y magíster en Acceso a la abogacía por la Universidad de Lleida. Becario de colaboración del área de Derecho internacional privado de la Universidad de Lleida. pcp8@alumnes.udl.cat. Última fecha de consulta de los sitios web, a 27 de mayo de 2024.

prevista en una de las legislaciones territoriales que conforman el sistema jurídico español, y que puede llegar a ser aplicable a las aeronaves no comerciales por razón del ámbito objetivo dispuesto en la norma que lo contiene. Esta institución, es la Comunidad especial por turnos (CET, en adelante), regulada en los arts. 554-1 y ss. del Libro V, del Código civil catalán¹ (CCCat, en adelante), en concreto, la comunidad especial que la citada ley dispone como constituable sobre aeronaves no comerciales (554-2.2 CCCat).

Por consiguiente, en el presente artículo, se estudiará, primero [II], el derecho positivo material en el conjunto del sistema jurídico plurilegislativo español respecto del aprovechamiento por turnos, aplicado al caso concreto de las aeronaves; en segundo lugar [III], se procederá al análisis del marco normativo conflictual [tanto en la dimensión internacional del Derecho internacional privado español (DIPr, en adelante) como especialmente en la interna] que rige para los derechos constituidos sobre aeronaves con bandera y matrícula española; poniendo de manifiesto [IV], la insuficiencias que tiene para regular hipótesis como la que es objeto del presente estudio, así como las vías de solución que pueden arbitrarse para remediarlas. Finalmente [V], se harán unas breves reflexiones finales sobre los resultados de nuestra investigación.

II. LA DIVERSIDAD LEGISLATIVA MATERIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PLURILEGISLATIVO ESPAÑOL RESPECTO DEL APROVECHAMIENTO POR TURNOS. APLICACIÓN AL SUPUESTO DE LAS AERONAVES

En ese sentido y como se explicará a lo largo del presente epígrafe, cabe introducir el hecho de que la figura del *timesharing* —o, como se denomina en nuestro sistema jurídico, aprovechamiento por turnos—, resulta relativamente heterogénea en aquello que concierne a su naturaleza jurídica, desde la perspectiva del Derecho comparado tanto a nivel interregional, como internacional.

Dicho factor, no puede ser menospreciado desde la perspectiva de la disciplina del conflicto de leyes, en tanto que ello puede implicar una problemática de la técnica conflictual, en lo que concierne a la calificación jurídica de la institución. Su razón, radicaría en el hecho por el que, en la mayor parte de sistemas y tradiciones jurídicas del mundo, el *timesharing* se ha concebido como un Derecho contractual

¹ Ley 5/2006 del Parlamento catalán de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. Versión consolidada a fecha de 17/02/2023. Boletín Oficial del Estado. En línea y disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-11130&p=20230217&tn=6>

y/o de crédito *stricto sensu*², por el que distintas personas, mediante contrato acuerdan el uso compartido y por turnos de un determinado bien. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de coexistencia dentro de los respectivos sistemas jurídicos de otras posibles fórmulas más allá de la contractual en sentido estricto³, tal y como lo hace el CCCat (*vid. infra*).

Es por ello que, para el caso concreto de los negocios jurídicos basados en el aprovechamiento por turnos sobre aeronaves, debemos hacer necesaria mención del hecho de que la legislación catalana es una de las pocas legislaciones a nivel europeo que ha previsto dentro de su ámbito objetivo *ad hoc* la posibilidad de constitución de un negocio jurídico de *timesharing* sobre una aeronave no comercial, *ex art.* 554-2.2 CCCat. El marco jurídico de la figura propuesto por el CCCat, queda recogido en los arts. 554-1 a 554-12, en el Capítulo IV del Libro Quinto del CCCat, sobre los derechos reales. A tal efecto, debe hacerse especial referencia al hecho de que, en el caso del citado código, el aprovechamiento por turnos se concibe como un derecho sobre la cosa a usar por turnos, al partir necesariamente de un presupuesto de situación de comunidad especial⁴ (554-1.1 CCCat). En otros

² En ese sentido, no estaría de más traer a colación las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Klein v. Rhodos Management* (Asunto C-73/04; ECLI:EU:C:2005:607), de 13 de octubre de 2005, así como la más reciente *Club La Costa*, (Asunto C-821/21; ECLI:EU:C:2023:672), de 14 de septiembre de 2023, en el que a grandes rasgos, se calificó indirectamente —al no ser el elemento de fondo de las respectivas cuestiones prejudiciales planteadas por los respectivos tribunales nacionales—, como contratos de consumo y de adhesión —al menos, con carácter general— aquellos negocios jurídicos basados en el aprovechamiento por turnos. Así las cosas y tal como se argumenta en la sentencia del caso *Club La Costa*, dichos negocios quedarían sujetos, siguiendo ese carácter general, al Reglamento CE 593/2008, de 17 de junio (el comúnmente denominado como Reglamento «Roma I») para determinar la ley aplicable a los mismos, especialmente cuando sean suscritos con sociedades especializadas a tal efecto.

³ En ese sentido N. DOWNES (*Los contratos internacionales de Timesharing*, Madrid, Eurolex, 1998, pp. 165-166) cita que, a efectos de calificación jurídica, cualquier negocio basado en el *timesharing* debe ser calificado en base a su propia naturaleza, teniendo en cuenta que puede encuadrarse dentro de distintas categorías jurídicas, sean de naturaleza real (*e.g.*, las situaciones de propiedad múltiple, los derechos limitados de uso); o contractual (*e.g.*, el uso de clubs, asociaciones, o comercialización de turnos).

⁴ El establecimiento de una CET-CCCat sobre un objeto determinado, implica necesariamente que sólo puedan ser turneros los copropietarios del bien, tal y como se desprende del sentido literal del art. 554-1.1 CCCat. Si bien hay una línea doctrinal, que aboga por que las CET se puedan constituir, asimismo, a partir de un solo titular que pueda resultar gravado con los derechos de uso por turnos sobre el bien de los turneros, sin la necesidad de que éstos últimos sean copropietarios del bien; asimilándose, así, la figura más a un derecho de crédito, sin perjuicio de su posible categorización como derecho real (M. C. NÚÑEZ ZORRILLA, «Los derechos del titular en la comunidad especial por turnos contemplados en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2008, pp. 383-396; citado por J. A. PÉREZ RIVARES, «La regulación catalana del Timeshare tras la Ley estatal 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. Reflexiones en vísperas de la promulgación del futuro Libro sexto del Código Civil de Cataluña, sobre obligaciones y contratos», *Uría Menéndez*, 2022, p. 5. Dis-

términos, de acuerdo con la regulación del CCCat, se precisaría que el bien en cuestión se encuentre en régimen de copropiedad por parte de los distintos propietarios turneros, los cuales se disponen a aplicar dicha situación de comunidad sobre el bien en cuestión, mediante el respectivo contrato de constitución. En dicho contrato, deben quedar acordados la duración, tanto de la situación de comunidad *per se* como de las respectivas unidades de tiempo discontinuas y periódicas de uso y disfrute del bien a asignar a cada propietario en función sus cuotas de participación; así como el régimen de deberes y responsabilidades a nivel individual y colectivo.

Así las cosas, el gran rasgo diferencial del caso de la legislación catalana, radicaría en que el aprovechamiento por turnos tendría la categorización de «derecho real», al tratarse de una institución que resulta de aplicación sobre aquellos bienes muebles o inmuebles, sobre los cuales se constituiría una situación de comunidad, a la que se le unen las notas del aprovechamiento por turnos. Todo ello, sin perjuicio del hecho de que, como en cualquier negocio jurídico basado en el aprovechamiento por turnos, deba partirse necesariamente de un contrato (*e.g.*, uno de constitución, respecto de las situaciones de comunidad, como en el CCCat), lo cual puede generar controversia en el hipotético escenario de tener que realizar la calificación jurídica de cada supuesto de hecho en concreto.

En ese sentido, la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo —entre ellos, el sistema de Derecho común español— califican el aprovechamiento por turnos como un derecho esencialmente contractual⁵, mientras que el legislador catalán lo ha concebido de una particular manera, más allá de la naturaleza estrictamente contractual de dicha institución, mediante la fusión de una situación de comunidad romana *pro diviso*, por una parte, a la que, por otra, se han añadido las principales características del contrato de aprovechamiento por turnos, dando como resultado dicha situación de comunidad especial.

Ello no implica que las aeronaves no-comerciales no puedan ser objeto de un negocio jurídico de aprovechamiento por turnos⁶, sea de

ponible en línea: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3559/documento/UM_art01.pdf?id=4335_es&forceDownload=true

⁵ A tal efecto, el aprovechamiento por turnos es una institución presente en el tráfico jurídico nacional, aunque, con carácter general, sea atípica en la legislación común. Con todo, encontramos una manifestación especial de la misma recogida en la Ley 4/2012, de 6 de julio, *de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias*, que es transposición de la Directiva europea 2008/122/CE. Por tanto, la regulación especial existente en el derecho común para el *timesharing* se ciñe a los inmuebles de uso turístico y vacacional exclusivamente; y debiéndose apuntar igualmente a tal efecto, que, en este supuesto en concreto, el aprovechamiento por turnos se concibe como un derecho de naturaleza contractual *stricto sensu*, antes que un derecho constituido sobre el bien vacacional *per se*.

⁶ Sea, por ejemplo, a través de una situación de comunidad romana básica sobre la aeronave, constituida conforme a los arts. 392 a 406 del CCEsp, como apunta M. J. MORILLAS

acuerdo con un negocio estrictamente contractual, o mediante la constitución de una situación de comunidad, hecho acorde con la legislación civil común, a pesar de que dicha opción no se contemple explícitamente ni en el Código civil español (en adelante, CCEsp) ni en la Ley 48/1960 de 21 de julio, sobre Navegación aérea (en adelante, LNA).

Al resultar el *timesharing* una institución atípica en el seno de la legislación común —salvando el mencionado caso de los contratos de inmuebles vacacionales y turísticos—, debería recurrirse a otras figuras⁷ que, en aplicación del art. 4.1 CCEsp, pudieran resultar de aplicación analógica al aprovechamiento por turnos de un bien —una aeronave o cualquier otro bien susceptible de inscripción en un registro *per se*—, porque los respectivos contratos de constitución se ajustasen a las particularidades del *timesharing*. Parafraseando a COSTAS RODAL⁸, desde la perspectiva de los derechos reales, se puede citar como ejemplo de institución prevista en el derecho común, en la que se puede introducir particularidades del aprovechamiento por turnos para un determinado negocio, la multipropiedad, figura ampliamente confundida en abstracto con el aprovechamiento por turnos, al no coincidir necesariamente con ella. En virtud de dicha situación de comunidad, los distintos copropietarios pueden pactar *praeter legem*, ex art. 398 CCEsp, el uso

JARILLO («Contratos relacionados con la aeronave y los motores», en MORILLAS JARILLO, M. J.; PETIT LAVALL, M. V., GUERRERO LEBRÓN, M. J., *Derecho Aéreo y del Espacio*, Madrid, Marcial Pons, 2011. p. 496). A tal efecto, se puede dotar a esa situación de comunidad de las notas típicas del aprovechamiento por turnos mediante el contrato de constitución, de acuerdo con la más estricta autonomía de las partes. En ese sentido, cabe decir que la legislación catalana introduce mayores límites a la autonomía de la voluntad (e.g., en lo que concierne a la duración máxima de los turnos, así como de la duración de la situación de comunidad especial), en comparación con las implicaciones que se derivarían de la constitución de una situación de comunidad por turnos con arreglo a la legislación general para las comunidades de bienes del CCEsp.

⁷ En el *common law*, por ejemplo, cumple una función similar la llamada «propiedad fraccionada» (en inglés, *fractional ownership*), utilizada entre otros, en el seno de la aviación corporativa, en ciertos países como Estados Unidos, Malta e Irlanda. Dicha figura empezó a usarse por el operador norteamericano *NetJets* en el año 1986, con la finalidad de facilitar la adquisición de jets (o incluso una flota) de forma mancomunada entre varios inversores, a efectos de repartir y aminorar el riesgo de dicha inversión, máxime por cuanto la adquisición individual en exclusiva de una aeronave comportaría unos costes potencialmente desorbitados, tanto de adquisición como de mantenimiento. La constitución de una comunidad en situación de propiedad fraccionada sobre una aeronave implica la adquisición de una participación sobre la propiedad de una determinada aeronave, que otorga a su propietario unas facultades de uso del bien en *pro diviso*, por períodos determinados (normalmente, por horas de vuelo, o días); así como un límite a su responsabilidad. Véase K. A. BELL, «Where do they fit? Fractional ownership programs wedged into current air law. Decisions and guidelines», *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 64 (2004), pp. 427-430. En línea y disponible en: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1698&context=jalc>. Como puede verse, la propiedad fraccionada de aeronaves es una figura atípica o desconocida para el ordenamiento jurídico español, si bien sí que se asemeja bastante a las CET del CCCat, teniendo en cuenta las notas características de ésta.

⁸ L. COSTAS RODAL, *Los derechos de aprovechamiento por turno*, Granada, Comares, 2000, pp. 74-85.

por turnos de un bien dentro de la propia situación de comunidad, de acuerdo con las escasas formalidades que, respecto de la formación y perfeccionamiento de los respectivos contratos de constitución, fijan los arts. 392 a 404 del CCESp.

Asimismo, la citada autora propone modelos de persona jurídica (*club*) desde la perspectiva del derecho de contratos y de sociedades, tales como las asociaciones y/o las sociedades patrimoniales, a las que se pueda aportar el bien a usar por turnos, sea como activo o parte de su capital, a efectos de poder ser usado por turnos por sus socios y/o asociados. Por ejemplo y sin ir más lejos, la opción más notoriamente usada para poder usar una aeronave por turnos en España, serían los *aeroclubs*, mayoritariamente constituidos en forma de asociación. Así las cosas, los (*aero*)*clubs* como persona jurídica, dispondrían de la propiedad o posesión arrendataria operativa de una o más aeronaves, para que los distintos asociados pudieran concertar el uso por turnos (traducible en este caso, en las horas de vuelo acordadas que realizan cada uno de los asociados) de la aeronave, sufragando individualmente el coste operativo de las horas de vuelo realizadas, así como el resto de los gastos estructurales colectivos.

En resumidas cuentas, se puede apreciar que, en el seno del conjunto de ordenamientos que conforman el sistema jurídico plurilegislativo español, coexisten varias instituciones a las que se puede recurrir, a efectos de posibilitar la constitución de un negocio jurídico de aprovechamiento por turnos, sea de una aeronave, sea de cualquier otra clase de bien. Es por ello por lo que, a juicio del autor del presente artículo, cualquier calificación realizable a tal efecto, conduciría a la razonable conclusión de que una CET establecida sobre una aeronave conforme al CCCat consistiría fundamentalmente en una situación de comunidad, sin perjuicio de la existencia del preceptivo contrato de constitución, en el cual los comuneros podrían establecer la situación de aprovechamiento por turnos en base a su cuota de participación sobre la titularidad del bien. Por ende, a las CET les resultarían de aplicación las respectivas normas conflictuales aplicables a los derechos reales con carácter general, así como, en el caso concreto que nos ocupa, el marco conflictual aplicable en materia de derechos constituidos sobre aeronaves, tal y como se desarrolla en los epígrafes siguientes.

Sin embargo, antes de entrar en los aspectos propuestos en materia de resolución de conflictos de leyes en el tráfico interregional al respecto, se debe realizar la previa y necesaria aclaración, de que no se ha podido tener constancia de que, desde la publicación del Libro V del CCCat, se hubiere intentado y/o practicado inscripción alguna de una situación de CET-CCCat sobre una aeronave. Este es el resultado tras haber indagado en todos los recursos disponibles de carácter público, tanto judiciales (sentencias al respecto) como administrativos (posibles

resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea o de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques).

III. LA LEY APLICABLE A LOS DERECHOS CONSTITUIDOS SOBRE AERONAVES SEGÚN LA NORMATIVA CONFLICTUAL ESPAÑOLA

En el contexto de los asuntos que nos ocupan en este artículo, se deben aplicar las reglas contempladas en el art. 16.1 del CCEsp para la resolución de conflictos de leyes internos, junto con la norma de conflicto establecida en el art. 10.2 CCEsp para los derechos constituidos sobre aeronaves, tal y como se desarrollará a continuación.

A modo de introducción, debe recordarse que el art. 10.2 CCEsp señala, en relación con la ley aplicable a los derechos constituidos sobre aeronaves, lo siguiente: «Los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro [...]»⁹.

En ese sentido, de la simple lectura del precepto se infiere la problemática que puede suscitar la constitución de derechos sobre aeronaves en el tráfico jurídico interregional. Resulta lógico deducir el hecho, por el cual el art. 10.2 CCEsp, no fue incluido en la publicación original de dicho cuerpo normativo, el 25 de julio de 1889. Ello se debe principalmente al hecho de que, con excepción del caso de las embarcaciones, el uso del transporte aéreo era extremadamente incipiente en los tiempos de la publicación de CCEsp, limitándose fundamentalmente por entonces a fines militares y/o recreativo.

Es por ello, que de acuerdo con la redacción original del CCEsp, tanto las aeronaves como el resto de medios de transporte que históricamente han ostentado, tanto *de facto* como *de iure*, la condición de bien mueble especial, se consideraban simplemente como parte de la categoría general de bienes muebles a fines de los conflictos de leyes, por lo que su ley aplicable se correspondía con la ley nacional de su propietario, de acuerdo con la redacción original del precepto. Esta redacción del art. 10 CCEsp, permaneció intacta hasta el 9 de julio de 1974, fecha en la que se publicó el Decreto 1836/1974 del 31 de mayo, mediante el cual se introdujo la redacción actual (en su mayor parte) del artículo 10 CCEsp, incluyendo la disposición actual del art. 10.2,

⁹ Sobre la ley aplicable a los derechos reales en el Derecho internacional privado español, en general, y a las aeronaves, en particular, véase J. M. FONTANELLAS MORELL, «Drets reals», en A. FONT I SEGURA, J. M. FONTANELLAS MORELL, M. GARDEÑES SANTIAGO y G. GARRIGA SAU, *Lliçons de dret internacional privat*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 484-496.

que establece el marco conflictual *ad hoc* con su respectivo punto de conexión, a efectos de determinar la ley aplicable a los derechos constituidos sobre medios de transporte que ostentan la calidad de bienes especiales, tales como las aeronaves, buques, ferrocarriles, etc.

Es importante señalar que, en el año 1974, las mal llamadas legislaciones «forales» (*i.e.*, las territoriales) estaban poco desarrolladas, limitándose principal y fundamentalmente al reconocimiento de ciertas instituciones, recogidas en las distintas compilaciones históricas, de derecho matrimonial y sucesorio, aplicables por lo general a cada persona en función de su respectiva vecindad civil. Es por ello por lo que, en ese periodo, los conflictos de leyes internos en relación con los derechos constituidos sobre aeronaves y buques carecían de relevancia y/o sentido alguno, en tanto que las distintas legislaciones territoriales compiladas carecían de instituciones relativas a derechos constituibles sobre aeronaves. Sin embargo, con el retorno a la democracia parlamentaria y el surgimiento del Estado de las autonomías que implicó la Constitución de 1978, se ha producido, en los territorios con derecho propio compilado, un amplio desarrollo de los cuerpos legislativos autonómicos, *ex art.* 149.1.8.º CE. Así las cosas y siguiendo el planteamiento de fondo del presente artículo, a día de hoy ya se disponen de las primeras instituciones de derecho privado territorial propias, en particular, aquellas planteadas por el legislador autonómico catalán, que pueden resultar de aplicación en la constitución de derechos sobre aeronaves.

Así las cosas, y tal y como se ha introducido anteriormente, la redacción actual del art. 10.2 CCEsp, inalterada desde la reforma del CCEsp de 1974, dispone que la ley aplicable para los conflictos de leyes vinculados a los derechos constituidos sobre aeronaves, buques y medios de transporte ferroviario será la ley del lugar del registro y/o bandera del medio de transporte en cuestión. En ese sentido, se estima que el término «lugar» que prevé el punto de conexión establecido en el art. 10.2 CCEsp, no es otro que el país en el cual consta registrada y abanderada una aeronave determinada. Por consiguiente, la ley aplicable para los derechos constituidos sobre aeronaves será la ley del país de bandera y matrícula de cada unidad de transporte en concreto.

Desde una perspectiva sistemática a efectos de comprender la naturaleza del término «lugar» establecido como punto de conexión en el art. 10.2 CCEsp, nos podríamos remitir al art. 17 del Convenio sobre Aviación Civil de 1944, el cual establece que «Las aeronaves tienen la nacionalidad del estado en que estén matriculadas»¹⁰. Además, a modo de *soft law*¹¹, el Convenio de Ginebra de 19 de junio de 1948,

¹⁰ BOE, n. 55, de febrero de 1947, pp. 1338-1351 (art. 17, p. 1340).

¹¹ *Soft law*, en el sentido de que no hay constancia de que el Reino de España se hubiere adherido, y/o firmado y/o ratificado, el Convenio de Ginebra de 19 de junio de 1948, sobre

que establece el reconocimiento oficial de derechos sobre aeronaves, hace referencia a la inscripción de derechos y/o su denegación, de acuerdo con la ley nacional del registro en el que conste inscrita una determinada aeronave.

En conclusión, ese «lugar» dispuesto como punto de conexión que establece el art. 10.2 CCEsp, debería concebirse como el Estado de matrícula de cada aeronave, atendiendo a esa interpretación sistemática del precepto, en conjunto con los distintos instrumentos internacionales que sirven de marco para el registro y otorgamiento de bandera para aeronaves.

Por otra parte y en sentido histórico, la lógica del punto de conexión establecido en el art. 10.2 CCEsp, debe comprenderse en el sentido de que, en el año 1974, la legislación especial (*i.e.*, la LNA, así como el Instrumento de ratificación del Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago de 7 de diciembre de 1944), así como la legislación civil con contenido de derechos constituibles sobre aeronaves, eran estrictamente leyes estatales e internacionales, firmadas y ratificadas por el Estado español. Así, las leyes territoriales y sus respectivas compilaciones quedaban absolutamente al margen, en tanto que no disponían de institución y/o provisión alguna antaño, respecto de derechos que se pudieran constituir sobre aeronaves.

En consecuencia y tal y como se introducía en el presente epígrafe, se podría entender más fácilmente que dicho «lugar» establecido como punto de conexión en el art. 10.2 CCEsp, se corresponde con el país de bandera y matrícula de la aeronave o buque. Sin embargo, a fecha de hoy, y tal como se mostrará en el siguiente epígrafe, se pueden encontrar las primeras manifestaciones de derecho positivo en materia de derechos constituibles sobre aeronaves previstas por legislaciones de carácter territorial, hecho que implica que el precepto deba reinterpretarse, de forma que pueda ir más allá de la ley del «lugar» del registro en sentido estricto.

Ahora bien y *a sensu contrario*, otra posible interpretación más controvertida respecto del objeto de discusión del presente artículo sería aquella basada en una interpretación literal del tenor del art. 10.2 CCEsp. En ese sentido, teniendo en cuenta que en el precepto se dispone que la ley aplicable a los derechos sobre aeronaves es la «ley del lugar del registro», de ello podría resultar en que la ley aplicable a los derechos

reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves. En el sentido del citado convenio, de acuerdo con su artículo primero, se entendería que los derechos sobre las aeronaves no sólo abarcan las posibles garantías que se pudieren constituir sobre una aeronave (como la hipoteca), sino también el derecho de propiedad; así como situaciones fácticas como la posesión por arrendamiento, de duración superior a seis meses. Extraído del instrumento de ratificación del citado convenio por la República de Colombia, mediante la Ley 834, de fecha de 10 de julio de 2003. En línea y disponible en: <https://www.leyex.info/leyes/Ley834de2003.htm>

constituídos sobre una aeronave, deba ser la ley territorial del lugar donde se hallare el respectivo registro de bandera y matrícula de la aeronave, en sentido estricto y sin más. Claro está, que dicha concepción implicaría un problema para aquellos sistemas jurídicos plurilegislativos en los con normas territoriales referentes a derechos sobre aeronaves. Por ejemplo, en el caso de nuestro país, debemos recordar que el registro y matriculación de aeronaves y buques, es una competencia exclusiva del estado central *ex arts.* 149.1.20.º y 149.1.8.º CE.

En este sentido, es importante recordar que el registro de matrícula de aeronaves es único para todo el país, y tiene su sede en Madrid¹². Por lo tanto, según esta interpretación literal del art. 10.2 CCEsp, la ley aplicable a los derechos sobre aeronaves no previstos en la LNA, sería necesariamente la estatal (*i.e.*, el CCEsp), al ser el cuerpo legislativo civil aplicable en todo el territorio español con carácter supletorio, y con plena independencia de otros posibles factores estrechamente vinculados con el negocio jurídico, tales como el lugar de base de la aeronave o el domicilio de su propietario en un territorio con instituciones de derecho propio. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación preferente del contenido de la LNA, así como de las distintas normas reglamentarias de desarrollo, las cuales tendrían prioridad en cualquier relación jurídica relacionada con la constitución de derechos sobre aeronaves con elementos nacionales, debido al carácter de *lex specialis* de la misma. independientemente de una posible remisión a una determinada legislación territorial con carácter supletorio.

IV. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES EN LA MATERIA. INSUFICIENCIA DE LA REGULACIÓN Y POSIBLES SOLUCIONES

Analizando el contenido del art. 10.2 CCEsp, se puede determinar, en primer lugar, que este precepto no sería aplicable a los conflictos de leyes interterritoriales que puedan surgir dentro del ordenamiento jurídico español respecto de cualquier derecho constituido sobre una

¹² El art. 4 del Real Decreto 384/2015, del Registro de Matrícula de Aeronaves (RMAC, en adelante), establece que: «El Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles depende de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, y su ámbito geográfico se extiende a todo el territorio nacional. Consta de una sola oficina con sede en Madrid». Esta disposición muestra que la matriculación de aeronaves difiere de la matriculación de otros medios de transporte, *e.g.*, en comparación a los supuestos de matriculación de embarcaciones. En el caso de estas últimas, según el art. 3 del Real Decreto 1027/1989, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo: «Los Registros de Matrícula de Buques serán públicos y de carácter administrativo. Cada Distrito Marítimo dispondrá de su propio Registro de Matrícula. El del Distrito de la Capital de la Provincia Marítima estará a cargo del Jefe provincial de Marina Mercante y los de los demás Distritos de la misma dependerán de la Autoridad marítima local correspondiente». Es decir, que, para el caso de los buques, sí se disponen de distintos registros repartidos a lo largo de todo el territorio del Estado para los distintos distritos marítimos sometidos a la soberanía del reino.

aeronave, conforme a una legislación territorial específica, como podría ser el caso de una CET según el CCCat. Ello se debería al hecho de que el punto de conexión establecido en el art. 10.2 del CCEsp, es el país («lugar») de matrícula y/o bandera, lo que lo convertiría en un punto de conexión aplicable únicamente a los conflictos de leyes internacionales, teniendo en cuenta la existencia de un solo registro de matrícula de aeronaves en España, cuya competencia recae en la Administración General del Estado. En este sentido, el punto de conexión establecido desembocaría en una situación de *inoperatividad* de la norma de conflicto para resolver los conflictos de leyes interregionales al respecto dentro del ordenamiento jurídico español. Es decir, según la lógica del propio artículo, la ley del país de matrícula y/o bandera, debería ser la única ley aplicable a los derechos y gravámenes sobre una aeronave, sin ofrecer, consiguientemente, mecanismo alguno que permita la individualización de una determinada ley territorial integrada en el ordenamiento plurilegislativo español.

Además, al tratarse de una cuestión concerniente a los conflictos de leyes internos en España, debemos remitirnos al apartado del CCEsp que establece los mecanismos de resolución de los conflictos de leyes internos, en ausencia de cualquier otro precepto legal específico, según lo dispuesto en su art. 16. Sin embargo, este precepto se centra en la resolución de conflictos de carácter personal, basados esencialmente en la vecindad civil del individuo, sin ofrecer un mecanismo de resolución para aquellos conflictos que sean de base territorial y real, como lo es el caso que nos ocupa para el presente artículo. Así las cosas y para el resto de conflictos de leyes internos que no resulten ser de base personal, el art. 16.1 del CCEsp remite al Capítulo IV del mismo código, que trata sobre las normas de conflicto internacionales (arts. 9 a 11 del CCEsp), entre las cuales se encuentra el controvertido art. 10.2 CCEsp. Por consiguiente, puesto que las normas sobre conflictos internos remiten a la norma de conflicto aplicable a los derechos constituidos sobre aeronaves, se acaba por no ofrecer una solución conflictual respecto de los derechos constituidos sobre aeronaves con arreglo a una determinada legislación territorial, dada la perspectiva estrictamente internacional del art. 10.2 CCEsp, en lo que a resolución de conflictos de leyes se refiere. A su vez, debemos tener en cuenta el hecho de que las propias leyes territoriales como el CCCat, tampoco pueden establecer su ámbito territorial de aplicación de las distintas instituciones que contienen, al ser un elemento sujeto, necesariamente, al arbitrio de la normativa conflictual dispuesta en el CCEsp, cuya competencia de desarrollo queda establecida en exclusiva a favor del Estado central, *ex art.* 149.1.8.º CE¹³, razón por la cual, los respectivos poderes legis-

¹³ En ese sentido, hay algunas excepciones a la regla, explicables mediante un ejemplo presente en el Libro V CCCat, por el que se dispone de una norma delimitadora en el espacio respecto de la aplicación del CCCat. Dicho ejemplo se encuentra en el derecho especial del re-

lativos autonómicos, no disponen de potestad de desarrollo normativo a tal efecto en el seno de sus respectivas legislaciones.

Por consiguiente, de acuerdo con el razonamiento previamente expuesto para el caso que nos ocupa, la aplicación de una determinada ley territorial, a efectos de constitución de derechos constituidos sobre aeronaves, resultaría apriorísticamente indiferente respecto de otros elementos que pudieren guardar mayor vinculación con la relación jurídica en cuestión, tales como el estatuto personal de sus titulares (*i.e.* vecindad civil, residencia habitual, nacionalidad) o el lugar de situación de la aeronave (*e.g.*, localización del aeródromo que sirve de base a la aeronave¹⁴), al objeto de poder aplicar la ley territorial en cuestión, que pudiese guardar mayor relación con dichas situaciones fácticas.

Sin embargo, y por otra parte, el art. 16 CCEsp sí que ofrecería una solución para los conflictos de leyes de base territorial con respecto a los derechos constituidos sobre bienes con carácter general. Ello podría explicarse por el hecho de que el punto de conexión usado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos —y como lo es el caso de España— para las normas de conflicto aplicables a los bienes —sean muebles o inmuebles— es el sitio donde radican. A tal efecto, y sin perjuicio del marco dispuesto en el art. 16 CCEsp para los conflictos de leyes internos, sería a su vez posible un uso directo del art. 10.1 CCEsp, puesto que la propia norma de conflicto ya establece un punto de conexión directo y sin necesidad de remisión alguna, a efectos de determinar la ley que se les debe aplicar (*i.e.*, la *lex rei sitae*)¹⁵. En virtud de dicho punto de conexión, no hay óbice para que el marco conflictual pueda establecer que una determinada ley territorial resulte ser la de aplicación, para los derechos constituidos sobre aquellos bienes que estén sitos en una

tracto de tornería, previsto en el art. 568-21.1 CCCat, el cual se aplica en el territorio del Valle de Aran. A. FONT I SEGURA (*Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2007, p. 109) ha criticado dichas manifestaciones de Derecho positivo presentes en las legislaciones territoriales, en tanto que se tratarían a todos los efectos, de normas de conflicto operantes a nivel interlocal dentro de los territorios de Derecho foral. Es por ello por lo que el desarrollo de dichas normas concerniría en exclusiva al legislador estatal en cualquier caso, *ex art.* 149.1.8 CE, al no dejar de ser parte del marco normativo conflictual, y sin perjuicio de su eficacia en exclusiva dentro de las respectivas unidades territoriales que conforman el sistema plurilegislativo español.

¹⁴ Aplicado al supuesto de hecho que nos ocupa, resultaría apriorísticamente indistinto, el hecho por el que una aeronave sobre la que se ha constituido una CET conforme al CCCat, tenga su base en un aeródromo sito en Cataluña (en tanto que territorio con Derecho foral propio), sea a efectos de solicitud de matrícula o de práctica de asiento, en el RMAC. Puesto que no hay ningún precepto del RD 384/2015 que obligue a indicar a los propietarios de la aeronave, el aeródromo que le sirve de base, a efectos de practicar cualquiera de los dos trámites. Así las cosas, el lugar de situación de base de la aeronave se convertiría en un elemento estrictamente fáctico, sin transcendencia jurídica alguna a efectos tanto del RMAC como de los arts. 10.2 y 16.1 CCEsp.

¹⁵ J. M. FONTANELLAS MORELL, «Drets reals», en A. FONT I SEGURA, J. M. FONTANELLAS MORELL, M. GARDEÑES SANTIAGO y G. GARRIGA SAU, *op. cit.*, n. 9, pp. 484-496.

cualquiera de esas unidades territoriales, mediante el uso de una posible remisión directa, y con absoluta independencia del estatuto personal de sus propietarios o poseedores.

Sin embargo, las aeronaves, por causa de tener la consideración de bienes muebles de carácter complejo¹⁶ tal y como nos dice SIERRA NOGUERO, resultan ser una excepción a esta regla general otorgada para los bienes muebles y/o inmuebles, al constituirse como bienes de obligado registro. Es por ello, que, para dichos bienes, se ha fijado el Estado de bandera, matrícula y registro como punto de conexión a efectos de determinar las leyes del ordenamiento jurídico que resulta de aplicación a los derechos y gravámenes constituidos sobre ellas. Así las cosas, ante la naturaleza estrictamente internacional y la rigidez del punto de conexión establecido en el art. 10.2 CCEsp, se puede determinar que otros factores no menospreciables ya mencionados en el seno de la relación jurídica que nos ocupa para el presente artículo, resultarían indistintos apriorísticamente, a efectos de determinar la ley aplicable a una situación de CET constituida sobre una aeronave. Así las cosas, una interpretación literal del precepto, establecería que no debería caber otra ley aplicable¹⁷ a los derechos constituidos sobre una aeronave, que exclusivamente la que se corresponda con la ley del país de bandera y registro, sin tener en cuenta el resto de factores potencialmente presentes en una relación jurídica de este tipo, aun cuando tales factores expresaran una mayor vinculación con una determinada ley territorial dentro del sistema jurídico plurilegislativo en el cual conste registrada y abanderada la aeronave.

¹⁶ E. SIERRA NOGUERO, *Manual de Derecho Aeronáutico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 181-182.

¹⁷ En estos términos, cabe decir que el desplazamiento volitivo del punto de conexión aplicable a una determinada relación jurídica es lo que en Derecho conflictual se denomina como «conflicto móvil». Aplicado al caso concreto de las aeronaves, teniendo en cuenta el punto de conexión que los distintos marcos normativos conflictuales disponen, tanto en España como en el resto de los ordenamientos jurídicos del mundo, la única posibilidad por la que se podría generar *fraudulentamente* un conflicto móvil al respecto, sería registrando la aeronave en un país distinto (un «ordenamiento de cobertura») respecto del país donde esté *e.g.*, domiciliado su operador (el denominado «ordenamiento defraudado»). Ello ha dado lugar a una problemática emergente en el sector de la aviación civil, que no sería otra cosa que la proliferación de «banderas de conveniencia» en el sector. Por ese motivo, entre otros, el Convenio de Chicago de 1944 —la piedra angular del derecho aeronáutico a nivel internacional— fue modificado en los años ochenta para introducir el art. 83Bis, por el que se prevé la posibilidad de acuerdos de ejercicio de competencias entre el Estado de matrícula de una aeronave (ordenamiento de cobertura) y el Estado del domicilio del operador (ordenamiento defraudado). s/a; s/f, «Guía Administrativa Para La Ratificación Del Protocolo Relativo Al Artículo 83 Bis. Organización de Aviación Civil Internacional (ICAO)», disponible en línea: https://www.icao.int/secretariat/legal/Administrative%20Packages/83bis_sp.pdf?Mobile=1&Source=%2Fsecretariat%2Flegal%2F_layouts%2Fmobile%2Fdispform.aspx%3FList%3D36e704ff-11c3-419e-ae00-5f9c77757fc8%26View%3Dab9a5b63-94b4-47c1-8615-07ea4d088dab%26ID%3D33%26CurrentPage%3D1,

En base al tenor literal de dicho precepto, estimamos que se pueden concebir dos posibles hipótesis al respecto, con distinto resultado, tal y como se desarrollará en los siguientes subepígrafes.

1. Rechazo a la aplicación de una ley territorial, a la luz de la norma de conflicto del art. 10.2 CCEsp

Por una parte, habría una primera hipótesis no exenta de posibles críticas, atendiendo a la literalidad del art. 10.2 CCEsp. Teniendo en cuenta lo que dice exactamente el art. 10.2 CCEsp, se podría entender que dicha norma de conflicto no podría resultar de aplicación a los conflictos de leyes internos (*i.e.*, los conflictos de leyes que puedan surgir respecto a la legislación común, con las legislaciones civiles de base territorial). Dicho razonamiento, encontraría su base en el hecho que dicha norma de conflicto no dispone de una cláusula explícita que permita hacer la remisión mencionada en el punto anterior, debiéndose tener en cuenta exclusivamente *ex art.* 12.6 CCEsp el Estado de matrícula de la aeronave como punto de conexión a efectos de determinar la ley aplicable a los derechos constituidos sobre una aeronave, sin posibilidad de individualizar una legislación territorial.

Es por ello, que ante dicha carencia de la norma de conflicto que nos ocupa para el presente supuesto de hecho¹⁸, se podría argumentar que un derecho o gravamen previsto por una ley de un subsistema interno de base territorial como es el caso del CCCat, no podría resultar de aplicación para el caso de los derechos constituidos sobre aeronaves, debiéndose aplicar la legislación civil estatal a tal efecto y por consiguiente, en virtud del principio de supletoriedad¹⁹ establecido en el art. 13.2 CCEsp. En ese sentido, FONT I SEGURA indica que una hipotética resolución judicial en este sentido se trataría de un sumo

¹⁸ Cabe recordar, asimismo, lo dispuesto en el art. 16 CCEsp, sobre resolución de conflictos de leyes interterritoriales, que se remite a los criterios de los arts. 9 y 10 del CCEsp, para su resolución. Todo ello en virtud de una aplicación del art. 12.5 CCEsp para solucionar las remisiones al ordenamiento jurídico plurilegislativo español, el cual dispone que: «Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado». En resumidas cuentas y respecto del caso que nos ocupa para el presente artículo, ello implicaría sin más, que el art. 12.5 CCEsp remitiría al art. 16.1 CCEsp a efectos de resolver la clase de conflictos de leyes internos que nos ocupan en el supuesto del presente artículo, al estar tratando sobre una institución de Derecho territorial catalán. Por ello, al ser una CET-CCCat un derecho constituible sobre una aeronave, el art. 16.1 CCEsp obligaría a practicar una nueva remisión al art. 10.2 CCEsp y a su reiterado punto de conexión establecido para los derechos y gravámenes sobre aeronaves. Sin ofrecer, por tanto, una solución explícita *ex lege*, que permita una posible individualización a favor del derecho de una determinada unidad territorial dentro de España, conforme a la bandera y matrícula de la aeronave.

¹⁹ Dispone el art. 13.2 CCEsp: «En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias y territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales».

error, teniendo en cuenta que el CCEsp tiene carácter exclusivamente supletorio y no de primacía, respecto de aquellas situaciones jurídicas a las que pueda resultar de aplicación una determinada legislación territorial. Especialmente, queremos recalcar que se trata de una tendencia recurrente, en los tribunales sitos fuera del territorio con legislación propia que resultare aplicable al fondo del asunto²⁰.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC, en adelante) 226/1993, de 8 de julio, validó la aplicación del Derecho «común», para aquellos casos de inoperatividad del conjunto de criterios de conexión que puedan establecer una determinada norma de conflicto. A tal efecto, la sentencia, si bien reconoce el principio de no-discriminación entre los distintos ordenamientos civiles que conforman el Reino de España, establece que podrían resultar ajustadas a derecho, aquellas cláusulas de cierre presentes en aquellas normas de conflicto que permitan la remisión al derecho común, en detrimento del resto de ordenamientos territoriales, siempre que sea en *ultima ratio* y en defecto de cualquiera de los criterios en materia de ley aplicable que pueda establecer la norma de conflicto. Se trataría, en consecuencia y de acuerdo con el TC, de un mecanismo plausible en tales circunstancias, en aras de garantizar la «seguridad jurídica» del negocio jurídico en concreto²¹.

Aplicado al caso que nos incumbe, hay un grado razonable de probabilidad de que los registradores y jueces competentes eventualmente para conocer de cualquier negocio jurídico que implique la constitución de una situación de comunidad sobre una aeronave, pudieren llegar a dictaminar, en equivalencia con lo dispuesto en la citada sentencia²², la aplicación supletoria del CCEsp respecto de la LNA, como ley

²⁰ Respecto de ello, A. FONT I SEGURA (*op. cit.*, nota 13, p. 129) hace mención a la recurrente y consolidada falacia, por la que el Derecho común, se concibe erróneamente como el CCEsp *stricto sensu*, así como el resto de leyes especiales aplicables en la totalidad del estado. En ese sentido, el autor argumenta que no pueden concebirse los derechos propios territoriales como ajenos al Derecho común, cuando es el propio Código español la norma que reconoce los principios de igualdad y no-discriminación de las legislaciones territoriales frente a la legislación estatal, a su vez que delimita territorialmente —aunque con lagunas, e.g. a la luz del supuesto que nos ocupa para el presente artículo—, los respectivos ámbitos de aplicación tanto del propio CCEsp, como del resto de legislaciones territoriales, como el CCCat.

²¹ FJ4 de la Sentencia n. 226/1993, de 8 de julio, del Tribunal Constitucional (RTC 1993\226).

²² «En equivalencia», en el sentido que la STC 226/1993 abarcó la constitucionalidad de la remisión a favor de la legislación común en lo que respecta a ley aplicable, en defecto de los criterios cumulativos y subsidiarios, establecidos en los arts. 14.3 y 16.3 CCEsp, en relación con la determinación de la ley aplicable a la determinación de la vecindad civil de los hijos por filiación, y a los conflictos interregionales en materia de efectos del matrimonio, respectivamente. Si bien, en estos dos últimos supuestos, la remisión a la legislación «común» quedaba establecida explícitamente *ex lege*, como criterio residual en defecto de la inoperatividad cumulativa resto de puntos de conexión establecidos respectivamente. Este hecho no se da en el supuesto del art. 10.2 CCEsp, en tanto que se dispone de un solo punto de conexión en su tenor literal, sin

aplicable a cualquier negocio jurídico que implique una constitución de derechos sobre aeronaves, como lo sería el caso de una CET *ex* art. 554-2.2 CCCat, ante la incapacidad para hallar un criterio positivo de individualización o remisión a favor de un derecho previsto en una legislación territorial, de acuerdo con el tenor del art. 10.2 CCEsp. Se trataría de una solución fácil y sencilla —sin óbice de ser criticable—, pudiéndose justificar en base a la necesidad de brindar «seguridad jurídica» al negocio jurídico en cuestión, ante la falta de una solución particularizada contenida en la norma de conflicto.

Si bien y en opinión del autor del presente artículo, los hipotéticos argumentos que podrían sostener la apelación a la «seguridad jurídica» a efectos de la aplicación de la legislación civil estatal en el supuesto que nos ocupa, y en detrimento de una determinada legislación territorial, quedarían más que en entredicho desde el momento en que la aplicación de un derecho territorial en relación con un derecho constituido sobre tales medios de transporte, no debería comprometer, en modo alguno, la seguridad de un negocio jurídico, como sería la constitución de una situación de CET sobre una aeronave, conforme a una determinada legislación territorial. Máxime, y en la línea de lo expuesto en el inicio del presente artículo, por cuanto existen fórmulas comparables respecto de la constitución de situaciones de comunidad *stricto sensu*, entre el CCEsp y el CCCat.

2. Aceptación de la posibilidad de aplicación de una determinada legislación territorial para los supuestos de hecho que nos ocupan, a la luz de la norma de conflicto del art. 10.2 CCEsp

Por otra parte, cabe plantear una segunda hipótesis, en virtud de la cual el punto de conexión del país de abanderamiento o de matrícula, que establece el 10.2 CCEsp, podría interpretarse en el sentido de que cuando una aeronave sea objeto de registro y abanderamiento en un Estado plurilegislativo, como el español, la ley aplicable a la misma pueda ser cualquiera de las que territorialmente integran el sistema jurídico plurilegislativo del Estado de matrícula. De acuerdo con esta postura, podría llegarse a argumentar que el art. 10.2 CCEsp realiza una remisión *ad extra favor fori*²³, aunque implícita dado el tenor del precepto. En virtud de dicha interpretación y sin perjuicio de lo dispuesto con

poderse deducir mecanismo alguno que indique la posible remisión a favor de la legislación común o a cualquier otra, en defecto de inoperatividad de dicho punto de conexión.

²³ Remisión en el seno de un ordenamiento jurídico plurilegislativo —como es el caso español, siendo este uno de base territorial—, a favor de la ley de uno de los sistemas legislativos que lo componen. De hecho, cabe decir y/o recordar que España es el único Estado dentro de la Unión Europea que tiene diversos ordenamientos civiles de base territorial.

carácter estatal en las respectivas leyes especiales, se podría aplicar a estas situaciones la ley territorial española, que guardare mayor vinculación con la relación jurídica, siempre y cuando la aeronave dispusiere de bandera y matrícula de España.

Otro argumento que podría justificar la posibilidad de realizar una remisión a favor del Derecho catalán para el supuesto que nos ocupa, sería, según FONT I SEGURA, la aplicación directa del derecho del foro (*lex fori*), en aquellos supuestos en los que un juzgado sito en una demarcación donde se aplique el Derecho territorial catalán, pueda conocer de cualquier pleito —para el que tenga competencia—²⁴ en relación con la comunidad por turnos constituida a tal efecto, teniendo en cuenta especialmente, los factores no previstos explícitamente en la norma de conflicto en el 10.2 CCEsp (*e.g.*, el domicilio y/o residencia de los titulares y/o operadores de la aeronave, el lugar —aeródromo— de base de la aeronave), que vinculan la relación jurídica controvertida con el territorio con derecho territorial propio; si bien, la asunción de dicha opción implicaría una más que necesaria comprensión sistemática del punto de conexión establecido en el art. 10.2 CCEsp, con el citado criterio de conexión establecido en general para los bienes muebles, *ex art.* 10.1 CCEsp.

Esta tesis podría sustentarse analógicamente en la postura defendida por FORNER DELAYGUA, quien, en términos equivalentes²⁵, defendía la necesidad de concretar la ley territorial aplicable a los conflictos de leyes en las que el punto de conexión resulte ser un país con un sistema jurídico plurilegislativo, de acuerdo con la mayor o menor conexión de la ley de una de sus unidades territoriales con la relación jurídica en cuestión, una vez consideradas debidamente sus circunstancias particulares²⁶. En ese mismo sentido, no estaría de menos traer a colación la opinión emitida en voto particular por parte del magistrado del TC J. GONZÁLEZ CAMPOS, para la citada STC 226/1993. El magistrado argumentó, que resultaría «arbitrario» el hecho por el que el legislador estableciere puntos de conexión en ciertas normas de conflicto, que impidan la «localización» de aquella norma territorial del ordenamiento

²⁴ A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, nota 13, p. 129.

²⁵ J. J. FORNER DELAYGUA, «La aplicación del Derecho catalán como Derecho español en los supuestos internacionales». En A. FONT I SEGURA, *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 101-110. Sucintamente y en ese sentido, el citado autor ha mostrado en su artículo, la problemática que en determinados supuestos puede implicar para una determinada relación jurídica, la individualización a favor de un determinado derecho territorial, cuando el marco nacional no sea capaz de individualizar por remisión *ad intra* o *ad extra favor fori*, un determinado derecho territorial *ex art.* 12.5 CCEsp, que pudiese guardar mayor vinculación con la relación jurídica en cuestión, sea por motivos de reenvío de retorno, por orden público del foro, o falta de alegación o prueba del Derecho extranjero.

²⁶ J. J. FORNER DELAYGUA, *loc. cit.*, (*Lliçons internacionals de dret privat*), p. 101. En A. FONT I SEGURA, *op. cit.* nota 25, p. 101.

plurilegislativo que guardare una mayor relación con el negocio jurídico, sin que ello implique a su vez, una transgresión de la «seguridad jurídica» que se defendía en la sentencia. Así las cosas y para el caso de los derechos constituidos sobre aeronaves, claro resulta que la ley del lugar del único registro de matrícula de aeronaves en España haría que la ley aplicable a tal efecto se correspondiera con la legislación común. No obstante, ello no habría de impedir que, en casos de concurrencia normativa como el estudiado, pueda realizarse una remisión al derecho del ordenamiento territorial que guarde una relación más estrecha con la aeronave. Es más, para preservar los principios de igualdad y no-discriminación entre las distintas legislaciones civiles coexistentes en España, reconocidos en las SSTC 156/1993 y 226/1993, esta segunda opción es sin duda preferible.

Sin perjuicio de la concurrencia de estos planteamientos a efectos de determinar la posible aplicación de las leyes territoriales a los supuestos que nos ocupan, habría una postura sostenida por parte de la doctrina, que podría resultar en una solución revestida de mayor seguridad jurídica, a efectos de poder aplicar una determinada ley territorial, para la clase de supuestos que nos ocupan. Sería la observancia de la técnica de las «cláusulas de escape», que está presente *e.g.*, en los Reglamentos Roma de la Unión Europea²⁷, y que consiste en permitir prescindir del punto de conexión que establece una norma de conflicto, en el caso de que, dado el conjunto de circunstancias de la relación jurídica, esta guardare una mayor relación con otra ley distinta respecto de la que una norma de conflicto²⁸. Dicho en otros términos, la aplicación

²⁷ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S., SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12.^a ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 151-153.

²⁸ Sin embargo, debemos añadir al respecto que, en el contexto del DIPr, es importante distinguir entre dos soluciones aparentemente similares, pero con objetivos y aplicaciones diferentes: la solución para la rigidez del 10.2 CCEsp y la cláusula de escape. Cuando nos referimos a encontrar una solución para sortear la rigidez del 10.2 CCEsp, aludimos a la necesidad de «perfilar» o «delimitar» mejor el Derecho aplicable *dentro* de la solución que retiene la norma de conflicto, especialmente en casos donde la conexión prevista es inapropiada por no permitir subdivisiones. Ello también ocurre cuando, por ejemplo, el sistema conflictual remite a un ordenamiento plurilegislativo que no tiene normas específicas para la resolución de los conflictos internos, como es *e.g.*, el caso de Estados Unidos en relación con el art. 9.8 CCEsp, sobre la determinación de ley aplicable a la sucesión. En estas situaciones, el art. 12.5 CCEsp no es operativo, porque los EE. UU. no disponen de un conjunto unificado de normas de resolución de los conflictos interestatales. Esto obliga a buscar alternativas fuera de la norma de conflicto estricta, que pasan por considerar otros criterios de conexión como el domicilio, el lugar de origen, la residencia habitual o los vínculos más estrechos. Por otro lado, cabe aclarar que la cláusula de escape tiene una *ratio* diferente, pues permite «escapar» a la legislación determinada por la norma de conflicto cuando, a pesar de ser muy «concreta» y bien «delimitada espacialmente», no resulta adecuada para regir la situación controvertida, porque hay otra normativa sustantiva más «próxima» al caso. Así, la cláusula de escape busca evitar la aplicación de una ley —que, aunque teóricamente pueda ser óptima, resulta «distante» o inapropiada para el caso en cuestión—, aplicando en su lugar otra más estrechamente conectada con la situación litigiosa. Aunque ambas soluciones demuestran «insatisfacción» para con la solución prevista por la

de dicha solución podría permitir la aplicación de una determinada ley territorial respecto de aquellos derechos constituidos sobre aeronaves, teniendo en cuenta otros factores más allá del reiterado punto de conexión que establece el art. 10.2 CCEsp, tales como la vecindad civil o el domicilio del titular —o titulares— de la aeronave o el lugar de su base, pudiéndose entender el punto de conexión previsto para las aeronaves, en conjunto con el criterio del punto de conexión para los bienes en general del 10.1 CCEsp (*i.e.*, la ley del lugar de situación del bien), aun teniendo en cuenta que las aeronaves se traten de un bien mueble de especial trascendencia con un punto de conexión establecido *ad hoc*. De este modo, se dispondría de un mecanismo de remisión directa hacia la ley de una de las unidades territoriales, dentro del sistema plurilegislativo español que pudiere guardar mayor vinculación con la relación jurídica, a falta de uno explícito previsto para el caso de los derechos constituidos sobre aeronaves. Si bien las cláusulas de escape son parte del derecho positivo europeo, todavía no lo son del Derecho conflictual español de fuente autónoma, en donde la imperatividad de la norma de conflicto, consagrada en el art. 12.6 CCEsp, es, hoy por hoy (en tanto no se haga una reforma legislativa o se cree una jurisprudencia concluyente al respecto), un obstáculo insalvable para su toma en consideración.

Por otra parte, en el derecho conflictual supraestatal, se dispone tanto de instrumentos normativos como de proyectos respecto de ciertos derechos constituidos sobre aeronaves que reconocen la posibilidad de realizar remisiones a la legislación de una de las unidades territoriales de aquél Estado cuya ley se hubiere establecido como aplicable. En ese sentido, el Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001, relativo garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (CTC/01, en adelante), reconoce en su art. 5.3 la posibilidad de realizar una remisión interna de carácter territorial, de acuerdo con cada normativa conflictual interna, cuando la ley que el CTC/01 designe como aplicable a una determinada garantía constituida sobre un determinado equipo aeronáutico —en defecto de su concreción por las partes—, sea una de las integradas en un sistema jurídico plurilegislativo. A su vez, su art 5.4 también establece una posible cláusula de escape, a favor de aquel Derecho regional que pudiere guardar una mayor vinculación con la relación jurídica, para aquellos supuestos de incapacidad de remisión a favor de un determinado Derecho territorial, en base al marco normativo conflictual interno en cuestión²⁹. Asimismo, respecto de los

norma de conflicto, lo hacen de manera diferente: mientras que la vía buscada para resolver la rigidez del 10.2 CCEsp pasa por «subdividir» y «adaptar» la conexión para hacerla más operativa dentro del marco de la norma de conflicto, la cláusula de escape facilita la «elusión» de la solución propuesta, cuando se estime inidónea para un supuesto concreto.

²⁹ A tal efecto, el art. 5.4 del Instrumento de adhesión del CTC/01 (*BOE*, núm. 238, de 4 de octubre de 2013, páginas 81500 a 81565), dispone lo siguiente: «Cuando un Estado abarca

proyectos normativos de ámbito institucional, debe hacerse referencia a la propuesta de Reglamento comunitario en materia de conflictos de leyes aplicable a los derechos reales realizado por el GEDIP (Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado), en el cual, sin perjuicio de lo dispuesto en su art. 6 —que prevé un punto de conexión para los derechos constituidos sobre los medios de transporte en la misma sintonía que lo realiza el art. 10.2 CCEsp (*i.e.*, ley del país de registro)—, reconoce en su art. 15, la posibilidad de realizar una remisión de carácter interno, para los derechos constituidos con arreglo a la ley de un sistema jurídico plurilegislativo con arreglo a las normas internas del país en cuestión³⁰. Así las cosas, se puede apreciar que, sin perjuicio del establecimiento del registro nacional como punto de conexión primario, la posibilidad de realizar una remisión interna en el seno de un ordenamiento plurilegislativo, a efectos de ley aplicable a los derechos constituidos sobre aeronaves y buques, no es una «quimera» y, desde luego, permitiría en España respetar los principios constitucionales de igualdad y no discriminación entre las legislaciones civiles territoriales sin comprometer la seguridad jurídica.

V. REFLEXIONES FINALES

Como se ha podido ver, hay disposiciones de ciertas legislaciones territoriales presentes en nuestro ordenamiento jurídico, más concreta-

varias unidades territoriales, cada una de las cuales tiene sus propias normas jurídicas con respecto al asunto que debe decidirse, y cuando no hay indicación de la unidad territorial pertinente, la ley de ese Estado decide cuál es la unidad territorial cuyas normas regirán. [...]». Aún más, el citado precepto establece, no una cláusula de excepción propiamente dicha, sino un criterio conflictual defectivo, para aquellas situaciones en los que las normas de conflicto internas del sistema plurilegislativo en cuestión, no puedan resolver un determinado conflicto interno: «[...] A falta de esas normas, se aplicará la ley de la unidad territorial con la cual el caso tenga un nexo más estrecho». Ante la hipotética concurrencia de una situación como esta, el citado precepto del CTC/01 establece la posibilidad de aplicar aquella ley territorial, que guardare un mayor vínculo con la relación jurídica.

³⁰ GEDIP – Subgroup «Rights in rem» (2023): *The law applicable to rights in rem consolidated version track changes*. Groupe Européen de Droit International Privé (GEDIP). Oslo, 12 de julio de 2022. pp. 3-8. En línea y disponible en: <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2023/06/The-law-applicable-to-rights-in-rem-consolidated-version-track-changes-28062023.pdf>. A tal efecto, el citado artículo 15 de la propuesta consolidada de reglamento, dispone lo siguiente: «1. Cuando un Estado comprende varias unidades territoriales, cada una de las cuales tiene sus propias normas jurídicas respecto de los derechos de propiedad, cada unidad territorial será considerada como un Estado, a efectos de identificar la ley aplicable en virtud del presente Reglamento». Aunque, en el mismo artículo, se establece que la propuesta de reglamento no sería aplicable para los conflictos de leyes internos que se suscitaren dentro de un sistema jurídico plurilegislativo: «2. Un Estado miembro que comprende varias unidades territoriales, cada una de las cuales tiene sus propias normas en materia de derechos de propiedad, no estará obligada a aplicar el presente Reglamento para conflictos de leyes que surjan entre dichas unidades únicamente» (traducción al español de los preceptos por parte del autor del presente trabajo).

mente, en el caso catalán, en donde se regulan instituciones de Derecho positivo, como la comunidad especial por turnos, que pueden resultar de aplicación en materia de constitución de derechos sobre aeronaves.

Mediante el presente trabajo, se ha pretendido abordar una serie de cuestiones teóricas de fondo, tanto en relación con el marco conflictual español respecto de los derechos constituidos sobre aeronaves en base a una determinada legislación territorial; así como el hecho por el cual la calificación jurídica de un negocio de aprovechamiento por turnos sobre una aeronave, la cual puede variar en función de la naturaleza del negocio jurídico en cuestión, sea contractual estrictamente; o bien real, en los casos de situación de comunidad especial, como lo sería el supuesto de la institución de la CET-CCCat. Dada la rigidez del punto de conexión establecido en el art. 10.2 CCEsp —en conjunto con el art. 16.1 CCEsp—, no se prevé un mecanismo explícito por el que se permita una remisión *ad extra favor fori*, a favor de aquella legislación territorial en cuestión, en base a la cual se hubiere constituido un derecho sobre una aeronave, como lo sería el caso de una CET-CCCat, lo que puede implicar una cierta problemática. Sin embargo, se puede decir que existirían más argumentos a favor que en contra, a efectos de poder justificar una posible remisión interna al ordenamiento de una unidad territorial a efectos de determinar la ley aplicable a los derechos constituidos sobre aeronaves, teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad y de no-discriminación entre los distintos ordenamientos territoriales del sistema plurilegislativo español.

Teniendo en cuenta la existencia de derechos constituibles sobre aeronaves previstos en las legislaciones territoriales, como es el caso de la comunidad especial por turnos sobre aeronaves no comerciales del CCCat, puede concluirse que la redacción del art. 10.2 CCEsp precisa de una modificación. Todo, a efectos de garantizar una mayor seguridad jurídica respecto de aquellos negocios jurídicos realizados conforme a una determinada legislación territorial; y en sintonía con los reiteradamente mencionados principios constitucionales de igualdad y no-discriminación entre los distintos ordenamientos jurídicos españoles, y de completitud del sistema jurídico que debe dar respuesta a todos los conflictos de leyes generados en su seno. Asimismo, en esta tesitura, una nueva redacción o interpretación del art. 10.2 CCEsp podría justificarse por la tendencia, cada vez más presente en los instrumentos conflictuales supranacionales, de dar entrada a las cláusulas de excepción, que permiten flexibilizar las soluciones conflictuales a fin de garantizar que a toda situación privada internacional le sea aplicada la ley más estrechamente vinculada con ella. Sería deseable que un procedimiento técnico similar fuera incorporado algún día al DIPr español de producción estatal que rige el tráfico jurídico interregional.

**RIGHTS *IN REM*
IN THE EU PRIVATE
INTERNATIONAL LAW REGULATIONS**

**DERECHOS REALES
EN LOS REGLAMENTOS
DE DIPR DE LA UE**

APPARENT CONFLICTS IN THE CHARACTERISATION OF CROSS-BORDER TRANSFERS OF RIGHTS *IN REM* AND CONCEALED SUBSTANTIVE CONNECTING FACTORS FOR JURISDICTION OVER IMMOVABLE ASSETS

Ilaria PRETELLI*

Swiss Institute of Comparative Law

SUMMARY: I. INTRODUCTION.— II. THE PROCESSES OF CHARACTERISATION (*QUALIFICATION*) IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: 1. Traditional and contemporary connecting factors for rights *in rem*; 2. «Characterisation» in the concrete subsumption process or in the development of new legal rules?: 2.1. The process of characterisation between the two characterisation processes in historical dimension; 2.2. The importance of the conceptual distinction for the interpretation of Article 24(1) of the Brussels I bis Regulation.— III. CROSS-BORDER TRANSFERS OF RIGHTS *In rem* AS A MATTER OF CONTRACT: 1. The undisputed contractual character of cross-border transfers of rights *in rem*; 2. Avoidance actions of cross-border transfer of rights *in rem* as a matter of contract: 2.1. The rationale of the exclusive character of the forum rei sitae in Reichert; 2.2. Good faith as a connecting factor in Feniks compared to the Italian case Corkran; 2.3. The principle of effectiveness in Reitbauer and Schmidt.— IV. NON-CONTRACTUAL TRANSFERS OF RIGHTS *In rem* FALLING WITHIN THE SCOPE OF THE RULE ON RIGHTS *In rem*: 1. The scope of the jurisdictional rule on rights *in rem*; 2 Examples of causes

* Dr. Hab. Senior Research Fellow at the Swiss Institute of Comparative Law. This study has been conducted in the framework of the research Project I+D+i PID2020-112609GB-I00 «Property rights system over tangible goods in the field of European Private International Law: aspects of international jurisdiction and applicable law» funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation (MICIU/AEI/10.13039/501100011033). All the websites mentioned in this study were visited on 1 April 2024.

of action falling within the scope of Article 24(1) EU Regulation 1215/2012: 2.1. Subrogation in actions for damages; 2.2. The Right of pre-emption; 2.3. Common property; 3. *Vis attractiva* of the *forum rei sitae* in litigation on modification of inscriptions in national land registers— V. CONCLUSIONS: 1. The characterisation of cross-border transfers of rights *in rem*; 2. The use of good faith and effectiveness as connecting factors for avoidance actions.

I. INTRODUCTION

The purpose of our investigation is to consider how the two rules explicitly dealing with rights *in rem* in Regulation 1215/2012, Article 24 and Article 8(4), need to be coordinated with the rule applicable to Article 7(1) for contracts organising their cross-border transfer. The solutions offered by the Court of Justice of the European Union (CJEU) to this problem are also applicable to the corresponding rules of the 2007 Lugano Convention, namely Articles 22(1), 5(1) and 6(4)¹. Despite the different source of the two instruments, they both form part of the EU system of private international law *in fieri*, which will be referred to, in this paper, as Brussels-Lugano system². As of the entry into force of the 1971 Protocol on the interpretation of the 1968 Brussels Convention, the CJEU is building a system of EU private international law. Its quasi-legislative role has been constantly endorsed by the EU legislator, also by recognising the principles of its jurisprudence as part of an *acquis* capable of being «ratified» in subsequent reforms of the EU Regulations in private international law.

The rules of the Brussels-Lugano system are constantly being clarified, but they are also being developed by the CJEU in a creative and legislative mode. Clarifications on the rationale and the limits of the connecting factor designed for rights *in rem*, on its scope and application provide a good example of the structural importance of the Court of justice in the development of a uniform system of law. By proceeding to characterise, on the one hand, the facts presented by the case and, on the other hand, the national legal rules which have been selected to frame the case on the merits, the CJEU is able to act in this dual function of judge and legislator. Acting in its role of judge, the CJEU uses the «characterisation» process to decide the case at hands—minor premise of the judicial syllogism—but at the same time, acting in its «nomophylactic» function, the CJEU uses the «charac-

¹ Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 339, 21.12.2007, p. 3–41.

² The CJEU has interpreted the rules of the 1968 Brussels Convention, of the subsequent Regulations as well as of the 1988 and 2007 Lugano Conventions while in force. The decisions interpreting these instruments are used as precedents for the interpretation of the rules in force—which are given, today, by the 2007 Lugano Convention and the 1215/2012 EU Regulation. It is therefore possible to refer to such uniform body of law as a system.

terisation» process to clarify the legal principle relied upon —major premise of the judicial syllogism and takes on a creative role (II). The quasi-legislative role of the CJEU in this respect is necessarily influenced —when not biased— by the construction of the case presented to the Court. Avoidance actions have offered an interesting arena for the debate on the most suitable connecting factors in case of cross-border transfers of immovable property. At the present stage, the Court seems to be using «good faith» as a concealed «forum-selection method» and as an expression of a principle which could be referred to as *favor probi*. This perspective may explain some decisions on avoidance actions concerning cross-border transfers of immovable property, the justification of which has been difficult to grasp by commentators (III). Against this background, it becomes possible to draw the scope of the exclusive jurisdiction rule for immovable property by reference to some national causes of action related to transfers of rights *in rem* (IV) and draw some conclusions (V).

II. THE PROCESSES OF CHARACTERISATION (QUALIFICATION) IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

1. Traditional and contemporary connecting factors for rights *in rem*

The 1968 Brussels Convention restates the very classical rules on rights *in rem*, according to which these are connected to their «situs» whenever attached to immovable property.

The traditional and contemporary rules attribute exclusive jurisdiction to the legal order in the jurisdiction of which the immovable property to which rights *in rem* are attached is located. Such exclusiveness is a direct consequence of the principle of effectiveness, as the legal order of the *rei sitae* is the only one capable of directly enforcing its own evaluations.

Very differently, the classical rule governing rights *in rem* attached to movable property connects them to the personal law of their owner: *mobilia sequuntur personam*. This is not a pure image, as the rule stems from the medieval custom of lords and property owners moving their chattels from one castle to another in their routinary tours to supervise the good management of each of their feuds. Their estates were emptied upon their departures. All their movable possessions —including tapestries, all their furniture and beds, etc.— travelled with them in chests and trunks during this periodic transhumance to supervise the administration of the lands, herds and people living in their lands.

When rights *in rem* are attached to movable property, litigation on their content is not considered as requiring a special or exclusive head

of jurisdiction. However, some of the solutions elaborated by the CJEU for rights *in rem* attached to immovable property may also apply, by analogy, to movable property³.

In the present state of European private international law, the only rules on rights *in rem* of the Brussels-Lugano system and of the Rome I system⁴ refer to rights attached to immovable property.

In the EU Regulation 1215/2012 rights *in rem* are governed by Article 8(4) and 24(1), in particular. The latter confirms the exclusive nature of the head of jurisdiction conceived for rights *in rem*. It states:

The following courts of a Member State shall have exclusive jurisdiction, regardless of the domicile of the parties: (1) in proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property [...], the courts of the Member State in which the property is situated.

In addition to being exclusive, the head of jurisdiction of the *rei sitae* also has a certain *vis attractiva*. Litigation on a contractual transfer of a right *in rem* may be brought either: *i*) before the general head of jurisdiction of the domicile of the defendant (Article 4(1) on *forum rei*), or *ii*) before the alternative head of jurisdiction of the place of performance of the obligation in question in matters relating to a contract (Article 7(1) on the *forum destinatae solutionis* and taking into account the irrefragable presumptions given by the letters a), b), and c) of the first paragraph of Article 7); *iii*) as well as, as a third alternative,

if the action may be combined with an action against the same defendant in matters relating to rights *in rem* in immovable property, in the court of the Member State in which the property is situated.

as prescribed by Article 8(4) which allows the joinder of actions in matters of contract and in matters of right *in rem* before the *forum rei sitae*.

³ The classical rule on rights *in rem* for movable property is designed for goods in transit. This rule has recently been considered by the prestigious Institute of International Law in its famous resolution of 4 September 2021 on «Human Rights and Private International Law» coordinated by Fausto Pocar. Its Article 18(2) states that a State, which cannot grant continuity in the enjoyment of property rights to a (former) owner because of a change in the applicable law, «shall grant the holder an equivalent right to the extent possible». For a comment see M.L. PADELLETTI, «Article 18 of the Institute of International Law Resolution on Human Rights and Private International Law: Property Rights», *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2023, pp. 155-168.

⁴ The «Rome I system» refers both to the 1980 Rome Convention and the EU Regulation 593/5008, which sets rules in continuity with the previous regime.

2. «Characterisation» in the concrete subsumption process or in the development of legal rules?

It has already been argued that the process of characterisation, and thus its notion, is amphibological⁵.

The autonomous nature of the definitions used in the EU Regulation requires a case-by-case approach for characterising a fact under a given EU notion so that it may be subsumed under the relevant EU norm. This is the first sense given to the word «characterisation» and the most commonly referred to (or, by analogy with the French term: *qualification*)⁶. In addition to this notion of characterisation *stricto sensu*, reference to a process of «characterisation» may also be understood in a broader and more theoretical perspective, disconnected from any factual reality. In this second sense the process consists in the attribution of a connecting factor conceived for a very general legal category (contract, successions, marital property) to single national causes of action, in order to progressively build an abstract taxonomy, with the aim of easing the interpreter's work⁷.

This second perspective requires a creative act and not the mere interpretation of a rule. The CJEU, in its capacity of developer of EU law, uses the famous Rabel's method of characterisation according to comparative law.⁸ A comparative perspective, cumulated with philosophical or fundamental rights considerations, allows the Court to define the boundaries between the scope of the rule on contracts and that of the rule on rights *in rem* by reference to specific national legal rules. Often biased by the need of confronting real facts with the rules of the Brussels-Lugano system⁹ the CJEU defines the content and scope of «matters relating to a contract» and «matters relating to rights *in rem* in immovable property» by identifying the elements—comparatively present in the national rules of Member States—which allow to conclude that a national cause of action belongs to a contract or to a right *in rem*.

⁵ On the two different notions of characterisation used interchangeably by private international law scholars, see I. PRETELLI, *Garanzie del credito e conflitti di leggi*, Napoli, 2010, pp. 18-29.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ In the wake of Savigny, E. RABEL, in *The Conflict of Laws: a Comparative Study*, 1958, and *Das Problem der Qualifikation*, 1931, pp. 241 ss., found in comparative law that «surrogate» of the *gemeines Recht*, which allowed him to frame the institutions of European civil law systems in a uniform manner. The author observes that the original identity of civil law institutions can be traced in the works of the glossators and statisticians (*ibid.*, p. 154). Therefore, the abstractly conceived conflict rule does not relate to a phenomenon of the *lex fori* with which to compare the phenomena of foreign law, but on the contrary directly to what is common to all these phenomena.

⁹ *Supra*, note 1.

Both processes of characterisation have been studied but the traditional doctrinal discussion has targeted, as its focus, the «object» of characterisation¹⁰. Less attention has been paid to the fact that the process of characterisation may well have two «objects» or «functions» at the same time or, rather, that the word «characterisation» in private international law is used to describe two different legal reasoning and argumentations.

2.1. *The original process of characterisation in historical dimension*

In Savigny's system only the second operation made sense because there was no written rule of private law. The legal reasoning at the time of *common law* (*gemeines Recht*) did not consist in comparing social reality with written law, with the *ius positum*, but in analysing social reality in order to deduce its legal features by means of logical stratagems to achieve new knowledge from old one: analogy, arguments *a contrario*, *a fortiori*, *a maiore ad minus*, etc. These logical devices were used to build legal solutions from general principles. Lawyers tailored and adapted the latter to actual legal needs. In the realms of private law and private international law of Savigny's system, each relation between individuals had to be analysed with the legal tools provided by the «contemporary roman system». The legal and logical reasoning paved the way to the construction of the best legal solution to a problem and to the definition of the rights and powers attached to the relation between one and other parties¹¹. In this conception of law as a pure science, where the principles and rules of Roman law were considered of scientific nature, any national codification of private law appeared futile, misleading and ultimately an obstacle to legal scientific development. Against this background, Savigny sought the appropriate connecting factor for each kind of legal relationship. Thus, his basic problem of private international law was that of possible «conflicts of categories», which happened when legal relations had elements of more than one category. A classic example is the case of the Maltese rule ensuring a portion of the estate of the deceased to the surviving spouse in need. In the famous «Bartholo case»¹², before analysing the facts of the case, the French *Cour de cassation* had to decide whether this Maltese abstract rule fell within the category of marital property or within that of successions¹³.

¹⁰ B. ANCEL, «L'objet de la qualification», *Clunet*, 1980, pp. 227 ss., B. ANCEL, *Les conflits de qualifications*, 1977, p. 222 s.; p. 244, p. 249, e p. 256.

¹¹ I. PRETELLI, *Garanzie del credito e conflitti di leggi*, Napoli, 2010, p. 20.

¹² Cour d'Appel d'Alger, December 24, 1889, *Clunet* 1891, p. 1171. See E. MARTIN, «De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de loi», *Clunet*, 1897, p. 225.

¹³ B. ANCEL, B., *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1977, p. 551 demonstrates that the outcome of the characterisation process changes according

2.2. *The importance of the conceptual distinction between the two characterisation processes for the interpretation of Article 24(1) of the Brussels I bis Regulation*

Examples of characterisation in this historical meaning —where the object of characterisation is an abstract rule instead of a given fact— are mainly given, today, by the explanatory reports that accompany supranational bodies of laws and the by the commentaries which explain legislation. The CJEU's lines of cases represent an exception due to its specific and creative role in forging the Brussels-Lugano system. The process of characterising abstract national institutions with the aim of finding the appropriate connecting factor is also part of the CJEU's role and may be traced in its decisions.

In ensuring the role of interpreter of the written rules, the CJEU has taken an active part in the construction of a European system of private international law. The CJEU «characterises» national rules as part of the major premise of the judicial syllogism that forms the motivation of its decisions. The major premise of the judicial syllogism —the scope of Article 24(1) in this case— may need to be developed rather than merely described. This operation confronts the CJEU with a problem of characterisation in comparative perspective. The legal principle in which the facts need being subsumed is clarified by the CJEU by means of a «characterisation» of the elements of a national cause of action allowing to classifying it as either a matter of rights *in rem* or not.

III. CROSS-BORDER TRANSFERS OF RIGHTS IN REM AS A MATTER OF CONTRACT

1. The undisputed contractual character of cross-border transfers of rights *in rem*

There is no doubt on the contractual characterisation of cross-border transfers of rights *in rem* in the Brussels-Lugano system. One of the first decisions by the CJEU on this matter dates back to 1977, when the then CJCE excluded from the scope of Article 16(1) of the 1968 Brussels Convention the Dutch «*verpachting vaneen winkelbedrijf*». The question concerned the agreement by which a party, named Sanders, would take over the running of a florist's business in a shop which the other party, named Van der Putte had rented at Wuppertal-Elberfeld (Federal Republic of Germany)¹⁴. The Court analysed the Dutch con-

to the «project» of the parties, i.e. it is the outcome sought by the parties who advocate a right or power on the basis of precise facts which influences the characterisation process.

¹⁴ CJCE, 14 December 1977, *Theodorus Engelbertus Sanders v Ronald van der Putte*, Case 73-77, ECLI:EU:C:1977:208.

tract and considered it to be «an agreement to rent under a usufructuary lease a retail business carried on in immovable property rented in Germany».¹⁵ Already on that first occasion, the Court made it crystal clear that the cause of action determined the object of litigation whilst the object of the disputed contract —whether it concerned rights *in rem* or other kind or rights— was irrelevant in the determination of the applicable head of jurisdiction. This conclusion was confirmed as regards an action for rescission of a contract for the sale of land and consequential damages, which the Court decided by a simple order delivered in 2001.¹⁶

2. Avoidance actions of cross-border transfer of rights *in rem*

The scope of the rule on exclusive jurisdiction in matters of rights *in rem* has been more thoroughly discussed on the occasion of avoidance actions. In general, avoidance actions encompass all kinds of legal instruments which allow a creditor to challenge any economic operation of their debtor —and often the transfer of immovable property— on the basis of its fraudulent character, whenever it appears that it was done with the aim of avoiding the payment of the existing debt. Already with reference to Article 16(1) of the 1968 Brussels Convention the CJEU had stated that an action challenging the transfer of a right *in rem* attached to an immovable property, without seeking the immediate protection of such right, does not need to be brought before the *forum rei sitae*. Subsequent decisions confirmed that avoidance actions —i.e. actions rooted in the roman *actio pauliana* or the Elizabethan remedy for fraudulent conveyances— do not fall into the scope of the exclusive jurisdiction for rights *in rem* even when they seek at seizing an immovable to secure a debt.

2.1. *The rationale of the exclusive character of the forum rei sitae in Reichert*

In the well-known Reichert I case¹⁷, the Dresdner Bank AG had asked the French judges to set aside the donation of an immovable property located in Antibes, in the French *Alpes-Maritimes*. The donation had been made by a couple, Hans Heinz Reichert and Ingeborg Kockler, in favour of their son Mario, by a notarial instrument drawn up by a French notary at Creutzwald, Moselle. The bank, which was the couple's creditor by virtue of a loan, invoked the protection granted

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ CJEU, 5 April 2001, C-518/99, *Richard Gaillard and Alaya Chekili*, ECLI:EU:C:2001:209.

¹⁷ CJCE, 10 January 1990, *Mario P. A. Reichert and others v Dresdner Bank*, Case C-115/88, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1990:3.

to creditors by the French «action paulienne» *action paulienne*¹⁸ and had asked the French judge to set aside the donation in order to sell the property for the extinguishment of the debt.

The French court questioned its jurisdiction on grounds of Article 16(1) of the Brussels Convention, which contains the applicable ground for exclusive jurisdiction later transposed in Article 24 of EU Regulation 1215/2012¹⁹.

The exclusivity of the head of jurisdiction is not only grounded on the principle of effectiveness but also to the principle of good administration of justice in terms of economic efficiency. The local judge will address more promptly than any other judge issues as: *i)* the extent of the property in terms of size; *ii)* the content of the property rights, prerogatives and duties (*ius excludendi etc.*) as recognised by the local law; *iii)* the type of rights, prerogatives and duties which may be held for the enjoyment of the asset (property, possession, etc.); *iv)* the continuity in the protection of the powers of the holder of the asset (*la protección de las facultades vinculadas a sus títulos*).

The object of *actio pauliana* encompasses two *inter partes* legal relationships: the one between the creditor and the debtor and the one between the debtor-seller (or donor) and the buyer of the (fraudulently transferred) item.

As the main source of the cause of action relies on the *inter partes* and pre-existing relation between the creditor and its debtors —without which the transfer would have never been possibly challenged— the CJEU has logically excluded the *forum rei sitae*. In Reichert, the Court did not see any necessity of anchoring in France the proceedings for the declaration of non-opposability of the transfer, by the debtors, of the holiday house in Cap d'Antibes to the bank. The particular characteristics of the immovable are completely irrelevant for the decision here, since the plaintiff only seeks the immovable's transformation in a sum of money sufficient to recover its credit. The judge merely needs to assess if its actual value is sufficient to repay the defendant's debt and not its specific characteristic and location.

¹⁸ Article 1341-2 (as of 1 octobre 2016, by virtue of the Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016): «*Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude*».

¹⁹ CJCE, 10 January 1990, *Mario P. A. Reichert and others v Dresdner Bank*, Case C-115/88, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1990:3. In excluding the application of Article 16(1), the CJEU explains that: «the exclusive jurisdiction of the State in which the property is situated encompasses only those actions which seek to determine the extent, content, ownership or possession of immovable property or the existence of other rights *in rem* therein and to provide the holders of those rights with the protection of the powers which attach to their interest».

Therefore, the investigation of the judge is limited by the object and source of the legal action («*petitum*» and «*causa petendi*», respectively). The judge verifies if the transfer realised the debtor's intention to evade responsibility for its debts by preventing the bank from seizing the asset and proceeding with a forced sale of the property. The role of the judge is to decide on the existence of a causal link between the transfer and the unpaid debt.

When the main object of the judge's investigation is the fraudulent character of the transfer, the immovable or movable nature of the asset transferred becomes irrelevant. It is therefore logical to characterise avoidance actions as contractual in nature.²⁰ Consequently, the CJEU ruled that such actions do not fall under the rule on the exclusive ground of jurisdiction for rights *in rem* attached to immovable property.

2.2. *Good faith as a connecting factor in Feniks compared to the Italian case Corkran*

After excluding the application of the *forum rei sitae* to such kind of avoidance actions, the CJEU, as well as, earlier, the Italian *Corte di cassazione*²¹, have included these causes of action in the scope of the rule on contracts, provided today by Article 7(1) of the EU Regulation 1215/2012. In Feniks, the avoidance action had been introduced in Poland —where this action enables creditors acting individually and outside collective proceedings to neutralise the effects of transactions carried out by their debtor in fraud of their rights (as do the French *action paulienne* and the Italian *azione revocatoria ordinaria*).

The solutions found by the Italian Supreme Court and the CJEU, respectively, confirm that the *pauliana* and many other avoidance actions are «contractual in nature»²². However, the two courts use different cri-

²⁰ Doubts on the possibility to conclude on the contractual character of the action are expressed by U. GÖRANSON, «*Actio pauliana* outside bankruptcy and the Brussels Convention», in SUMAMPOUW M and others (ed), *Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil*, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 89, 90 who advocates for a «case by case» approach. See also T. LINNA, «*Actio pauliana* and res judicata in EU insolvency proceedings» (2015) 11 *Journal of Private International Law*, p. 568; A. VAQUER, «Traces of Paulian Action in Community Law», in SCHULZE, R., *New Features in Contract Law*, Sellier, 2003, pp. 421 ss.

²¹ P. BIAVATI, «Azione revocatoria e criteri italiani di competenza giurisdizionale», nota a Cass. sez. un. 7 maggio 2003 n. 6899, Corkran c. Casa Napoleone Ltd e Cashin", *Int'l Lis*, 2004, pp. 88 ss.

²² OGH 23.5.1984, 3 Ob 507/84, JBl 1985, p. 299, *ZfRV* 1986, p. 290, B. VERSCHRAEGEN, Die internationale Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkurses, *ibi*, p. 272 decided, on the basis of art. § 1 Abs. 1 IPRG, which enshrines the rule of the strongest connection (stärkste Beziehung). Despite the parties' nationality, domicile and residence in Germany, it was the location of the *res litigiosa* (einer in Österreich gelegenen Liegenschaft) and the place of enforcement (in

teria to identify «the place of performance of the obligation» challenged with the action. In the Italian case, reference is made to the place of performance of the characteristic obligation of the contract transferring the immovable which was in Italy; whereas in the CJEU case, reference is made to the place of performance of the repayment of the debt, which was in Poland, whereas the immovable transferred was in Spain.

Whilst waiting for a clarification from the Court, a possible explanation of the apparent divergence of these two interpretation of the *forum destinatae solutionis* for avoidance actions is its translation in a (concealed) connecting factor based on good faith. This explanation stems from a reflection on the function of the avoidance actions in national laws and its inevitable influence on the solutions proposed in private international law²³. As observed elsewhere, the preference given to the creditor who acts at home, reflects the choice of enhancing the protection of the party in good faith to the detriment of the assumed fraudulent buyer of the immovable asset, a third party unrelated to the creditor²⁴. In other words, good faith plays here the role of a connecting factor.

At first sight, the idea of entrusting good faith with the task of directing the interpreter to a competent forum may seem theoretically incompatible with the classical method of private international law. However, such conclusion holds only to the extent that private international law is conceived as an axiologically neutral legal discipline. The assumed neutrality of private international law is a centuries old idea, consistent with Savigny's system of «contemporary roman law», but clearly outdated at least since the consolidation of positivism and the following critical observations by Bartin²⁵.

Hence, the rigour of a deductive system which would exclude any empirical assessment of reality has been gradually abandoned by the proven need to rebalance the powers of the parties in asymmetrical relationships, which led to the development of connecting factors of a material nature²⁶.

Österreich Exekution führen zu müssen) that led to the Austrian court's jurisdiction being asserted. Austria's connection with the case was a stronger link than its connection with Germany.

²³ I. PRETELLI, «La bonne foi dans la pondération de la proximité et la fonction résiduelle du for spécial en «matière contractuelle» dans le règlement Bruxelles I – À propos de l'arrêt Feniks», *Revue critique de droit international privé*, 2020/1 (N° 1), pp. 61-82.

²⁴ I. PRETELLI, «note sous Cass. sez. un. 7 maggio 2003 n. 6899, Corkran c. Casa Napoleone Ltd e Cashin», *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 612 ss.

²⁵ E. BARTIN, «De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de loi», *Clunet*, 1897, p. 225. See now P. KINSCH, «Le rôle du politique en droit international privé», *Recueil des cours*, vol. 402, 2019, pp. 91 ss. A. EHRENZWEIG *A Treatise on Conflicts of Laws*, 1962; H. MUIR WATT, *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*, Brill Publishers, 2019; H. MUIR WATT, «Aspects économiques du droit international privé (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)», *Recueil des cours*, t. 307, 2004, *passim*.

²⁶ *Ibid.*

The promotion of the constitution of a *status* or the disfavour of the extinction of certain states or situations (*favor filiationis*; *favor divortii*; or the *statuta odiosa* such as *repudiation* etc.) does not deny the nature of private international law as *Recht über Recht* but merely introduces material elements in the search for spatial justice. These encompass connecting factors ensuring the protection of categories of persons considered to deserve an enhanced protection (worker, consumer, insured, injured). Once the axiological value of rules of private international law has been accepted, the admission of alternative fora in contractual matters, being based on the objective assessment of the good faith of the defendants (the debtor and the third party, i.e. the buyer of the debtor's property) in the *action paulienne* becomes coherent. The idea of a «*favor probi*» promotes the protection of parties assumed in good faith in avoidance actions, already at the stage of deciding the appropriate connecting factor and to the same extent as protection at this stage is granted to parties which are assumed damaged (*favor laesi*) or assumed sons and daughters (*favor filiationis*), etc.

In asserting its jurisdiction, the Italian Court must have also considered: that it was effectively capable of enforcing its evaluations on the avoidance action; that it was certainly better placed to ensure protection to the creditor, in particular because the two defendants summoned by the plaintiff were her ex-husband, domiciled in Singapore, and a commercial company based in the British Virgin Islands; that the immovable property—a luxury hotel residence in the Tuscan municipality of Castiglion Fiorentino—had been sold by means of a contract concluded in Italy before the Italian notary; that the seller owed the claimant a sum of money, the amount of which had been decided by several English court orders issued at the time of the divorce.

On the other hand, in *Feniks*, the economic transaction carried out by the debtor and suspected of constituting a fraud involved companies either incorporated and governed by Polish law—i.e. the creditor company, named *Feniks*, and the debtor company, named *Coliseum 2101*—or controlled by a Polish company. Even though the immovable property was in Spain and its buyer was a Spanish company formally incorporated in Spain, it appeared that it was administered by the same management body as the Polish company *Coliseum 2101*. Thus, notwithstanding the different geographical locations and legal personalities of the two companies, it is possible to imagine that the two companies had a fairly close and lasting link with each other and undoubtedly with the Polish legal system.

These circumstances would explain why *Coliseum 2101*, following a natural instinct and basic economic rules, had preferred to satisfy its Spanish sister company to the detriment of *Feniks*. At any rate, the principle of effectiveness did not require, in this case, a Spanish enforcement of the decision on the avoidance, because both of the de-

fendants were —one directly, the other indirectly— within the reach of the Polish jurisdiction.

In both cases, the connecting factor offered as an alternative to the *forum rei* on grounds of “proximity” is the *forum destinatae solutionis*. Similarly to the *forum damni* in cross-border cases, this criterion may translate in multiple fora where the plaintiff can introduce a legal action²⁷. This solution was subsequently confirmed in the *obiter dictum* contained in paragraph 59 of the *Reitbauer* decision of the Court of Justice of 10 July 2019²⁸.

2.3. *The principle of effectiveness in Reitbauer and Schmidt*

In *Reitbauer*, the owners of an immovable property located in the Austrian region of Villach were pitted against the workers who had been employed to renovate it²⁹. The property was part of a wider project involving the sentimental relationship between two Italian residents, Mr. Casamassima and Ms. C. After their breakup and the loss of meaning of the project of renovation, none of them honoured the payments for the renovation due to the company «Reitbauer and Others» and its subcontractors. The action for damages was brought in Austria against Ms. C. who appeared as the sole owner in the Austrian Land Register.

Meanwhile, in Italy, the broken couple had introduced proceedings to settle their reciprocal patrimonial claims. As part of their court settlement, Ms C. acknowledged a debt to Mr. Casamassima, securing it with a mortgage on the Villach property. The European Enforcement Order that followed was brought before a notary in Austria and the latter issued a notarial act which was entered in the Austrian land register as a pledge on the immovable property in favour of Mr Casamassima on 18 June 2014.

Only after that date, Reitbauer obtained a mortgage to secure the payment of their work, but Mr Casamassima’s pledge ranked before it. Thus, when the house was sold via an auction ordered by the Austrian

²⁷ CJEU, 7 March 1995, C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v Presse Alliance SA*, ECLI:EU:C:1995:61.

²⁸ CJEU, 10 July 2019, Causa C-722/17, *Norbert Reitbauer, Dolinschek GmbH, B.T.S. Trendfloor Raumausstattungs-GmbH, Elektrounternehmen K. Maschke GmbH, Klaus Egger, Architekt DI Klaus Egger Ziviltechniker GmbH v, Enrico Casamassima* ECLI:EU:C:2019:285 at 59 «In the present case, [Reitbauer] sought a declaration that the pledge created in favour of Mr Casamassima by Ms C. — the common debtor to whom each of those creditors was contractually bound — was invalid in respect of Reitbauer and Others, the courts for the defendant’s domicile could be supplemented by the courts on which jurisdiction is conferred under Article 7(1)(a) of Regulation No 1215/2012».

²⁹ *Ibid.*

judge at the request of Mr. Casamassima, the price obtained was adequate to satisfy his credit towards Ms. C. but remained insufficient to cover the company Reitbauer and Others and led them to contest the distribution of the proceeds.

In a first attempt, an action for avoidance of the court settlement was introduced before the Landesgericht Klagenfurt (Regional Court, Klagenfurt, Austria) but was dismissed assessing the lack of Austrian jurisdiction. Secondly, Reitbauer and Others filed an opposition, under Paragraph 213 of the Austrian EO, regarding the distribution of the auction proceeds.

Reitbauer and Others claimed that the Austrian inscription of Mr. Casamassima's pledge in the land register had been the result of a fraudulent operation aimed at evading the responsibility of the couple for their common debts.

Here too, the CJEU confirms the irrelevance of the place in which the immovable is located for avoidance actions and reiterates the availability of the *forum destinatae solutionis* as these actions fall within the contractual matter. The solution would have been different, if the object of the action introduced by Reitbauer had been a request for removal from the land register of the registration of the invalid pledge, as this kind of action does fall within the scope of Article 24(1) EU 1215/2012 Regulation, and may attract, in that forum, any related contractual action under Article 8(4) of the same Regulation³⁰.

The Austrian Courts represented, in the Reitbauer scenario, both the *forum rei sitae* and the *forum destinatae solutionis*.

The CJEU refers explicitly to the latter, which it identifies in «the place where, under those contracts, that renovation work was provided, namely Austria»³¹, thereby again suggesting that the creditor can rely on its forum whereas the third party (the party who earned rights *in rem* attached to the immovable) can be attracted to the *forum destinatae solutionis* of a contract to which she did not participate (the renovation contract between Ms. C., the formal owner of the immovable, and Reitbauer).

³⁰ See CJEU, 14 February 2019, Case C-630/17, Anica Milivojević v Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen, ECLI:EU:C:2019:123, pt.102, *infra* sub 3.3.

³¹ *Ibid.* pt. 61: «It would, therefore, be open to the holders of enforceable claims arising from a contract to bring an action for avoidance before the courts for the 'place of performance of the obligation in question', as authorised under Article 7(1)(a) of Regulation No 1215/2012. In the present case, by the second ground, Reitbauer and Others seek to preserve their interests in the enforcement of the obligations arising from the contracts for renovation work concluded with Ms C. It follows that the 'place of performance of the obligation in question' would be, in accordance with Article 7(1)(a) of that regulation, the place where, under those contracts, that renovation work was provided, namely Austria».

It is thus here via Article 7(1)(a) that the CJEU confirms the availability of Austrian courts to the Austrian-based plaintiff, whereas if the object of Reitbauer's action had been the removal of the (invalid) pledge from the land register, the same forum could have become available via a combination of Articles 24(1) and 8(4) of the Regulation³². The *erga omnes* effect with which the pledge gives exclusive precedence, in the sale of the immovable, to the pledge's beneficiary could have also led to the jurisdiction of Austrian Courts in force of the exclusive rule of jurisdiction of Article 24(1) Regulation 1215/2012.

This solution was adapted from *Schmidt* where the different characterisation of the parties legal action—as a question related to the removal of an entry in the land register—allowed the Court to adopt a different perspective on the scope of the *forum rei sitae* (and without mentioning the dedicated article 24(3) of the same regulation).

This was also a case of invalid pledge³³, but the focus was put, by the parties, on the entry in the land register, made on the basis of Article 61(1) of the Austrian GBG. The CJEU clarified that if the avoidance of a gift of immovable property on the ground of the donor's incapacity to contract was contractual in nature and therefore fell within the scope of Article 7(1)(a) Regulation (EU) No 1215/2012. However, the contextual action seeking the removal from the land register of notices evidencing the donee's right of ownership fell within the exclusive jurisdiction of the *forum rei sitae* and Article 8(4) of the same regulation provides, in these cases, for a joinder of the two actions.

IV. NON-CONTRACTUAL TRANSFERS OF RIGHTS IN REM FALLING WITHIN THE SCOPE OF THE RULE ON RIGHTS IN REM

1. The scope of the jurisdictional rule on rights *in rem*

To date, the Court of Justice of the European Union has given several clarifications on the scope and exclusive character of the *forum rei sitae* in cases of cross-border transfers of rights *in rem*.

The Court explains that:

³² See CJEU, 14 February 2019, Case C-630/17, *Anica Milivojević v Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg* eGen, ECLI:EU:C:2019:123, pt.102, *infra* sub-3.3.

³³ CJEU, 16 November 2016, *Schmidt*, C-417/15, EU:C:2016:881. A gift of land from a father to his daughter was the object of a notarial act, concluded in Vienna and entered in the land register. However, it later appeared that the father had been previously placed under guardianship by a decision. The guardian sought the avoidance of the contract of gift and, accordingly, the removal of the entry in the land register.

the essential reason for conferring exclusive jurisdiction on the courts of the Contracting State in which the property is situated is that the courts of the *locus rei sitae* are the best placed, for reasons of proximity, to ascertain the facts satisfactorily and to apply the rules and practices which are generally those of the State in which the property is situated³⁴.

It is thus a question of good administration in terms of economic efficiency, given that the obtaining of evidence is facilitated in the *locus rei sitae* as the disputes may require checks, inquiries and expert assessments which have to be carried out there³⁵. Furthermore, the Court limits the operation of the criterion establishing the exclusive jurisdiction of the courts of the State in which the property to legal action which aim at determining.

The extent, content, ownership or possession of immovable property or the existence of other rights *in rem* therein and to provide the holders of those rights with protection for the powers which attach to their interest³⁶.

In the second place, the CJEU, considers the *erga omnes* or *inter partes* nature of a right or power attached to an immovable as decisive for the inclusion of litigation concerning it within the scope of Article 24(1).

The difference between a right *in rem* and a right *in personam* lies in the fact that the former, existing in corporeal property, has effect *erga omnes*, whereas the latter can be claimed only against the debtor³⁷.

If the aim of the action is to ensure that the holders of rights attached to immovable property can protect the powers inherent to such rights *erga omnes* the action may be classified as being *in rem* and this allows to conclude that

An application, seeking the enforcement of powers arising from a right *in rem*, falls under the exclusive jurisdiction of the courts of the Member State in which the property is situated, pursuant to the first subparagraph of point 1 of Article 24 of Regulation No 1215/2012³⁸.

³⁴ CJEU, 3 April 2014, Irmengard Weber v Mechthilde Weber, C 438/12, EU:C:2014:212, paragraph 41.

³⁵ CJEU, 18 May 2006, *ČEZ*, C 343/04, EU:C:2006:330, paragraph 29.

³⁶ CJEU, 14 February 2019, Case C-630/17, *Anica Milivojević v Raiffeisenbank St. Stefan-Jägerberg-Wolfsberg eGen*, ECLI:EU:C:2019:123, pt. 99.

³⁷ CJEU, 16 November 2016, *Schmidt*, C-417/15, EU:C:2016:881, paragraph 30. See also the Schlosser Report on the association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice (OJ 1979 C 59/71, p. 166).

³⁸ *Ibid.* paragraph 29 ss.

When it comes to mixed actions based on a right *in personam* and seeking to obtain a right *in rem*:

Such actions are predominantly actions in personam [...] the fact that the contract [...] concerns immovable property is irrelevant [...], the immovable nature of the subject matter of the contract being only of marginal significance³⁹.

On the basis of these statements, it is possible to conclude that cross-border transfers of rights *in rem*, including avoidance actions targeting cross-border transfers of rights *in rem*, are a matter of contract, *a priori*. However, if the transfer is non-contractual and stems from subrogation, a right of pre-emption, concerns the division of common property or influences the content of entries in a national land register, it falls within the scope of Article 24(1) of the Brussels I bis Regulation.

2. Examples of causes of action falling within the scope of Article 24(1) EU Regulation 1215/2012

2.1. Subrogation in actions for damages

In *Dansomer*, the CJEU examined a case of subrogation on the basis of contracts subject to German law⁴⁰. *Dansommer*, a professional tour operator, had acted as an intermediary to enable a Mr Götz to rent a holiday house in Denmark owned by a private individual resident in Denmark. Mr Götz was then sued for damages by his contractual partner, acting *in lieu* of the owner of the property in question, for «taking poor care of premises and causing damage to the accommodation» by «failing to clean the house properly before his departure and damaging the carpeting and the oven safety mechanism»⁴¹.

The CJEU describes subrogation as an institution by which «one person steps into the shoes of another in order to enable the former to exercise rights belonging to the latter»⁴². In this case, the right to claim damages which belongs to the owner of the property had been transferred to the subrogee. The Court establishes the principle according to which it is not the contractual relationship between the plaintiff and the defendant which determines the characterisation of the cause of action but the object of the dispute. When the plaintiff exercises rights *in rem* attached to the property and having erga omnes effects, although

³⁹ *Ibid.* paragraph 36.

⁴⁰ CGCE, 27 January 2000, C-8/98, *Dansommer A/S and Andreas Götz*, ECLI:EU:C:2000:45.

⁴¹ *Ibid.* paragraph 12.

⁴² *Ibid.* paragraph 37.

on the basis of a contractual relationship and by means of subrogation, the cause of action lies within the scope of the rule on the exclusive jurisdiction on rights *in rem*. The action for damages to a property, even where not brought directly by its owner but by a professional tour operator subrogated to the rights of the owner of the property owner, remains an action in matters of rights *in rem* as it aims at ascertaining the damages affecting an immovable property. The contractual relationship between the tour operator and the tenant does not affect the *in rem* nature of the tenancy nor it changes the need of on-site inspections to assess the economic value of the asserted damages.

The transfer of rights *in rem* by means of subrogation does not change their *in rem* nature, regardless whether the right of subrogation arose by operation of law or by agreement.

2.2. *Right of pre-emption*

Most rights of pre-emption are attached to immovable property and have *erga omnes* effects when registered with the national land register, which ensures that not only the debtor, but any third party may be informed of their existence. As a consequence of mention on the register, the sale of an immovable property to which a right of pre-emption is attached, is without effect with respect to holders of such a right and enables them to claim the property on the same conditions as those agreed between the seller and the buyer.

The *in rem* nature of a right of pre-emption has been confirmed by the CJEU as regards the right provided for by Paragraph 1094 of the German BGB⁴³.

According to the CJEU, as the right of pre-emption attaching to a property produces effects with respect to all parties, any action seeking to determine its validity or invalidity falls within the scope of the rule on rights *in rem* since the object of the judge's analysis needs to consider if the holder is, or isn't, enabled to transfer the ownership of the immovable property subject to the dispute⁴⁴.

2.3. *Common property*

Clearly, an action for termination, by way of sale, of co-ownership of immovable property constitutes proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property in comparative law. It also

⁴³ CJEU, 3 April 2014, Case C-438/12, *Irmengard Weber v Mechthilde Weber*, ECLI:EU:C:2014:212.

⁴⁴ The CJEU quotes paragraph 166 of the Schlosser Report in paragraphs 43 *et seq.*

falls, as recognised by the CJEU within the meaning of the jurisdiction rule designed for rights *in rem* in the Brussels and Lugano systems⁴⁵.

The transfer of a right of ownership in immovable property concerns rights *in rem* which have effect *erga omnes*. The aim of the action is to ensure that the holders of rights attached to immovable property can protect the powers inherent to such rights.⁴⁶

Differently, if a co-owner seeks to prohibit another co-owner of that property from carrying out changes, arbitrarily and without the consent of the other co-owners, on the basis of the co-ownership agreement, the matter needs to be characterised as contractual, with the result of making applicable the special forum of Article 7(1) instead of the exclusive one of Article 24(1). In the case *Ellmes Property Services Limited*⁴⁷ the Court ruled that the two fora may frequently coincide in the place where the property is situated, because that is the place of performance of the obligation on which that action is based.

To benefit from the exclusive forum, the protection sought for the designated use may of the property needs being relied on not only against the co-owners of that property, but also *erga omnes*⁴⁸.

3. *Vis attractiva* of the *forum rei sitae* in litigation on modification of Land registers

It is sufficient to characterise a cause of action as a request for the removal of a right *in rem* from a land register to anchor jurisdiction before the courts of the legal order which keeps the register. The precedent here is the Croatian case introduced by Ms Milivojević against Raiffeisenbank, in the aftermath of the real-estate operation aimed at creating apartments to be let⁴⁹. Among the several causes of actions introduced against the lender—a declaration of invalidity of the credit agreement and of the subsequent notarised act relating to the creation of a mortgage guaranteeing the debt—she had asked the Croatian courts to erase the inscription of the mortgage from the Croatian land register.

Once more, the *erga omnes* nature of the mortgage is decisive for the inclusion of litigation concerning it within the scope of Article 24. When the request for removal from the land register on an entry is

⁴⁵ CJEU, 17 December 2015, Case C-605/14, *Virpi Komu, Hanna Ruotsalainen, Ritva Komu v Pekka Komu, Jelena Komu*, ECLI:EU:C:2015:833.

⁴⁶ *Ibid.* pt. 29.

⁴⁷ CJEU, 11 November 2020, C-433/19, *Ellmes Property Services Limited v SP*, ECLI:EU:C:2020:900.

⁴⁸ *Ibid.* paragraph 32.

⁴⁹ CJEU, 14 February 2019, Case C-630/17, *Anica Milivojević v Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, ECLI:EU:C:2019:123, pt.102.

accompanied by other causes of action, those action may be brought before the court of the Member State in which the immovable property is situated. In that case, the exclusive forum *rei sitae* also has a non-exclusive jurisdiction based on related actions, pursuant to Article 8(4) of Regulation No 1215/2012⁵⁰. The principle was clarified in Milivojević, where the claims seeking annulment of the credit agreement and the notarised deed related to the creation of a mortgage were brought against the same defendant and capable of being joined⁵¹.

V. CONCLUSIONS

The Court of Justice of the European Union has given a detailed description of the EU rules on jurisdiction over cross-border transfers of rights *in rem* in immovable property and contributed to the construction of a system of characterisation. In analysing its decisions, it is possible to consider both the question of characterisation *stricto sensu*, which allows to subsume the concrete and current problem in the existing rules, and the question of characterisation of foreign national rules, by means of their classification into the regulation's broader categories, with the aim of identifying the preferable or most elegant connecting factors, from a scientific point of view.

As regards characterisation in the broad sense, this paper formulates five conclusions.

In the first place, it is undisputed that cross-border transfers of rights *in rem* attached to immovable property by contract necessarily fall within the scope of the special forum provided for by Article 7(1) EU Regulation 1215/2012, including when litigation on the contractual matter is prompted by the introduction of avoidance actions.

Secondly, the characterisation of avoidance actions related to rights *in rem* in immovable property by the CJEU remains contractual.

Thirdly, the precise translation of the connecting factor encompassed by the *forum destinatae solutionis* remains uncertain but is *in fieri*. To reconcile apparently problematic solutions and drawing from previous research, this article explains the decisions on the *forum destinatae solutionis* in avoidance actions by reference to good faith which may be the real, albeit concealed, connecting factor. It may also be used as an explicit connecting factor in future statements.

In the fourth place, the use of good faith as a connecting factor requires a certain anticipation of the substantive analysis of the case at the stage of characterisation which may express a certain «*favor probi*».

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

On this methodology, this article has observed that all the alternative or substitute fora of the *forum rei* involve a look at the merits of the case, the extent of which depends on the complexity of the connecting factor. An example of this is the mosaic rule developed to clarify the vector needed to identify the place of the damage: also, in this case the court is allowed to venture into the merits to determine the competent forum. Another example is provided by the rule on the choice of court. Here, we face a similar paradox which needs to be solved by allowing a *prima facie* analysis of the merits when determining the competent forum. If, on the one hand, it seems abusive to decide a dispute for which the parties had agreed to give jurisdiction to a foreign court or to an arbitrator, on the other hand, faced with a purported choice which is in reality manifestly non-existent, or faced with a choice prejudicial to the weaker party, in asymmetrical relationships, the abstention of the court abusively chosen prevents the risk of a denial of justice. This risk of exposing the parties to a denial of justice explains the breadth of the exceptions set out in Art. 6 of the Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements⁵².

Lastly and overall, case law shows that the alternative use of Article 24(1), 7(1) and 8(4) of the regulation often serves to grant jurisdiction to the *forum actoris* in cases of avoidance actions in relation to immovable property. In the two Austrian cases examined in paragraph 2.3., jurisdiction was adjudicated by the CJEU to the Austrian courts by developing different lines of reasoning. The CJEU has referred to different norms which were eventually leading to an identical outcome in a very similar scenario: in Austria was the immovable and Austrian residents were the plaintiffs who had introduced the avoidance action.

In the light of this cherry or «raisin picking»⁵³, it may be easily acknowledged, along with the analysis brought by the «American conflict's revolution»⁵⁴, that the CJEU uses alternative «escape devices». However, on this side of the Atlantic, the principles of effectiveness and good faith may offer a sufficiently convincing explanation. A future explicit disclosure of the substantial influence of an underlying *favor probi* may well testify of the natural inclination of jurists, in the highest sense of the term, to focus on preventing misuses of the existing loopholes in the law.

⁵² E. GAILLARD, *Prima Facie* Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement, *TDM* 2 (2006), www.transnational-dispute-management.com; F. FERRARI, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Private International Law Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Elgar, 2019, p. 467 ss.

⁵³ See Gerhard KEGEL, «Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers», 27 *A M. J. Comp. L.* 615, 621–22 (1979)

⁵⁴ D. CAVERS, *The Choice of Law Process*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1965, p. 38 ss.

REFLEXIONES EN TORNO A LA ADECUACIÓN DEL FORO EXCLUSIVO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES

Maria FONT-MAS*
Universitat Rovira i Virgili

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL FORO EXCLUSIVO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES EN EL RBIbis: 1. Foro para el contrato de arrendamiento de bien inmueble con fines vacacionales.- 2. Contratos de arrendamiento vacacional *online* a través de plataformas digitales o de profesionales del turismo.- III. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL FORO EXCLUSIVO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES: ¿ACCIONES PERSONALES O REALES?: 1. Síntesis de la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos reales inmobiliarios.- 2. Jurisprudencia del TJUE en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles.- IV. ARGUMENTOS DE LA EXCLUSIVIDAD DEL FORO PARA LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES: ¿TODAVÍA VIGENTES?: 1. La *lex situs* en el contrato de arrendamiento de bien inmueble.- 2. Normas imperativas.- 3. Propuestas de *lege ferenda*.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho internacional privado de la Unión Europea, la norma de competencia judicial internacional del Reglamento UE 1215/2012

* Profesora agregada de Derecho internacional privado de la Universitat Rovira i Virgili, (maria.font@urv.cat). Estudio realizado en el marco 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», subvencionado por Ministerio de Ciencia e Innovación (MICIU/AEI/10.13039/501100011033). Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 15 de mayo de 2024.

del art. 24.1 (en adelante, RBIbis)¹ prevé un foro exclusivo en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, atribuyendo la competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle (*forum rei sitae*). Esta norma de competencia exclusiva es jerárquicamente superior en su aplicación, y, excluye la posibilidad de que se accionen otros foros. El RBIbis incluye en el listado de los foros exclusivos, en el mismo apartado que los derechos reales, a los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, que los equipara en cuanto que estima como mejor norma de competencia judicial para este, un foro exclusivo, ya que se considera que existe una particular conexión entre la relación jurídica en litigio y el Estado miembro, con independencia del domicilio de las partes. La razón fundamental de la competencia exclusiva de los tribunales del Estado contratante «donde el inmueble se halle sito es la circunstancia de que el Tribunal del lugar es el que, habida cuenta de la proximidad, se encuentra en mejores condiciones para tener un buen conocimiento de las situaciones de hecho y para aplicar unas normas y unos usos que, en general, son los del Estado donde está situado el inmueble»². En el Informe SCHLOSSER (1979) se plantea que cuando se entabla una acción referida a un inmueble podría incluirse en una acción real cubierta por el Convenio de Bruselas de 1968³ —actual RBIbis— e indica que sería difícil responder con un derecho distinto del lugar donde el inmueble se halle sito; ahora bien, también declara que son «numerosísimos los elementos que obran a favor del predominio del carácter personal de dichas acciones»⁴. Ante dicha situación controvertida, el Tribunal de Luxemburgo se ha posicionado respecto a los derechos reales inmobiliarios para determinar la aplicación del foro exclusivo disponiendo que solo incluye las acciones que se basan en un derecho real (*actio in rem*) y no acciones personales (*actio in personam*), o ambas acciones⁵. La distinción no resulta fácil,

¹ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20.12.2012). Es un Reglamento obligatorio y directamente aplicable en todos los Estados miembros con arreglo a los Tratados, a las acciones judiciales ejercidas a partir del 10 de enero de 2015 (art. 81 y 66.1 RBIbis).

² Apdo. 10, STJCE de 10 de enero de 1990, *Reichert y Kockler/Dresdner Bank*, C-115/88. ECLI:EU:C:1989:589.

³ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO C 27, 26.1.1998). La base jurídica era el art. 220-4 TCCE.

⁴ Párr. 171, P. Schlosser, *Informe sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia* (DO 90/C C 189 /10 de 28.7.1990), en adelante Informe SCHLOSSER (1979).

⁵ Ambas acciones en el sistema francés «mixto» en la acción de restitución del inmueble (párrafos 172-173). En ese mismo informe se destacan las diferencias entre el sistema inmobiliario del Reino Unido e Irlanda de los *numeros clausus* de las normas continentales de los

por ello la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha establecido que las primeras acciones, las reales, en relación con inmuebles, tienen efectos *erga omnes*, mientras que las acciones personales solo son oponibles al deudor⁶.

Los argumentos de la exclusividad de la competencia de los tribunales del Estado miembro en que se encuentre el inmueble (*forum rei sitae*), eran y son, en síntesis: el interés público del Estado donde radican los inmuebles y el interés en una buena administración de justicia. Dichos argumentos para prever un foro exclusivo respecto a los derechos reales sobre inmuebles han persistido y repetido en las normas europeas — Convenio de Bruselas de 1968, Reglamento 44/2001 y Reglamento 1215/2012 — y en la jurisprudencia del TJUE en que han sido reiterados «a modo de letanía»⁷. Sin embargo, surgen dudas sobre la adecuación de un foro exclusivo para los derechos reales inmobiliarios por parte de la doctrina internacional privatista europea. Así es como voces autorizadas como H. MUIR WATT abogan por la necesaria revisión del foro exclusivo en sus comentarios de la jurisprudencia del TJUE, expresando la necesidad de «romper el tabú territorial»⁸; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO tachan el concepto de soberanía territorial del Estado de «trasnochado», muy alejado de la apertura actual del tráfico de bienes inmuebles, cuya naturaleza poco tiene que ver ya con

Estados contratantes de ese momento. Informe SCHLOSSER (1979), párr. 168. Las diferencias en materia de derechos reales subsisten en Derecho comparado europeo: véase, en este mismo libro: H. SIMÓN MORENO, «Rights in rem in Europe: a comparative perspective»; E. LAUROBA, «Panorama de derechos reales en los Estados miembros de la UE: una transformación continua y discreta», en FONT I MAS, M., SERRANO DE NICOLÁS, A., VÁZQUEZ MORAL, P. (dirs.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE. Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid, Marcial Pons, 2024 pp. 17-52.

⁶ La Sentencia del TJUE *Lieber* (1994) interpreta: «La diferencia entre un derecho real y un derecho personal reside en el hecho de que el primero, por gravar un bien corporal, surte sus efectos con respecto a todos, mientras que el segundo únicamente puede invocarse contra el deudor» (apdo. 14) STJUE de 9 de junio de 1994, *Lieber*, C-292/93, ECLI:EU:C:1994:241. U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation. Commentary, European Commentaries on Private International Law*, 2nd ed., vol. I, Ototoschmidt, 2023, p. 564. Véase las reflexiones del notario A. Serrano de Nicolás sobre las características y base de los derechos reales en el CC español y el CC de Catalunya que permiten distinguir en el derecho de opción entre su naturaleza personal o real; también el análisis sobre las acciones reales y personales destacando que la «reipersecutoriedad» y la eficacia *erga omnes*, tienen que ser la nota diferencial entre derechos personales y los derechos reales. A. SERRANO DE NICOLÁS, «Derechos reales y aspectos de delimitación *ratione materiae* desde la perspectiva notarial de los Reglamentos de la UE de DIPr: cuestiones de derechos reales o personales», en M. FONT-MAS, A. SERRANO DE NICOLÁS, P. VÁZQUEZ MORAL (dirs.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE. Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 108, 122.

⁷ J. M. FONTANELLAS MORELL, «La erosión de la exclusividad del *forum rei sitae* en las acciones reales inmobiliarias», *AEDIPr*, 2016, p. 968.

⁸ H. MUIR WATT, «Note sous l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 13 octobre 2005 (aff. C-73/04, Brigitte et Marcus Klein c. Rhodos Management Ltd)», *RCrDIPr.*, 95, 2006-1, p. 192.

indicios de riqueza, poder o soberanía⁹; G. VAN CALSTER con ironía rechaza el argumento de la buena administración de justicia, que podría ser aceptado en 1968 pero no en la actualidad, en concreto, respecto la consulta e inscripción en el registro de otro Estado miembro¹⁰; y, para J. M. FONTANELLAS MORELL existen «síntomas de creciente erosión» en los argumentos del TJUE a la hora de conocer las acciones reales¹¹.

Ante tantas dificultades para calificar y argumentar respecto a los derechos reales inmobiliarios, la pregunta es ¿por qué el legislador de 1968, en aquel entonces comunitario, incluyó a los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles como foro exclusivo junto a los derechos reales sobre inmuebles en las normas de DIPr del Convenio de Bruselas? Resumimos que los fundamentos legislativos y jurídicos, desarrollados y reproducidos en la jurisprudencia del TJUE, recaen en el objeto de arrendamiento de «posesión limitada» o de «uso» o «cesión de uso» que es el «bien inmueble». Este objeto tangible, e inicialmente inamovible, recibió una especial atención y protección de las normas comunitarias por razones de «soberanía territorial» de los derechos reales inmobiliarios y por extensión a los contratos de arrendamiento de inmuebles. En consecuencia, los argumentos previstos para los derechos reales inmobiliarios son de aplicación a los contratos de arrendamiento por recaer este sobre un inmueble. Ahora bien, la situación de la coexistencia de acciones posibles —reales, personales— nos lleva a plantear sobre la naturaleza de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles que, generalmente, se incluyen en los derechos personales que establece una relación contractual entre arrendador y arrendatario, en que este último tiene un derecho de uso del inmueble durante un tiempo determinado (derechos de posesión limitados) de modo que únicamente el arrendador está obligado a ceder el uso de la cosa (no eficacia *erga omnes*)¹². Ante ello, podríamos en una conclusión

⁹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, (12.^a ed.), Pamplona, Civitas, 2022, p. 805.

¹⁰ En relación al caso *Komu* (2015) C-605/14: «[...] sigo pensando que es cuestionable si estas razones, sólidas como pudieran haber sido en 1968, tienen mucho sentido en la sociedad actual. Puede ser más cómodo que el caso se escuche en España por las razones expuestas por el Tribunal. ¿Pero es esencial? La humanidad puede realizar cirugías telescópica remotas transcontinentales asistidas por robots. Pero parece que no puede consultar el registro de la propiedad español desde un tribunal en Finlandia. Sugeriría que es hora de adaptar el Artículo 24 en una futura enmienda del Reglamento» [traducción automática] G. VAN CALSTER, «The lady is not for turning. CJEU in *Komu v Komu* sticks to classic application of exclusive jurisdictional rule for rights *in rem* in immovable property», blog 23/02/2016, <https://gavclaw.com/tag/rights%E2%80%93in%E2%80%93rem/>, <https://gavclaw.com/2016/02/23/the-lady-is-not-for-turning-cjeu-sticks-to-classic-application-of-exclusive-jurisdictional-rule-for-rights-in-rem-immovable-property/>

¹¹ J. M. FONTANELLAS MORELL, «La erosión de la exclusividad del *forum rei sitae* en las acciones reales inmobiliarias», *AEDIPr*, 2016, p. 974.

¹² La naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento no es una cuestión baladí. En España, Grecia, Alemania son contratos de carácter personal, aunque, por ejemplo, en Alemania los arrendatarios también son considerados un verdadero poseedor; en Portugal y Malta hay un

previa, afirmar que los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles no pueden considerarse derechos reales en sentido estricto, si bien es cierto que desprenden acciones reales junto a las personales, que en la práctica provocan problemas de calificación para determinar la aplicación del RBLbis y ello nos conduce a cuestionar la idoneidad del foro exclusivo para los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. A dichas consideraciones particulares de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, debemos plantearnos si también se extienden los argumentos que fundamentan la competencia exclusiva en el interés público del Estado donde radican los inmuebles y el interés en una buena administración de justicia¹³. En este ámbito concreto, valoramos que sería justificable el argumento del interés público del Estado, en relación con la salvaguarda de los derechos sociales vinculados al acceso a la vivienda, que continúan coexistiendo con la protección que recibe el propietario en las normas internas, algunas con carácter imperativo, de restitución de la propiedad (acción real). En cuanto a los argumentos fundamentados en «el interés en una buena administración de justicia» que implica considerar a las autoridades del Estado donde esté sito el inmueble como las mejor situadas para garantizar la seguridad jurídica en la tramitación de los derechos reales sobre inmuebles (p.ej. control de registros), consideramos que dicho argumento tendría que estar superado en el espacio judicial y de cooperación de autoridades de la UE.

En el *excursus* de las normas *Bruselas* sobre la determinación de la competencia judicial exclusiva de los derechos reales inmobiliarios, se extienden los argumentos establecidos para los derechos reales *a priori* a los contratos de arrendamiento, si bien, con particularidades. La primera singularidad fue a raíz del asunto *Rösler* (1985) que introdujo en el Convenio de Lugano de 1988 un nuevo foro exclusivo particular en relación con los contratos de arrendamiento de inmueble «de corta duración», conocidos como los arrendamientos «con fines vacacionales», norma que después fue introducida en el Convenio de Bruselas a través del Convenio de San Sebastián de 1989. La norma que era y es una alternativa al foro exclusivo del lugar donde se halla el inmueble a elección del demandante, utiliza criterios de vinculación con el foro

gran debate sobre su naturaleza (personales o reales); en Italia se consideran un *tertium genus*, diferenciado de los derechos personales y los derechos reales; en Austria no es un derecho real. Véase S. NASARRE AZNAR, «La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto Europeo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, 2015, pp. 227-228.

¹³ El resumen de los distintos argumentos que fundamentan la inclusión del contrato de arrendamiento como un foro exclusivo: «necesidad de asegurar una buena administración de justicia y reparto racional de la competencia; vinculación de los arrendamientos con el régimen de la propiedad inmobiliaria, con abundante presencia de normas imperativas; proximidad del juez con la situación del inmueble, lo que le permite un conocimiento directo de las cuestiones de hecho vinculadas con la conclusión y la ejecución de los arrendamientos [...]». D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1998, p. 52.

del domicilio del demandado, es decir, por proximidad del contrato con las partes. Por lo tanto, incluye criterios generales y de la autonomía de la voluntad propios de las obligaciones contractuales, si bien solo puede elegir el demandante.

En este contexto, nos cuestionamos la necesidad de deslindar el contrato de arrendamiento de bien inmueble de la regulación de exclusividad de foro dedicada a los derechos reales en el RBIBis. La doctrina especializada lo lleva proponiendo desde hace años, así es como D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, se pregunta con escepticismo si ¿existe más razón que la mencionada tradición para adoptar la solución excepcional del foro exclusivo en esta materia?¹⁴. Y si bien nos sumamos de nuevo a sus argumentos¹⁵, los retomamos con la voluntad de introducir la reciente jurisprudencia del TJUE que ha tenido que lidiar y delimitar los contratos de arrendamiento de otros tipos de contratos. A ello debe sumarse que las circunstancias de contratación han cambiado en el plano internacional generalizándose la celebración de contratos de arrendamiento de corta duración de inmuebles a través de Internet, ya sea mediante plataformas virtuales especializadas (*Airbnb*, *Booking*) que ponen en contacto ambas partes (*P2P*), o bien, por intermedio de profesionales turísticos que ponen a disposición inmuebles en nombre del propietario.

II. EL FORO EXCLUSIVO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES EN EL RBIBIS

Tal y como hemos introducido, la determinación del tribunal competente en un litigio transfronterizo respecto a los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles actualmente vigente está prevista en el art. 24.1 del RBIBis (R.1215/2012)¹⁶, junto a la regulación de los derechos reales sobre bienes inmuebles como un foro exclusivo. Esta norma no tiene en cuenta ni el domicilio ni la nacionalidad de las partes, porque la vinculación del tribunal competente es la situación del inmueble (*lex situs*). De este modo, el RBIBis se aplica cuando el inmueble está situado en un Estado miembro de la Unión Europea. Cuando el inmueble se halle en un tercer Estado no aplicaremos el

¹⁴ *Ibid.* pp. 40, 43. Véase en este libro: A. PATRAO, «Choice of Law in Land Security Rights -an Impossible Solution?».

¹⁵ M. FONT I MAS, «El contrato internacional de arrendamiento de bienes inmuebles en la Unión Europea», en: E. MUÑIZ ESPADA, S. NASARRE AZNAR, E. RIVAS NIETO, A. URQUIZU CAVALLÉ (Dirs.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para todos*, Colección Derecho de la vivienda, València, Ed. Tirant lo Blanc, 2018, pp. 459-488.

¹⁶ Art. 24 RBIBis: «Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación: (1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito».

foro exclusivo. Para parte de la doctrina podrían aplicarse los foros especiales y el general del RBibis si el domicilio del demandado se encuentra en un Estado miembro de la UE. En contra a la posición del Informe JENARD-MÖLLER (1990), se arguye para el supuesto de que el demandado no se encontrara domiciliado en un Estado miembro de la UE serían de aplicación los foros residuales previstos en la legislación interna de los Estados miembros (art. 6 RBibis). Debería tenerse en cuenta que la materia puede ser competencia exclusiva de los tribunales de los órganos jurisdiccionales del tercer Estado no miembro donde se encuentra el inmueble, lugar donde, además, tendría que desprender efectos la resolución judicial, teniendo en cuenta el considerando 24 del mismo RBibis. La cuestión aún no es pacífica¹⁷.

La exclusividad de la competencia de los tribunales dónde se halla el inmueble implica la imposibilidad de que conozcan otros tribunales mediante prórroga de la competencia expresa ni tampoco tácita¹⁸. Es una competencia exclusiva (solo ese tribunal puede conocer del litigio) y excluyente (ningún otro tribunal puede conocer del litigio). Por ello, el art. 27 RBibis prevé el control de oficio del tribunal, el cual debería declararse incompetente cuando haya órganos jurisdiccionales reconocidos como los únicos competentes para conocer y resolver el asunto. Asimismo, infringir la competencia exclusiva es un motivo de denegación de reconocimiento de una resolución judicial dictada en otro Estado miembro (art. 45.1.e.ii) RBibis). Así es, el RBibis dispone en su capítulo III las normas de reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en un Estado miembro que deban ser reconocidas o ejecutadas en los demás Estados miembros (arts. 36 y 37). A las resoluciones en materia de contrato de arrendamientos de inmuebles se les aplica de ordinario las normas generales previstas en el Reglamento para su reconocimiento automático y la ejecución de la resolución sin requerir procedimiento de exequátur. No obstante, al estar regulado el

¹⁷ La tesis oficial que ya se preveía en el Informe JENARD-MÖLLER (1990) respecto el Convenio de Lugano de 1988 (apdo. 54) P. JENARD, G. MÖLLER, *Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988, elaborado por* (DOCE C 189/07, 28.7.90). Otras posiciones, entre otros: A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado* (16.ªed.), Granada, Comares, vol. II, 2016, p. 242. Si el inmueble no se encuentra en territorio de la UE, no se aplicaría, ni el foro exclusivo, ni tampoco el resto de las reglas de competencia por efecto reflejo, y la competencia debería decidirse conforme al Derecho autónomo. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 810. Las dos doctrinas en: U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation. Commentary, European Commentaries on Private International Law*, vol. I, Ottoschmidt, 2023, 2nd ed., p. 561, 682.

¹⁸ Sí que podría pactarse un concreto tribunal —competencia territorial— del Estado donde se halla el inmueble siempre que las normas procesales internas del Estado así lo permitan. STJCE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271: «Por consiguiente, la regla del *forum rei sitae* establecida en el artículo 22, número 1, del Reglamento n° 44/2001 se refiere a la competencia judicial internacional de los Estados miembros y no a la competencia judicial interna de estos» (apdo. 50).

contrato de arrendamiento de bien inmueble como un foro exclusivo le son de aplicación unas prerrogativas especiales¹⁹. En concreto, si un tribunal de un Estado miembro distinto del que ostentara la competencia exclusiva dictase sentencia (a pesar del control de oficio del tribunal, art. 27 RBIbis), dicha sentencia puede no ser reconocida por haber infringido la competencia exclusiva, así lo prevé el art. 45.1 e) ii) RBIbis. Solo a instancia de parte interesada se deniega el reconocimiento de la resolución en caso de conflicto de la resolución con lo dispuesto en los foros exclusivos.

1. Foro para el contrato de arrendamiento de bien inmueble con fines vacacionales

El caso *Rösler* (1985)²⁰ fue el que propició la inclusión de una especial disposición relativa a los contratos de arrendamiento de duración limitada, conocidos como arrendamientos de vivienda de vacaciones.

El supuesto del caso *Rösler* versa sobre dos ciudadanos alemanes residentes en Alemania que celebraron un contrato de arrendamiento de un inmueble situado en Italia con el fin de pasar las vacaciones allí durante unas pocas semanas. El contrato incluía cláusula de sumisión a tribunal alemán y a ley aplicable alemana. Ante el incumplimiento del pago del alquiler, *inter alia*, se demandó a *Rösler* ante los tribunales alemanes. Se presentó una cuestión prejudicial para determinar si ese contrato, que para una parte era una simple cesión de uso por tiempo limitado, entraba en el ámbito de aplicación material del foro exclusivo del art. 16.1 del Convenio de Bruselas (actual art. 24.1 RBIbis). El tribunal indicó que se aplicaba a todo tipo de contratos de arrendamiento sobre inmueble, con independencia de la duración y otras características particulares, ya que el artículo no presentaba ninguna excepción.

A raíz de ese caso se incluiría una excepción a la exclusividad del *forum rei sitae*, en el Convenio de Lugano (1988)²¹ y en la reforma del

¹⁹ Existe la idea de que de no haberse regulado la exclusividad de la competencia en materia de contratos de arrendamientos de inmuebles podría haber sido contrario a la libre circulación de resoluciones judiciales piedra angular en el antecesor Convenio de Bruselas de 1968 (Informe JENARD (1979), p. 153) y de la actual política y legislación en la cooperación judicial en materia civil (arts. 67.4 y 81 TFUE). Surgen críticas al respecto, ya que las materias cubiertas por los foros exclusivos terminan por ejecutarse en muchos de los supuestos en ese mismo foro.

²⁰ Sentencia del TJCE de 15 de enero de 1985, *Rösler y Rottwinkel*, C-241/83, ECLI:EU:C:1985:6.

²¹ De hecho, la intención inicial de los Estados de la AELC fue excluir los contratos de arrendamiento de inmueble como fuero exclusivo, propuesta que fue rechazada por los Estados miembros de la CE «solución totalmente inaceptable, por cuanto hubieran sido aplicables a los arrendamientos de inmuebles, las reglas normales de competencia del Convenio, lo que se opone a todas las concepciones que existen al respecto, al menos en dichos Estados». Informe JENARD-MÖLLER (1990), párr. 51.

Convenio de Bruselas por la adhesión de España y Portugal (1989)²², en relación con el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles de corta duración (actual art. 24.1 segundo párrafo RBIbis)²³. De este modo, existen dos competencias exclusivas alternativas²⁴ a escoger por parte del demandante respecto a un contrato de arrendamiento limitado en el tiempo para uso particular y cumpliendo otras características. El demandante tiene la facultad de escoger entre aplicar el foro exclusivo general (*forum rei sitae*) o el tribunal del domicilio del demandado siempre que se cumplan los requisitos: uso particular del inmueble; plazo máximo de seis meses consecutivos, el arrendatario tiene que ser persona física²⁵; y tener el domicilio en el mismo Estado miembro el propietario y el arrendatario²⁶.

La concurrencia de los dos foros exclusivos puede dar lugar a que dos tribunales de dos Estados miembros distintos fueran competentes para conocer del mismo asunto. La solución para este supuesto concreto está prevista en el art. 31.1 RBIbis, que indica que será competente el tribunal ante el que se presenta la primera demanda cuando ambos tribunales sean declarados competentes de forma exclusiva.

²² Convenio relativo a la Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la Adhesión de la República Helénica. (DOCE, núm. 285, de 3 de octubre de 1989)

²³ Art. 24.1 (2) RBIbis: «No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde esté domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario sea una persona física y que propietario y arrendatario estén domiciliados en el mismo Estado miembro».

²⁴ Párr. 52, Informe JENARD-MÖLLER (1990).

²⁵ Una de las características es que el arrendatario sea persona física. Es decir, se excluye a las personas jurídicas como arrendatarios en los contratos de arrendamiento de corta duración porque es para uso personal y ajeno a su actividad profesional.

²⁶ En la versión del Convenio de Lugano de 1988: uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos, cuando el arrendatario es persona física, y ninguna de las partes en el contrato tenga domicilio en el Estado contratante donde se encuentra situado el inmueble. Según el Informe JENARD-MÖLLER (1990) se le otorga esta facultad (la de escoger entre los dos foros exclusivos) al arrendador y no al propietario. En la versión del Convenio de Lugano de 2007, varía el último requisito: «que el arrendador y el arrendatario estuvieren domiciliados en el mismo Estado vinculado por el presente Convenio». En el RBIbis la redacción de este último requisito varía de nuevo: «y que propietario y arrendatario estén domiciliados en el mismo Estado miembro». En el apartado de jurisprudencia se constata los problemas de calificación cuando el arrendador no es el propietario, sino un profesional.

2. Contratos de arrendamiento vacacional *online* a través de plataformas digitales o de profesionales del turismo

En la introducción se ha señalado la irrupción de los contratos de arrendamiento de inmuebles de corta duración entre particulares que utilizan una plataforma virtual (*Airbnb*, *Booking*, *TripAdvisor*, entre otras)²⁷, que se engloban en la economía de plataforma u *online collaborative economy platforms*²⁸. En concreto, nos centramos en las plataformas digitales de alojamiento que contienen anuncios, en su mayoría, de habitación o vivienda, que se ofrecen generalmente con fines turísticos²⁹. Las relaciones contractuales derivadas de la gestión de las plataformas digitales de alojamiento son triangulares debido a la intervención de: la plataforma digital, el anfitrión (propietario de la vivienda o quien la pone a disposición a través de un anuncio en la plataforma digital) y el huésped (que suele ser el turista o particular que accede a los anuncios y se pone en contacto con el anfitrión)³⁰.

La relación contractual que nos interesa para el presente estudio se centra en la relación existente entre los dos usuarios de la plataforma

²⁷ En 2020, la Comisión Europea estableció que las plataformas de alojamiento turístico más importantes y significativas para el turismo de la UE eran *Airbnb*, *Booking*, *Expedia Group* y *TripAdvisor*. Las estadísticas de Eurostat muestran que en 2019 los Estados miembros que más tuvieron alojamientos ocupados dentro de la dinámica de las «*online collaborative economy platforms*», —que es como la Comisión Europea se refiere a dichas plataformas— en orden descendente fueron: Francia, España, Italia, Alemania, Polonia y Portugal. Eurostat también indica que en 2019 se recibió en la UE un total de 53.136.000 de huéspedes que contrataron alojamientos a través de las plataformas, de los cuales 21.140.000 eran residentes de la UE y 31.996.000 eran huéspedes internacionales con residencia fuera de la UE. S. CANALES GUTIÉRREZ, *Consumidores y plataformas de alojamiento turístico en derecho internacional privado: Una visión crítica y práctica de la normativa de la Unión Europea y de Latinoamérica*, València, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 126-127.

²⁸ Véase el capítulo: De la economía colaborativa a la economía de plataforma en S. CANALES GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pp. 35-74. M. FONT-MAS, «Plataformas de capital versus plataformas sociales en la economía colaborativa: punto de vista jurídico internacional», *Working paper Ciriec International*, Bélgica, núm. 12, 2018, pp. 5-6, 9, <https://ideas.repec.org/p/crc/wpaper/1812.html>.

²⁹ Característica esencial de la intermediación de una plataforma digital es el uso de Internet y herramientas digitales que posibilitan el acceso y conocimiento de los alojamientos disponibles desde cualquier lugar (para ello no es necesaria una plataforma digital) que permite conectar de manera remota a personas de diferentes países (esta es una de las diferencias esenciales con los sistemas tradicionales).

³⁰ Anfitrión y huésped, son los usuarios de la plataforma digital. Por su parte, la relación de la plataforma con los usuarios (anfitrión y huésped) es distinta, sin ánimo de profundizar, en general se determina que, por un lado, la relación entre la plataforma digital y el anfitrión puede considerarse como un contrato de corretaje o de agencia y, por otro lado, que la relación entre la plataforma digital y el huésped es de servicio. Esta última, cuando el huésped es una persona física que utiliza el servicio para fines particulares y no es un fin profesional, sitúa el huésped como consumidor. Véase el estudio en profundidad de esta última relación jurídica: S. CANALES GUTIÉRREZ, *op. cit.*

(anfitrión y huésped), los cuáles ejecutan la relación contractual subyacente de alojamiento, más específicamente, un arrendamiento, aunque como se verá, a veces incluye otros servicios. Las controversias que pueden surgir en este ámbito del contrato de arrendamiento pueden ser, *inter alia*, sobre la falta de conformidad con las condiciones del inmueble, el resarcimiento por daños causados en el inmueble o la no disponibilidad del inmueble a la llegada del huésped (arrendatario). Pero, también, pueden surgir litigios por la falta de licencia administrativa por parte del alojamiento ofertado, factor este, que es más discutible si es responsabilidad solo del anfitrión (arrendador) o también incurriría en una responsabilidad de supervisión y validación de la plataforma que permite la oferta mediante anuncio en su página web³¹. Para los litigios que puedan surgir entre arrendador y arrendatario algunas plataformas digitales se proponen como mediadoras para encontrar una resolución rápida entre las partes³². Solo en caso de que no lleguen a un acuerdo tendrán que acudir a la justicia ordinaria y al ser un supuesto transnacional, sea un arrendamiento de larga o corta duración tendrá que acudirse a las normas de Derecho internacional privado para determinar el foro y la ley aplicable al contrato de arrendamiento.

Cierto es que no disponemos de datos de si es habitual o no la firma de un contrato entre arrendador y arrendatario en este ámbito concreto, pero hasta donde hemos podido leer y consultar en nuestro país, no es una práctica usual formalizar un contrato y, de realizarse un contrato, a la llegada del huésped/turista (arrendatario), acostumbra a ser, básicamente, el inventariado del contenido o estado de la vivienda. Ello nos hace suponer, y son meramente intuiciones, que a menudo no existen contratos escritos formales (sí intercambio de correos electrónicos y/o mensajes por medio de la aplicación de la plataforma o por *WhatsApp*). De mediar un contrato escrito, dudamos que incluyan cláusulas internacionales de sumisión a tribunal y ley aplicable en su mayoría. Asimismo, de lo consultado hasta el momento, las plataformas digitales no proporcionan ningún modelo de contrato de arrendamiento para ser usado entre los usuarios. En la importante plataforma digital del sector, *Airbnb*, sí que insisten en informar que nace una relación obligacional

³¹ M. FONT-MAS, D. MARÍN CONSARNAU, N. LAMBEA LLOP, S. CANALES GUTIÉRREZ, *La regulació catalana sobre les plataformes digitals d'habitatge d'ús turístic (HUT) i el seu encaix en la normativa i la jurisprudència de la Unió Europea*, Estudi CEFJE, 2022, esp. pp. 56-60. https://ceffe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/catalog/crono/2022/regulacio_plataformes_habitatge_turistic/Treball_10B.pdf En adelante: Estudio CEFJE (2022).

³² Por ejemplo, *Airbnb*: «En el Centro de ayuda de Airbnb se explica cómo acceder a nuestro sistema interno de gestión de reclamaciones para Anfitriones Profesionales y qué puedes esperar cuando presentas una reclamación. También se exponen allí los detalles del servicio de mediación que puedes utilizar en caso de que no se resuelva la reclamación» Versión de las cláusulas de 25.01.2024: <https://www.airbnb.es/help/article/2908>

entre los usuarios, de la que no forma parte la plataforma. Sirvan de ejemplo las siguientes condiciones legales³³:

1.3 Una Reserva de Alojamiento constituye una licencia limitada para acceder al Alojamiento, utilizarlo y pernoctar en él. El Anfitrión se reserva el derecho de acceder al Alojamiento durante la estancia del Huésped, cuando [...] ii) esté permitido por *el contrato suscrito entre el Anfitrión y tú*, [...] 4.2 Contrato con los Huéspedes: Cuando aceptas una solicitud de reserva o recibes una confirmación de reserva a través de la Plataforma Airbnb, *suscribes un contrato directamente con el Huésped*, y eres la persona responsable de prestar el Servicio de Anfitrión en las condiciones y al precio especificados en tu Anuncio. [...] 7. El papel de Airbnb: Airbnb te ofrece el derecho de usar una plataforma que permite a los Miembros publicar, ofrecer, buscar y reservar Servicios de Anfitrión. Cuando los Miembros realizan o aceptan una reserva, *suscriben un contrato directamente entre ellos*. Airbnb no es una de las partes ni interviene de otro modo en la relación contractual entre los Miembros. [...] ³⁴.

En los contratos de arrendamiento de corta duración vacacionales también pueden intervenir profesionales, que no son plataformas, sino organizadores de viajes. En esta situación cabe plantearse si el profesional que pone a disposición el uso del inmueble, del que no es propietario, en su página web, pasaría a ser considerado como una de las partes, el arrendador en el sentido del art. 24.1 RBIbis, cuestión sobre la que la que se ha pronunciado el TJUE, como se expone con posterioridad.

Este nuevo contexto de la contratación digital coadyuba a cuestionarse la idoneidad del foro exclusivo, y en concreto valorar si ha devenido insuficiente la norma especial de arrendamiento vacacional, y abogar por regular este contrato con otros foros, aunque con particularidades, como se propondrá. Efectivamente, la norma especial sobre «arrendamientos vacacionales» incluida en el art. 24.1 RBIbis, útil y eficaz en el momento de su previsión, actualmente es aplicable con menor frecuencia si lo comparamos con el auge del alquiler de vivienda vacacional que utiliza medios digitales, caracterizado por que las partes (arrendadores — o quien los representa— y arrendatarios) tienen el domicilio en distintos Estados. Ello nos lleva a la reflexión de que la idiosincrasia de los contratos *online* desborda la solución concreta prevista en la norma especial incluida en el art. 24.1 del RBIbis en que debe coincidir, para su aplicación, que el domicilio del propietario y del arrendatario se encuentren en el mismo Estado miembro. La norma especial pues, no sería tan utilizada como en su origen, y cabría plantearse si podría substituirse por una norma de la autonomía de la voluntad limitada, junto el foro general y un foro especial.

³³ Versión de las cláusulas de 25.01.2024: <https://www.airbnb.es/help/article/2908>

³⁴ La cursiva es nuestra. Versión de las cláusulas de 25.01.2024: <https://www.airbnb.es/help/article/2908>

III. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL FORO EXCLUSIVO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES: ¿ACCIONES PERSONALES O REALES?

En atención a lo expuesto hasta el momento tendríamos que valorar la extensión de las interpretaciones del TJUE respecto a los derechos reales inmobiliarios a los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles, al estar regulados con el mismo foro exclusivo. La cuestión, empero, desde sus inicios ha sido controvertida. J. M. FONTANELLAS MORELL extrae dos pautas generales de las delimitaciones que efectúa el Tribunal de Luxemburgo, por un lado, la necesidad de una interpretación restrictiva de los foros exclusivos; y, por otro lado, la «tendencia a favorecer — y, si es necesario forzar— la calificación no real en los supuestos de acentuada complejidad»³⁵. Esta última valoración es trasladable al análisis jurisprudencial que el TJUE realiza en materia de contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, como se apreciará en un posterior apartado, en que parece ser necesario calificar caso por caso.

1. Síntesis de la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos reales inmobiliarios

El TJUE ha ido interpretando con un número elevado de pronunciamientos qué acciones cubren el foro exclusivo sobre derechos reales inmobiliarios, indicando claramente que la acción debe basarse en un derecho real (extensión, consistencia, propiedad o posesión) y no en un derecho personal a pesar de estar relacionada con un bien inmueble. Así pues, el art. 24.1 RBIBis debe interpretarse estrictamente, porque es una excepción a la regla general del RBIBis (art. 4), según el asunto *Reitbauer y otros* (2019)³⁶. Y, debe interpretarse «en

³⁵ En este libro: J. M. FONTANELLAS MORELL, «Rights *in rem* in Spanish Private International Law», apdo. 9. R. Arenas García expresa que la identificación de lo que sea un derecho real plantea dificultades a partir de su naturaleza para lo que se dispone de un catálogo de derechos reales, que resulta insuficiente en los casos que presentan conexiones con diferentes ordenamientos. Entonces tiene que calificarse, siendo necesario identificar el concepto e interpretar qué se entiende por derecho real; y, cuando se trata de aplicar instrumentos Internacionales, tendrá que dotarse de un sentido que luego deberá proyectarse sobre los distintos supuestos posibles, tarea que realiza el TJUE, no sin dificultades. R. ARENAS GARCÍA «Forma de las escrituras sobre derechos reales: aceptación de títulos notariales extranjeros», en M. FONT I MAS, A. SERRANO DE NICOLÁS, P. VÁZQUEZ MORAL (dirs.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE. Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 135-136, 137 y ss.

³⁶ Sentencia TJUE de 10 de julio de 2019, *Reitbauer y otros*, C-722/17, EU:C:2019:577, apdo. 38.

materia de derechos reales inmobiliarios» de manera autónoma para garantizar su aplicación uniforme en el espacio de la UE, en el asunto *Milivojević* (2019)³⁷.

Lo cierto es que no siempre ha resultado fácil calificar el objeto de la acción, por ello, el TJUE ha introducido un criterio que parece determinante: el derecho real grava un bien corporal que surte sus efectos frente a todos (*erga omnes*), mientras que el derecho personal únicamente puede invocarse contra el deudor. En los últimos años se ha reproducido esta idea en varios asuntos, así, en el asunto *Schmidt* (2016)³⁸, en el asunto *Reitbauer y otros* (2019), indica y es repetido en tantas otras sentencias, que no todas las acciones en que haya un inmueble se aplica el foro exclusivo, el cual es de aplicación cuando la acción tenga por objeto:

[...]determinar el alcance, la consistencia, la propiedad, la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes y, por otra, garantizar a los titulares de tales derechos la protección de las prerrogativas que les atribuye su título³⁹.

En definitiva, que la acción se base en un derecho real y no en un derecho personal. Serían entonces, dos criterios indisociables para que la acción pueda incluirse en la aplicación del foro exclusivo sobre derechos reales inmobiliarios: que la acción en litigio se fundamente en un derecho real suficientemente conectado con un inmueble⁴⁰ y que sea oponible *erga omnes*⁴¹. Por razones de limitación de espacio no

³⁷ Sentencia TJUE de 14 de febrero de 2019, *Milivojević*, C-630/17, EU:C:2019:123, apdo. 97 y jurisprudencia citada.

³⁸ Sentencia TJUE de 16 de noviembre de 2016, *Schmidt*, C-417/15, EU:C:2016:881, apdo 31 y jurisprudencia citada.

³⁹ Sentencia TJUE de 10 de julio de 2019, *Reitbauer y otros*, C-722/17, EU:C:2019:577, apdo. 44, 45.

⁴⁰ Por ejemplo, en los asuntos *Schmidt* (2016) y *Milivojevic* (2019) en relación a las acciones dirigidas a cancelar en el registro de asientos relativos a la propiedad o al derecho de hipoteca, sí podrían incluirse en materia de derechos reales inmobiliarios porque la finalidad no consiste en impugnar la validez de la inscripción registral, sino en proteger *erga omnes*, las prerrogativas que derivan del derecho real por lo que deben conocer, en exclusiva, los tribunales del Estado donde se halle el inmueble.

⁴¹ A pesar del criterio aparentemente revelador de la oponibilidad *erga omnes* para decantarse por una acción real o personal, han subsistido las dudas ante los tribunales nacionales de los Estados miembros, debiendo valorar, además, si la acción en litigio se fundamenta en un derecho real suficientemente conectado con un inmueble. R. ARENAS GARCÍA, en el análisis de la sentencia *Ellmes Property Services* (2020), indica que no es tan sencillo determinar cuándo se está ante una obligación *erga omnes* como identificadora de los derechos reales. Ciertamente, si nos encontramos ante una obligación que no puede ser ejercida más que ante aquel que directamente la ha asumido, no estaremos ante un derecho real; pero el razonamiento no funciona a la inversa, pues pueden darse casos en los que alguien pueda exigir determinado comportamiento a quien no ha asumido ni directa ni indirectamente ninguna obligación con el que exige el cumplimiento y, sin embargo, no nos encontremos ante un derecho real. Es por esto por lo que el criterio de que la obligación que fundamente a la acción pueda exigirse a quien no

podemos reproducir en el estudio toda la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo⁴², ni tampoco los abundantes estudios académicos al respecto. No obstante, hemos considerado dicha doctrina al exponer a continuación las sentencias del TJUE relacionadas con el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, teniendo en cuenta que estas sentencias apoyan los argumentos para regular foros especiales o establecer foros alternativos en relación con los derechos reales inmobiliarios⁴³.

2. Jurisprudencia del TJUE en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles

Respecto a los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, se aprecia la dificultad de calificar por parte del Tribunal de Luxemburgo que desde un temprano asunto *Sanders* (1977)⁴⁴ tuvo que disponer de un primer listado de las acciones que cubren el foro exclusivo en los contratos de arrendamiento. Esta tarea interpretativa que se extiende hasta hoy, resultando un camino arduo y sin fin aparente, dado la amalgama de situaciones heterogéneas que surgen en el espacio de la UE, como se aprecia de la más reciente cuestión prejudicial planteada en el asunto *Chmieka* (2024)⁴⁵:

la ha asumido directamente no es un criterio adecuado, por sí solo, para identificar cuándo nos encontramos ante un derecho real. R. ARENAS GARCÍA, «Competencia en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles y competencia en materia contractual en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo Sentencia TJ de 11 noviembre 2020, asunto. C-433/19», *La Ley Unión Europea*, núm. 89, febrero de 2021, p. 10.

⁴² Además de las sentencias ya citadas, algunas otras: Auto TJCE de 5 de abril de 2001, *Richard Gaillard c. Alaya Chekili*, C-518/99, ECLI:EU:C:2001:209; Sentencia TJUE de 18 de mayo de 2006, *ČEZ*, C-343/04, ECLI:EU:C:2006:330; Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2013, *Siegfried János Schneide*, C-386/12, ECLI:EU:C:2013:633; Sentencia TJUE de 3 de abril de 2014, *Weber c. Weber*, C-438/12, ECLI:EU:C:2014:212; Sentencia TJUE de 17 de diciembre de 2015, *Komu*, C-605/14, ECLI:EU:C:2015:833; Sentencia TJUE de 4 de octubre de 2018, *Feniks*, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805; Sentencia TJUE de 8 de mayo de 2019, *Kerr*, C-25/18, ECLI:EU:C:2019:376; Sentencia TJUE de 11 de noviembre de 2020, *Ellmes Property Services Limited contra SP*, C-433/19, ECLI:EU:C:2020:900.

⁴³ Si en relación con los contratos de arrendamiento de inmuebles, como se expondrá en el siguiente apartado, se introdujo una norma alternativa al *forum rei sitae*, precisamente por la lógica de economía procesal y atender los intereses de las partes por encima de los del Estado, incorporando un *forum domicilii* exclusivo alternativo limitado ¿por qué en supuestos como el analizado *Komu*, no podría existir otro foro? J. M. FONTANELLAS MORELL, «La erosión de la exclusividad del *forum rei sitae* en las acciones reales inmobiliarias», *AEDIPr*, 2016, pp. 971-972. El autor propone, ante la imposibilidad de eliminar el foro exclusivo aun siendo su opción preferible, introduciría un foro exclusivo alternativo (a modo del contrato de arrendamiento de temporada introducido por *Rösler*, *vid infra*.) en que fuera competente el tribunal del domicilio del demandado bajo ciertas condiciones: las partes residen en el país del demandado, personas físicas, bienes sitos en un Estado miembro, inmueble no destinado a vivienda habitual.

⁴⁴ Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 1977, *Sanders*, C-73/77, ECLI:EU:C:1977:208.

⁴⁵ Petición de decisión prejudicial, de 7 de febrero de 2024, planteada por el Tribunal de Distrito de Koszalin, Polonia, asunto *Chmieka*, C-99/24. El inmueble está sito en Polonia y se reclama el pago a una persona que había vivido en ese inmueble que tiene su residencia habitual

La cuestión es sobre la reclamación de pago de cantidad por el uso de una vivienda ajena sin título jurídico tras la finalización del contrato de arrendamiento que daba derecho a la ocupación, cuestionándose si constituye una obligación contractual o cuasidelictual o bien, un asunto «en materia de derechos reales inmobiliarios» o «de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles»⁴⁶.

En el Informe JENARD (1979) —referido al Convenio de Bruselas— se indicaba que la finalidad perseguida por el legislador era: «contemplar los litigios entre arrendadores y arrendatarios, relativos a la existencia o a la interpretación de contratos de arrendamiento o a la reparación de los daños causados por el arrendatario, a la evaluación de los locales, etc.». Pero excluía las demandas que únicamente tuviesen por objeto el pago del alquiler, «puesto que dichas acciones pueden considerarse como independientes del inmueble alquilado»⁴⁷. A pesar de la claridad de la interpretación, el Informe SCHLOSSER (1979) que acompañó el convenio de adhesión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, no alcanzó consenso sobre si se podían excluir del ámbito de aplicación las acciones que se referían exclusivamente a los casos de cobro de alquiler⁴⁸. Fue, el entonces TJCE quien estableció en la sentencia *Rösler* (1985) que el foro exclusivo se aplicaba igualmente a todas las acciones relativas al pago del alquiler, incluso en caso de alquiler de duración limitada de viviendas de vacaciones. Esta decisión del Tribunal de Luxemburgo contradecía las intenciones del Convenio de Bruselas recogidas en el Informe JENARD (1979).

También el asunto *Rösler* (1985) sirvió para determinar qué tipo de acciones entraban en el ámbito de aplicación del foro exclusivo, que se añadían a las previamente establecidas en el asunto *Sanders* (1977)⁴⁹, así dispone en el pronunciamiento que cubren:

[...]cualquier litigio relativo a las obligaciones respectivas del arrendador y del arrendatario derivadas del contrato de arrendamiento, y, en

en los Países Bajos. Se plantea también: el momento del ejercicio de la acción judicial (art. 66), si es obligación contractual o extracontractual (art. 7).

⁴⁶ La petición apunta que la respuesta sería la misma que en la Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2013, *Siegfried János Schneide*, C-386/12, ECLI:EU:C:2013:633, en la que se excluye la aplicación del art. 24.1 RBLbis porque la cuestión es sobre la «capacidad de las personas físicas», aunque sea para la autorización para vender su cuota indivisa en la propiedad de un inmueble sito en un Estado miembro.

⁴⁷ Informe del Sr. P. JENARD sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil *OJ C 189*, 28.7.1990, p. 122–179 (ES, PT), p. 153. En adelante Informe JENARD (1979).

⁴⁸ Informe SCHLOSSER (1979), párr. 164.

⁴⁹ Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 1977, *Sanders c. Van der Putte*, C-73/77, ECLI:EU:C:1977:208, que excluye la aplicabilidad del art. 16 CB sobre la materia de un contrato sobre explotación de un negocio ejercido en un inmueble que el arrendador ha alquilado de un tercero.

particular, los que tienen por objeto la existencia o interpretación de los contratos de arrendamiento, su duración, la restitución de la posesión del bien inmueble al arrendador, la reparación de los desperfectos causados por el arrendatario, o el cobro del alquiler y de los demás gastos accesorios que debe pagar el arrendatario, como los de consumo de agua, gas y electricidad [...]⁵⁰.

El asunto *Lieber* (1994)⁵¹ dispone que no es de aplicación el art. 16 CBruselas (art. 24.1 RBIbis) respecto una demanda de indemnización por el uso de un bien inmueble que constituye una acción personal ya que sólo se invoca frente al deudor, cuando no exista una relación propietario arrendador, a pesar de que se calcule la indemnización utilizando la normativa sobre arrendamientos de inmuebles.

Por otro lado, el Tribunal de Luxemburgo, excluye del ámbito de aplicación material los contratos de utilización compartida de inmuebles (*timesharing*) en la Sentencia *Klein y Klein* (2005)⁵² en que dispone de la siguiente forma:

X[...] debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a un contrato de adhesión a un club que, en contrapartida del pago de una cuota, que constituye el elemento dominante del precio total, permite a los socios adquirir y ejercer un derecho de utilización, en régimen de tiempo compartido, de un bien inmueble designado únicamente por su tipo y situación, y prevé la afiliación de sus socios a una organización en la que pueden intercambiar sus derechos de utilización⁵³.

En relación con los contratos de aprovechamiento por turno de viviendas turísticas, la Sentencia del TJUE en el asunto *Club Costa* (2023)⁵⁴ no se cuestiona en el litigio por el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial (Juzgado de Primera Instancia, núm. 2 de Fuengirola, Málaga, España), que el objeto en controversia sea un derecho real ni un derecho de arrendamiento inmobiliario, sino que el contrato debe calificarse de «contrato celebrado por los consumidores»⁵⁵.

⁵⁰ Sentencia TJCE de 15 de enero de 1985, *Rösler y Rottwinkel*, C-241/83, ECLI:EU:C:1985:6.

⁵¹ Sentencia del TJCE de 9 de junio de 1994, *Lieber*, C-292/93, ECLI:EU:C:1994:241.

⁵² Sentencia TJCE de 13 de octubre de 2005, *Klein y Klein c. Rhodos Management*, C-73/04, ECLI:EU:C:2005:607.

⁵³ Está dentro de los tipos de contratos celebrados por consumidores. Nadie discute ya que este concepto incluye los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Véase los comentarios al asunto *Klein* de: D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2006, núm. 323, pp. 43-45.

⁵⁴ Sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2023, *Club Costa*, C-821/21, ECLI:EU:C:2023:672.

⁵⁵ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 6/2024, 12 enero 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:339), que aplica la interpretación de la STJUE *Club Costa* (2023) en

En el asunto *Obala i lučice* (2021)⁵⁶ el Tribunal, entre otras tantas cuestiones, tiene que dilucidar si el estacionamiento de un vehículo en una plaza señalizada en la vía pública puede constituir, al amparo del ordenamiento jurídico de un Estado miembro que encomienda a una entidad privada la expedición de tiques de estacionamiento y la recaudación de las tarifas correspondientes, es materia incluida en el RBIbis, en concreto: un contrato de prestación de servicios, materia delictual o cuasidelictual, o podría asimilarse a una modalidad especial de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y, por lo tanto, incluirse en el ámbito del art. 24 RBIbis⁵⁷. El Tribunal excluye esta última posibilidad, a la vez que recuerda que se exige, para aplicar el art. 24 RBIbis, que intervengan en el litigio la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble, o la existencia de otros derechos reales. Además, insiste en el carácter excepcional del foro exclusivo, que no debe interpretarse en sentido más amplio de lo que requiere su finalidad⁵⁸.

En los contratos de arrendamiento de corta duración vacacionales, como se ha indicado anteriormente, intervienen profesionales del turismo que son organizadores de viajes, que además de alojamiento, a menudo ofrecen otros servicios. En esta situación cabe plantearse si el profesional que pone a disposición el uso del inmueble del que no es propietario, entraría a ser una de las partes como arrendador del art. 24.1 RBIbis. El TJUE en el asunto *Hacker* (1992)⁵⁹ precisaba que

que se mantiene que es un contrato internacional de consumo y por tanto, de aplicación los arts. 17-19 RBIbis —interesantísimos los fundamentos jurídicos sobre «otra parte contratante» y «la otra parte contratante» de modo que el tribunal español termina por declarar su falta de competencia judicial internacional— y, en relación al fuero exclusivo sobre inmueble, lo excluye de nuevo, por no encajar en la naturaleza de derecho real porque el derecho a uso no es en régimen de arrendamiento del inmueble, sino en el de uso en función del sistema de puntos fraccionados que es objeto del contrato, de manera que tampoco es de aplicación a competencia exclusiva del RBIbis ni la LOPJ (FJTercero.67). Cita la Sentencia del TS en que dispone que el derecho de aprovechamiento por turno constituye un derecho a uso, y que según el contenido objetivo del contrato, el mismo no supondría la constitución de un derecho real sobre un bien inmueble concreto y diferenciado (FJSegundo.4). STS 16/2017, 16 enero 2017 (ECLI:ES:TS:2017:17).

⁵⁶ Sentencia TJUE, 25 de marzo 2021, *Obala i lucice*, C-307/19, ECLI:EU:C:2020:971.

⁵⁷ «Por lo que respecta a la posible calificación del contrato de estacionamiento como contrato de arrendamiento de inmueble, en el sentido del artículo 24, punto 1, del Reglamento n.º 1215/2012, el tribunal remitente observa que, a diferencia del contrato de arrendamiento de inmueble de Derecho común, para el que se exige la forma escrita so pena de nulidad, el contrato de estacionamiento no se celebra por escrito. Además, afirma que no existe un derecho de prenda legal sobre los vehículos estacionados. En cambio, cabe sostener que se ocupa un espacio determinado de un bien inmueble, de modo que, al parecer, hay cierta similitud entre el contrato de estacionamiento y el contrato de arrendamiento de inmueble» (Cdo.41)

⁵⁸ Cita de nuevo la sentencia de 16 de noviembre de 2016, *Schmidt* (C-417/15, EU:C:2016:881), apdo. 30 y jurisprudencia citada. Y, las sentencias de 15 de enero de 1985, *Rösler* (C-241/83, EU:C:1985:6), apdo. 19. El auto de 15 de mayo de 2019, *MC*, (C-827/18, EU:C:2019:416), apdo. 27. Véase también la sentencia de 14 de diciembre de 1977, *Sanders* (73/77, EU:C:1977:208), apdo. 15 y 16.

⁵⁹ Sentencia TJCE de 26 de febrero de 1992, *Hacker c. Euro-Relais GmbH*, C-280/90, ECLI:EU:C:1992:92.

el foro exclusivo se limita a los litigios claramente relativos al arrendamiento de bienes, excluyéndose el contrato referido a un conjunto de prestaciones facilitadas por un precio global pagado por el cliente:

El número 1 del artículo 16 del Convenio de Bruselas [actual art. 24.1 RBIbis] debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a un contrato celebrado en un Estado contratante por el que un organizador de viajes profesional, con domicilio en este Estado, se obliga frente a un cliente, domiciliado en el mismo Estado, a cederle, durante algunas semanas, el uso de un alojamiento de vacaciones situado en otro Estado contratante, del que el organizador de viajes no es propietario, así como a gestionar la reserva del viaje⁶⁰.

En el asunto *Dansommer* (2000)⁶¹, el Tribunal de Luxemburgo interpreta aplicable el foro exclusivo en una acción por daños y perjuicios relativa a la conservación deficiente y al deterioro causado a una vivienda tomada en arriendo por un particular para pasar unas semanas de vacaciones. Aun cuando dicha acción no sea ejercitada directamente por el propietario del inmueble, sino por un organizador de viajes profesional a través del cual dicho particular ha arrendado la vivienda y que acude ante el órgano jurisdiccional tras haberse subrogado en los derechos del propietario del inmueble.

Pero continúan surgiendo cuestiones al respecto, así es en el asunto *EM v. Roompot Service BV* (2023)⁶². El Tribunal de Luxemburgo tiene que distinguir si la relación jurídica planteada es un contrato de arrendamiento de inmueble (foro exclusivo) o un foro de contratos complejos de prestación de servicios, e insiste que «no basta que el litigio tenga relación con un contrato de arrendamiento de un bien inmueble para determinar la competencia del tribunal del Estado miembro donde se halla el inmueble» (apdo. 29)⁶³.

Se trata de distinguir si la cesión de corta duración de un *bungalow* situado en un complejo vacacional explotado por un profesional, se incluye suministro de ropa de cama y limpieza (hasta aquí podría haber

⁶⁰ La doctrina calificó entonces el contrato como de consumo, entre una agencia de viajes y el turista/consumidor, en que el contrato ofrece y proporciona alojamiento, traslado y tantas otras prestaciones a cambio de un precio global; por ello, en general, no puede ser relevante la modalidad de alojamiento ofrecido. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit.* p. 98.

⁶¹ Sentencia del TJCE de 27 de enero de 2000, *Dansommer*, C-8/98, ECLI:EU:C:2000:45.

⁶² Sentencia del TJUE de 16 de noviembre de 2023, C-497/22, *EM v. Roompot Service BV*, EU:C:2023:873. Véase: A. DURÁN AYAGO, «Contrato de arrendamiento de bungalow en complejo turístico y foro exclusivo: alcance y dudas: Sentencia del Tribunal de Justicia 16 de noviembre de 2023, asunto C-497/22, *EM vs. Roompot Service BV*», *LA LEY Unión Europea*, núm. 122, febrero de 2024.

⁶³ Cita las sentencias e 16 de noviembre de 2016, *Schmidt*, C-417/15, ECLI:EU:C:2016:881, apartado 34, y de 10 de febrero de 2022, *ShareWood Switzerland*, C-595/20, ECLI:EU:C:2022:86, apdo. 31.

considerado contrato de arrendamiento, aun habiéndose celebrado el contrato con un organizador de viajes profesional que haya asumido el papel de intermediario⁶⁴) pero al incluirse otras prestaciones de servicios suplementarios (acogida en lugar de destino y seguro de anulación de viaje) y precio global pagado por el cliente, estaríamos ante un contrato complejo, como sucede en un complejo hotelero, excluyéndose la aplicación del foro exclusivo⁶⁵. El TJUE dispone que cada órgano jurisdiccional es el que debe proceder a calificar el contrato concreto y examinar si las prestaciones de servicios suplementarios desplazan la calificación del foro exclusivo al contractual, por ello se requiere que la calificación de la relación contractual sea «en conjunto y en su contexto» (apdo. 34). La sentencia proporciona distintos elementos para facilitar que se aprecie que es un contrato complejo de organización de una estancia de modo que estaría excluido del foro exclusivo (apdo. 44).

La calificación de la relación como arrendamiento o contrato complejo [*Roompot*] o de consumo [*Hacker*], depende de si el organizador de viajes que no es el propietario del inmueble se subroga como arrendador [*Dansommer*] o bien ofrece servicios suplementarios [*Roompot*]. El TJUE no proporciona la solución o posicionamiento claro, sino que se remite a la calificación que el tribunal o órgano jurisdiccional interno pueda realizar aplicando su derecho al caso concreto.

De los pronunciamientos del TJUE concluimos que la calificación del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles en la norma de competencia judicial exclusiva deviene cuasi imprescindible en los asuntos planteados en los órganos jurisdiccionales internos que deben atender a la doctrina del TJUE que ha ido estableciendo criterios de inclusión y exclusión de acciones o elementos que posibilitan determinar la aplicación del foro exclusivo o de los otros foros previstos en el RBIbis. Dicha práctica, conduce a plantearnos si la regulación del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles tiene que continuar regulada como un foro exclusivo junto a los derechos reales inmobiliarios. A. DURÁN AYAGO, en su análisis de la jurisprudencia del TJUE, concluye que los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles «siguen prisioneros del foro exclusivo», y que la única forma de huir de su aplicación consiste en la calificación del contrato que pueda hacerse demostrando que existen otras prestaciones que complejiza el contrato permitiendo aplicar los foros de competencia judicial del RBIbis⁶⁶.

⁶⁴ Incluido el seguro de resolución de contrato, ya que el TJUE considera que estas disposiciones contractuales (seguro y garantía de devolución del precio) son accesorias que no afectan a la calificación del contrato (apdo. 33), véase STJUE de 27 de enero de 2000, *Dansommer*, C-8/98, ECLI:EU:C:2000:45, apdos. 7 a 11 y 33 a 37.

⁶⁵ (FJ 32), véase STJUE de 26 de febrero de 1992, *Hacker*, C-280/90, ECLI:EU:C:1992:92, apdos. 3, 14 y 15.

⁶⁶ A. DURÁN AYAGO, «Autonomía de la voluntad y contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de corta duración en el régimen comunitario de competencia judicial internacional», *La Ley*, núm. 6302, 25.6.2005; A. DURÁN AYAGO, «Contrato de arrendamiento...», *op. cit.* p. 7.

IV. ARGUMENTOS DE LA EXCLUSIVIDAD DEL FORO PARA LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES: ¿TODAVÍA VIGENTES?

La razón principal de extender el foro exclusivo previsto para los derechos reales inmobiliarios a los contratos de arrendamiento sobre inmuebles tiene como finalidad la de proteger la aplicabilidad de la normativa interna preexistente de los Estados miembros⁶⁷. El Informe JENARD (1979) indica que en varios Estados estaban regulados los litigios sobre arrendamientos de inmuebles como competencias exclusivas a favor de jurisdicciones especializadas del mismo foro. Por ello se argüía que tenía que garantizarse la soberanía del Estado respecto a los inmuebles situados en su territorio. Además, la vinculación era tan estrecha entre los derechos reales sobre inmuebles y los tribunales del mismo país, que en algunos países era cuestión de orden público y había normas imperativas de legislación social sobre contrato de arrendamientos (Italia, Alemania). Otro fundamento básico del foro exclusivo es que existe una vinculación especialmente estrecha entre el tribunal y el tipo de situación, es decir la proximidad del juez con la situación del inmueble (p. ej. la frecuente necesidad de realizar constataciones sobre el propio inmueble)⁶⁸. Ahora bien, J. M. FONTANELLAS MORELL desmiente la idea generalizada de que los tribunales del país en donde estén emplazados los bienes inmuebles para el conocimiento de las acciones referentes a estos es la «ley natural». Recuerda que esta idea es más propia del *common law* (*land taboo*) y no con la tradición continental en que «la exclusividad del *forum rei sitae* ha sido una opción menos generalizada y evidente [...]»⁶⁹. Pero lo cierto es que el Tribunal de Justicia de la UE continúa argumentando a favor de la exclusividad del foro atendiendo a que:

[...] es la circunstancia de que el tribunal del lugar en el que se encuentra este es el que, por la proximidad, está en mejores condiciones

⁶⁷ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO desmenuza los argumentos utilizados para introducir los foros exclusivos en el Convenio de Bruselas; así, por ejemplo, afirma que el interés de los Estados para conocer ciertas materias está más avalado por la tradición (algunos por mera conveniencia) que por el razonamiento jurídico. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit.* pp. 40, 43.

⁶⁸ Informe JENARD (1973), p. 153. «El Comité estuvo tanto más inclinado a generalizar en las relaciones internacionales las reglas de competencia vigentes en la República Federal de Alemania y en Italia, por cuanto esta extensión respondía, a su juicio, al interés de una buena administración de la justicia. En efecto, estos litigios, implican a menudo comprobaciones, encuestas, peritajes, que deberán realizarse sobre el terreno. Además, a menudo la materia está sometida, en parte, a usos que en general no son conocidos más que por las jurisdicciones del lugar de la situación del inmueble o, al menos, del país donde el inmueble está sito. Finalmente, el sistema adoptado tiene en cuenta asimismo la necesidad de realizar transcripciones en los registros de la propiedad que existen en el lugar de la situación del inmueble».

⁶⁹ J. M. FONTANELLAS MORELL, «La erosión de la exclusividad del *forum rei sitae* en las acciones reales inmobiliarias», *AEDIPr*, 2016, p. 967.

de tener un buen conocimiento de las situaciones de hecho y de aplicar las normas y los usos que, en general, son los del Estado en el que está situado el inmueble (FJ 25). STJUE de 17 de diciembre de 2015, *Komu*, C-605/14⁷⁰.

Consideramos, tal y como se ha indicado en la introducción, que, en la actualidad, el argumento de la buena administración de justicia para mantener regulado el foro exclusivo en materia de derechos reales y arrendamiento de bien inmueble, tendría que estar superado por los mecanismos de cooperación electrónicos en ámbito de la justicia y administración de los estados, así como medios de cooperación «privados» entre instituciones registrales y notariales⁷¹. A pesar de que las instituciones de la Unión han legislado al respecto, aún no existe una regulación facilitadora de la cooperación en ciertos ámbitos de la justicia y administración⁷².

1. La *lex situs* en el contrato de arrendamiento de bien inmueble

A los derechos reales inmobiliarios se les aplica generalmente la *lex situs*⁷³, y en esta pueden estar previstas normas imperativas vinculadas a la economía recogida en la Constitución del Estado, «*so that exclusive jurisdiction of the forum rei sitae assures the application of these mandatory rules*»⁷⁴. Comprobemos a continuación qué sucede en relación a los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, regulado en el Reglamento Roma I, en que cabe la autonomía de la voluntad de las partes del contrato en elegir la ley aplicable (art. 3 RRI) y prevé, a falta de elección, una norma de conflicto específica para el contrato de arrendamiento de bien inmueble en concreto, la *lex rei sitae* (art. 4.1.c RRI). Añade una norma especial en determinados contratos de arrendamiento de corta duración (vacacionales), a falta de elección de las partes, en que es de aplicación la ley de la residencia habitual del propietario (art. 4.1.d). Y, finalmente, puede determinarse aplicable la ley

⁷⁰ En el mismo sentido las sentencias del TJUE *Sanders* (1977) (apdo. 13); *Dansommer* (2000) (apdo. 27).

⁷¹ En contra de mantener el argumento de la buena administración de justicia para justificar el foro exclusivo: D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit.*, pp. 21; 23; G. VAN CALSTER, *op. cit.*

⁷² Véase en este libro: G. PALAO MORENO, «Registros de la propiedad en línea y circulación transfronteriza de documentos digitales en la Unión Europea».

⁷³ Véase en este libro normas de DIPr comparadas en relación a la ley aplicable: E.-M. KIENINGER, «A European Regulation for International Property Law».

⁷⁴ U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation. Commentary, European Commentaries on Private International Law*, vol. I, Ottoschmidt, 2023, 2nd ed., p. 564. En el comentario, sobre derechos reales, indican que este es solo uno de los argumentos, pero que es necesario determinar la naturaleza del derecho real, ya que la *lex situs* es generalmente aplicable tanto a los muebles como inmuebles.

de otro país, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país y no con la ley determinada a través del mismo Reglamento. La ley designada tiene como límite las normas imperativas o de policía (art. 9 RRI).

En el ámbito de la ley aplicable, de nuevo es esencial calificar previamente el contrato de arrendamiento de bien inmueble para poder determinar si entra en aplicación como foro exclusivo y consecuentemente merecen ser aplicadas las normas sustantivas del foro del lugar donde se halla el inmueble, y, correlativamente las posibles normas imperativas vinculadas al tipo de contrato. O bien, de calificarse como no aplicable el foro exclusivo, entonces repercute directamente en la ley aplicable, que será de otro contrato, no de arrendamiento, por tanto, no aplicable ni ese derecho sustantivo «especial» ni tampoco las posibles normas imperativas al respecto.

En la jurisprudencia del TJUE, en concreto en el asunto *EM v. Roompot Service BV* (2023)⁷⁵, destaca el fundamento de regular el contrato de arrendamiento de bien inmueble a través de una norma excepcional como lo es un foro exclusivo porque implica las relaciones entre arrendadores y arrendatarios:

[...] una serie de derechos y obligaciones regulados por legislaciones particulares sobre el uso de la propiedad inmobiliaria, de carácter generalmente imperativo, del Estado miembro en el que esté situado el inmueble, cuyos órganos jurisdiccionales, por su proximidad, son los que se encuentran en mejor posición para conocer de los litigios en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles (apdo. 45).

Pero en este supuesto *EM v. Roompot Service BV* (2023), el contrato de arrendamiento de bien inmueble puede calificarse de contrato complejo, de modo que no se aplica el foro exclusivo y conocerá el tribunal del domicilio del consumidor y la ley aplicable será otra.

La delimitación que va realizando la jurisprudencia del TJUE de los contratos que podrían calificarse como «protegidos» por el foro exclusivo, proporcionando criterios que están permitiendo excluir un ingente número de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, también vacacionales, de su aplicación. Parece pues que la excepción es aplicar el foro exclusivo, que supuestamente está justificada su existencia en el mejor conocimiento del tribunal del lugar donde se halla el inmueble, especialmente en cuanto a la ley aplicable imperativa. No acertamos a vislumbrar la idoneidad que las exclusiones de la calificación de foro exclusivo, repercute en la no necesidad de aplicar «una serie de derechos

⁷⁵ Sentencia del TJUE de 16 de noviembre de 2023, C-497/22, *EM v. Roompot Service BV*, EU:C:2023:873.

y obligaciones regulados por legislaciones particulares sobre el uso de la propiedad inmobiliaria, de carácter generalmente imperativo». En el asunto *EM v. Roompot Service BV* (2023) el tribunal considera que es un contrato complejo de modo que se excluye de la aplicación del foro exclusivo, por lo tanto, no merece una especial protección de las normas imperativas del Estado, y ello comporta que se aplique un foro especial. Es decir, según la calificación, si se excluye de la aplicación del foro exclusivo, debe interpretarse correlativamente que no es materia especialmente vinculada al territorio que precisa aplicar normas imperativas.

Siguiendo el comentario de P. DE MIGUEL ASENSIO de la misma sentencia *EM v. Roompot Service BV* (2023)⁷⁶, los criterios o factores que incluye el Tribunal para facilitar la apreciación de que se trata un contrato complejo permiten excluir la aplicación del art. 24.1 RIBis, que debe aplicarse de forma excepcional. La calificación de este tipo de contratos complejos de organización de una estancia, aunque incluyan la cesión de uso de una vivienda con fines vacacionales, puede conducir a aplicar las normas de competencia judicial internacional de protección de los consumidores del RIBis (arts.17-19), resultando competente el tribunal del domicilio del consumidor. Coordinado con la determinación a la ley aplicable, a través del RRI, apunta que no existirá correlación entre tribunal y ley aplicable, porque el art. 6.4.c RRI excluye los contratos de arrendamiento de un bien inmueble del régimen de protección de los contratos de consumo; tampoco se aplica a los de prestación de servicios en los que los servicios deben prestarse al consumidor en un país distinto al de su residencia habitual (art. 6.4.a) RRI). Es por ello por lo que concluye que, en la práctica, será habitual que, en contratos transfronterizos complejos de organización de una estancia, típicamente referidos a estancias en países diferentes del de la residencia habitual del consumidor, no resulte de aplicación el citado régimen de protección de consumidor⁷⁷.

Otro ejemplo de necesidad de calificación de un contrato de arrendamiento transnacional para determinar la ley aplicable a través del Reglamento Roma I, lo encontramos en el asunto *ShareWood Swit-*

⁷⁶ P. DE MIGUEL ASENSIO, «Cesiones temporales del uso de viviendas: límites de la competencia exclusiva sobre arrendamientos de inmuebles del Reglamento Bruselas Ibis», *Blog* 17.11.2023. <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/>

⁷⁷ En este mismo sentido, en relación con una sentencia alemana del Tribunal Federal Alemán (BGH) de 29 de noviembre de 2023 (*vid. infra*) M. LEHMANN, «Conflict of Laws Cannot be Wished Away», *EAPIL blog*, 11 March 2024. (<https://eapil.org/2024/03/11/conflict-of-laws-cannot-be-wished-away/>) plantea la necesidad de discutir la relación entre el Artículo 6(4)(c) y el Artículo 3 de Roma I: «¿Realmente pretendía el legislador de la UE permitir a las partes elegir libremente la ley que rige los contratos de arrendamiento, incluso cuando están involucrados consumidores? Y finalmente, necesitamos un debate sobre si la ley de arrendamiento califica como «normas imperativas prevalentes» bajo el Artículo 9 de Roma I» [traducción automática].

zerland (2022)⁷⁸, que debe calificar ante qué tipo de contrato — de los varios que hay— para determinar qué apartado normativo del RRI sería aplicable.

En el contrato de compraventa se incluye un contrato de prestación de servicio y un contrato de arrendamiento de terreno en el que debía dejarse crecer los árboles objeto de compraventa, entre un consumidor (comprador) residente en Austria, y una empresa con domicilio social en Suiza. La cuestión a resolver por parte del TJUE es si el art. 6.4.c) RRI debe interpretarse en el sentido de que unos contratos de este tipo constituyen «contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble». Para su valoración, tiene que determinarse si el objeto esencial del contrato es o no el «uso» propio del contrato de arrendamiento. Remitiéndose al asunto *Klein* (2005) en ámbito de competencia judicial, insiste: «El Tribunal de Justicia ha declarado que la calificación de contrato de arrendamiento en el sentido de dicha disposición requiere una relación suficientemente estrecha entre el contrato y el bien inmueble de que se trate» (apdo. 32). En el caso en cuestión, el arrendamiento del terreno (en Brasil) para que crezcan los árboles no constituye la finalidad esencial, sino que la finalidad consiste en la venta de la madera (apdo. 37). Así, esta relación contractual no se excluye de la aplicación del régimen de protección de los consumidores del RRI — excepción del art. 6.4.c) RRI— y pueden aplicarse las normas imperativas de la residencia habitual del consumidor (ley austríaca). El TJUE no asimila los árboles plantados a bienes inmuebles, y recuerda de nuevo que «la mera existencia de un contrato de arrendamiento de un bien inmueble, como es el caso de un terreno, no basta para considerar que ese contrato quede comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 6, apartado 4, letra c), del Reglamento Roma I» (apdos. 23, 25, 31); no se transmite la propiedad del terreno sino de los árboles plantados con el único objetivo de ser recolectados. Los árboles deben considerarse los frutos de la explotación del terreno (apdos. 26 y 27, 28)⁷⁹.

La justificación del foro exclusivo y la aplicación de las normas especiales en relación con el contrato de arrendamiento de inmuebles se fundamenta en la «especial conexión» con el lugar de situación del inmueble que, de nuevo, en este caso, no es suficiente. Es pues,

⁷⁸ Sentencia TJUE de 10 de febrero de 2022 *ShareWood Switzerland*, C-595/20, ECLI:EU:C:2022:86.

⁷⁹ Para P. DE MIGUEL ASENSIO, la solución alcanzada por el Tribunal es coherente con la circunstancia de que el tratamiento excepcional de los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles en los artículos 6.4.c) RRI y 24.1 RBIBis se funda en la especial conexión de tales contratos con el lugar de situación del bien inmueble. P. DE MIGUEL ASENSIO, «Inversiones en plantaciones de árboles y ley aplicable», *Blog*, 16.2.2022, Coincidimos con el autor, en que llama la atención el resultado que hubiese habido, de considerarse aplicable el art. 6.4.c) RRI no hubiera llevado a la aplicación de la ley del lugar situación del terreno objeto del arrendamiento (Brasil) sino a la del país de la empresa que ofertaba la inversión (Suiza), que era la designada en la cláusula de elección de la ley aplicable.

excepcional la aplicación del art. 24 RBibis (y las normas del RRI particulares al contrato de arrendamiento de inmueble), según la doctrina del TJUE que dispone —*pseudolegisla*— los criterios para valorar si existe una relación suficientemente estrecha entre el contrato y el bien inmueble de que se trate.

2. Normas imperativas

En una controversia transnacional surgida de un contrato de arrendamiento de inmueble sito en la UE, la ley aplicable puede ser distinta de la ley del tribunal que conozca el asunto, es decir, que no concorra el *forum* y el *ius*, en aplicación del RRI. Ello podría conducir a valorar si la aplicación de un derecho distinto del lugar dónde se encuentra el inmueble puede perjudicar al arrendatario o al arrendador en cuanto que no se aplica el derecho que protege sus derechos previstos en la legislación del lugar dónde se halla el inmueble, fundamento del *forum rei sitae* en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles.

La Sentencia del TJCE *Rösler* (1985) insistió en la vinculación de los contratos de arrendamiento con las políticas legislativas de protección social de un Estado:

La competencia exclusiva prevista por el número 1 del artículo 16 [actual art. 24.1 RBibis] en favor de los Tribunales del Estado contratante donde está situado el inmueble se debe a la estrecha relación de los arrendamientos con el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria y con las disposiciones, de carácter generalmente imperativo, que regulan su uso, como las normas relativas al control del nivel de los alquileres y a la protección de los derechos de los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas (apdo. 19).

En el mismo sentido, la Sentencia del TJCE *Lieber* (1994):

[...] la relación propietario-arrendatario implica una serie de derechos y obligaciones además de la relativa al alquiler. Esta relación se rige por normas particulares, algunas de las cuales de carácter imperativo, del Estado en que está sito el inmueble objeto del contrato de arrendamiento, como, por ejemplo, las que determinan a quién incumbe la responsabilidad de mantener el inmueble en buen estado y el pago de los impuestos sobre inmuebles, las que regulan las obligaciones del arrendatario del inmueble frente a los vecinos así como las que controlan o limitan el derecho del propietario a recuperar la posesión del inmueble al finalizar el arrendamiento. La complejidad de esta relación y el interés del Estado donde el inmueble esté sito en velar por la observancia de estas disposiciones justifican la competencia exclusiva atribuida a este Estado en materia de arrendamiento de bienes inmuebles (apdo. 20).

La sentencia *Obala i lučice* (2021), incluye y reconoce la existencia de normas imperativas en este sector:

En cuanto a los arrendamientos inmobiliarios en particular, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que esta competencia exclusiva está justificada por la complejidad de la relación propietario-arrendatario, que comprende una serie de derechos y obligaciones, además de la relativa al alquiler. Esta relación se rige por legislaciones particulares, algunas de ellas de carácter imperativo, del Estado en el que está situado el inmueble objeto del arrendamiento, como las que determinan el responsable del mantenimiento del inmueble y del pago de los impuestos sobre bienes inmuebles, las que regulan los deberes del ocupante del inmueble frente a los vecinos y las que controlan o limitan el derecho del propietario a recuperar la posesión del inmueble al término del arrendamiento (auto de 15 de mayo de 2019, MC, C-827/18, no publicado, EU:C:2019:416, apartado 27 y jurisprudencia citada). (apdo. 78).

A pesar de reconocer la existencia de normas imperativas en el contrato de arrendamiento, si bien admitimos que no siempre es fácil determinarlas como tales, comprobamos como persiste la concepción, en algunos tribunales internos de los Estados miembros, de que el tribunal mejor situado para conocer sobre un litigio en materia de arrendamiento de inmuebles es el del lugar de situación de este para garantizar la aplicación del derecho del foro. En este sentido, presentamos a continuación el análisis de una sentencia interna del Tribunal Federal Alemán (BGH) de 29 de noviembre de 2023, comentada por M. LEHMANN que resumimos⁸⁰:

La sentencia del Tribunal Federal Alemán (BGH), parte de la calificación del supuesto como «interno» o «doméstico» obviando los elementos de extranjería o heterogeneidad del contrato, a pesar de que utiliza el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable. El contrato en controversia, era un arrendamiento de inmueble sito en Alemania propiedad de un Estado tercero, y el arrendatario de nacionalidad alemana pero residente en ese Estado tercero, además se había elegido la aplicación del derecho de ese Estado (y, el contrato no estaba redactado en alemán). A pesar de los elementos de extranjería el tribunal alemán determina que es un caso interno y por ello aplica el derecho alemán. El objetivo último era aplicar la protección al arrendatario que el derecho sustantivo alemán prevé, en cuanto era un contrato de arrendamiento limitado en el tiempo, y según las normas obligatorias alemanas, cualquier límite de tiempo en un contrato de arrendamiento para el cual el arrendador no haya proporcionado una razón justificada por escrito se considera de duración indefinida. El tribunal alemán, entre otros argumentos, indica que el inmueble está sito en Alemania, razón para aplicar el derecho alemán (art. 4.1.c RRI). M. LEHMANN critica los argumentos y la deci-

⁸⁰ M. LEHMANN, «Conflict of Laws Cannot be Wished Away», *EAPIL blog*, 11 March 2024. (<https://eapil.org/2024/03/11/conflict-of-laws-cannot-be-wished-away/>)

sión de considerar el contrato como interno y propone cuál tendría que haber sido el método para proteger al arrendatario, solución que es obvia para un internacional privatista: aplicar la norma alemana como norma imperativa del foro en virtud del art. 9 RRI. Argumenta la calificación de imperativa de dicha norma: «El BGH puede haber tenido reparos en calificar las leyes de protección del inquilino como normas imperativas prevalentes, dado que sirven principalmente a intereses privados. Sin embargo, en realidad, la protección de intereses privados y públicos no se excluyen mutuamente. Si bien la ley de arrendamiento sirve al interés de las partes más débiles, también está respaldada por intereses públicos, como evitar la falta de vivienda, el desorden público y la necesidad de viviendas proporcionadas por el estado. Discutir la importancia de estos objetivos habría sido más honesto y transparente que estilizar el caso como 'puramente doméstico'»⁸¹.

Ciertamente, las leyes nacionales sobre arrendamientos de inmuebles son distintas y aspectos como los que siguen difieren notablemente de un ordenamiento jurídico a otro: la cuantía del depósito; el proceso de desahucio; la fijación de la cuantía de la renta y su modificación con o sin límites; la distribución de los gastos de servicios individuales (electricidad) y de la propiedad (impuesto que grava la propiedad) o la duración indefinida o mínima obligatoria del contrato. Sea como fuere, como señala D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, no todas las normas que rigen los contratos de arrendamiento, aunque sean de protección al arrendatario, tienen carácter imperativo. Todo lo contrario, en su mayoría son disponibles por las partes sólo limitadas por algunas normas imperativas del ordenamiento del lugar de situación del inmueble⁸². En consecuencia, cuando estas normas internas puedan ser consideradas de policía, a tenor del art. 9.1 RRI, es decir, que su aplicación sea esencial para la salvaguarda de sus intereses públicos, podrán ser internacionalmente aplicadas, aunque fuera otra la *lex contractus* (art. 9.2 RRI). La dificultad de aplicación de estas normas imperativas del foro (del tribunal internacionalmente competente), de existir y ser susceptibles de ser aplicadas, no deberían condicionar la determinación del foro competente.

Llegados a este punto, nos preguntamos si existen normas imperativas en el ámbito específico de los contratos de arrendamiento vacacionales cuando se han puesto en contacto las partes (P2P) a través de una plataforma digital. A nuestro entender sí existen normas imperativas que deberán aplicarse, aunque se aplique una ley distinta del *situs* donde se halla el inmueble.

El ejemplo que presentamos brevemente es utilizando la legislación catalana de vivienda de uso turístico, que se enmarca en la normativa

⁸¹ [traducción automática].

⁸² D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit.*, nota 20, p. 129.

sectorial turística⁸³ (y no de arrendamientos urbanos). En estas normas se detallan cuestiones como, entre otras, que las viviendas deben estar debidamente habilitadas; que deben cederse enteras (no por estancias); que solo pueden ser ocupadas por las plazas indicadas en la cédula de habitabilidad; que tienen que poder ser ocupadas inmediatamente y en perfecto estado de higiene y que tienen que exhibir el número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña (NIRTC). Los fundamentos y finalidades que señalamos a continuación pueden ser base suficiente para calificar las normas sobre viviendas de uso turístico indicadas anteriormente, como internacionalmente imperativas: «Proteger a los usuarios turísticos y garantizarles el mejor trato posible en cuanto a la información y los servicios que reciben y en lo que concierne a la defensa de sus derechos e intereses como usuarios»; «[...] impulsar la actividad turística como sector estratégico de la economía y de la ocupación y como factor clave para el equilibrio territorial y la prosperidad de Cataluña» (art. 3 c) y d) Ley de turismo de Cataluña). Somos de la opinión que normas, no negociables, como que la vivienda de uso turístico reservada a través de una plataforma digital tiene que estar disponible a la llegada del turista o que tienen que disponer y exhibir el número de registro, salvaguardan el interés público, en especial el económico, pero también garantizan el equilibrio entre las partes contratantes⁸⁴, resultando ser exigibles cualquiera que sea la ley aplicable a la relación contractual, cuando el alojamiento turístico esté sito en territorio catalán⁸⁵. En el supuesto que las partes de la relación contractual, firmaran un contrato en que determinase como aplicable una ley distinta de la del lugar de situación del inmueble (Cataluña), y al llegar el arrendatario al alojamiento este no estuviese disponible, y en consecuencia tiene que hospedarse en un hotel, el turista (arrendatario) podría demandar al propietario (no a la plataforma)⁸⁶, ante los tribunales españoles en virtud

⁸³ Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña y, en el Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña.

⁸⁴ La normas materiales imperativas (art. 9 RRI) pueden tener el origen en el «interés público», siendo de aplicación directa, fundamentadas en normas ordopolíticas o de dirección que tienen por finalidad proteger las políticas económicas y el mercado de un determinado Estado (en el ámbito que presentamos, mercado turístico como estar registradas o respetar convivencia vecinal, acceso a la vivienda) y normas de protección, destinadas a garantizar el equilibrio contractual del contrato, fundamentadas en un interés más privado (en el ámbito que estudiamos, condiciones contractuales, como la ocupabilidad inmediata, perfecto estado de higiene, etc.). J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 690-693.

⁸⁵ Para que pueda considerarse una norma imperativa tiene que ser una norma autolimitada que exprese su aplicación espacial. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 692. La ley catalana de turismo indica en su art. 1 que sus disposiciones «se aplican al conjunto de recursos, sujetos y a las actividades que integran el sector turístico». Ello viene definido a continuación en el art. 2, en la que se incluyen los recursos, sujetos, administraciones, actividades, servicios turísticos y, expresamente, el alojamiento turístico (incluida la vivienda de uso turístico) a los que se aplica la ley y la normativa que la despliegue. El Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña, indica en su ámbito de aplicación (art. 111-2) que sus disposiciones se aplican a las empresas y las actividades turísticas que regulan la Ley del turismo [incluye la vivienda de uso turístico] situadas en Cataluña, y también a las nuevas modalidades de empresas turísticas de alojamiento como es el «hogar compartido».

⁸⁶ Véase notas 33 y 34 de este mismo estudio.

del foro exclusivo (art. 24.1 RBIBis), mientras que la ley aplicable al contrato sería la extranjera determinada por autonomía de la voluntad (art. 3 RRI), pero podría aplicarse la ley catalana —o determinadas normas— como norma imperativa (art. 9 RRI).

También podría aplicarse el art. 9.3 RRI cambiando algunos elementos del supuesto, es decir aplicar una norma imperativa de un tercer Estado —que tendrían que cumplir determinados requisitos— cuando el tribunal que conoce no es del lugar donde se halla el inmueble (posible en aplicación del segundo apartado del art. 24.1 RBbis o bien, si en una futura reforma del Reglamento, se previeran otros foros)⁸⁷.

También nos planteamos si determinadas normas locales administrativas (p.ej. París, Barcelona, Ámsterdam)⁸⁸ podrían ser calificadas como imperativas. Son normas que se fundamentan en la consecución de un modelo urbano sostenible, que mejore la calidad de vida de los vecinos, y el derecho a la vivienda⁸⁹. El TJUE en el asunto *Cali Apartments* (2020)⁹⁰ analiza las normas internas francesas, que se fundamentan en que existe una oferta insuficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, por lo que la regulación parisina exige una compensación con una vivienda destinada al arrendamiento de larga duración⁹¹. El fundamento es el interés general y el acceso a la vivienda, de nuevo, reúne características de las normas imperativas⁹². La actividad de las plataformas digitales en este sector

⁸⁷ Véase en nuestro estudio ampliado, el análisis de la posible aplicación del art. 9.3 RRI. M. FONT-MAS, «Normas imperativas españolas en los contratos internacionales de alojamiento de vivienda de uso turístico en la economía «colaborativa» de plataformas digitales», P. JIMÉNEZ BLANCO, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ (Dir.), *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación*, AEPDIRI, València, Ed. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 507 y ss. <https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/57807/LIBRO%20V%20SEMINARIO%20AEPDIRI.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Véase en este libro: P. FRANZINA, «What role for overriding mandatory provisions of third countries in conflicts of laws relating to rights *in rem* in moveable non-cultural property».

⁸⁸ Véase el estudio de Derecho comparado de las normas en España, en Italia, en los Países Bajos y en Francia: Estudio CEFJE (2022), *op. cit.*, pp. 75-150.

⁸⁹ Véase nota 83.

⁹⁰ Sentencia TJUE de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments* C-724/18 y C-727/18, ECLI:EU:C:2020:743.

⁹¹ Estudio CEFJE (2022), *op. cit.*, pp. 124-135.

⁹² El Código de la Construcción y de la Vivienda francesa incluye la posibilidad de que los municipios puedan regular una indemnización o compensación previa autorización para el cambio de uso de la vivienda. Esta posibilidad de compensación se justifica en los: «objetivos de diversidad social, en función especialmente de las características del mercado de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de vivienda» (art. L. 631-7-1 CCH). Esta posibilidad de regular una compensación fue recogida en un Reglamento por París en 2008, regulaba el procedimiento de autorización de cambio de uso, requisitos y sanciones administrativas. Este régimen de autorización previa para ofrecer un arrendamiento turístico, en atención a los pronunciamientos del TJUE (*Cali Apartments*, 2020) y del tribunal de casación francés, consideran que la ley francesa no vulnera la libertad de prestación de servicios por estar justificada dicha ley por una razón imperiosa de interés general y adecuada al principio de proporcionalidad. Estudio CEFJE (2022), *op. cit.*, pp. 133-135.

se caracteriza por publicitar las viviendas disponibles en alquiler que cuelgan los mismos propietarios, sin comprobar ni garantizar que reúnan los requisitos y condiciones legales que habilitan poner a disposición los alojamientos. Todas las responsabilidades recaen en el propietario o arrendador del bien inmueble, aunque se ha planteado la responsabilidad de control de las plataformas⁹³. En la última modificación de las condiciones generales de *Airbnb*, se insiste en las obligaciones del propietario o arrendador en el cumplimiento de las normas locales que se han multiplicado, con multitud de ejemplos, y termina por indicar a modo de *disclaimer*: «Si tienes alguna duda acerca de cómo se aplica la legislación local, debes procurarte asesoramiento jurídico»⁹⁴.

3. Propuestas de *lege ferenda*

Sin duda alguna, en la última reforma del RBibis (R.1215/2012), se perdió la oportunidad de regular el contrato de arrendamiento de inmueble como un foro especial contractual. El Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 44/2001⁹⁵ planteaba respecto a los contratos de arrendamiento de viviendas de vacaciones la conveniencia de prever cierta flexibilidad en los foros previstos, a fin de evitar que el litigio se tramitara en un foro que, por su lejanía, no resultase apropiado para ninguna de las partes, aunque esta propuesta no fue ni tan solo recogida en los borradores de trabajo de la reforma. Tampoco se aceptaron otras propuestas de modificación más específicas previstas en el borrador de reforma del Reglamento 44/2001 (RBI)⁹⁶. En concreto, se proponía añadir, por un lado, respecto los contratos de arrendamiento de corta duración una delimitación temporal del momento en que se podía tener en cuenta el domicilio de las partes en el mismo Estado miembro, dando dos opciones: «bien en el momento de la celebración del acuerdo, bien en el momento de la incoación del procedimiento».

⁹³ Estudio CEFJE (2022), *op. cit.*, pp. 99-102; 136-150.

⁹⁴ «5.2 Conoce tus obligaciones legales. Tienes la responsabilidad de entender y cumplir todas las leyes, normas, reglamentos y contratos con terceros que sean aplicables a tus Anuncios o Servicios de Anfitrión. Por ejemplo, (...) estatutos de las comunidades de propietarios y condominios, restringen o prohíben el subarriendo, los alquileres de corta duración (...) Algunas ciudades cuentan con normativas urbanísticas u otras leyes que restringen el alquiler de corta duración de inmuebles residenciales. Algunas jurisdicciones exigen que los Anfitriones se registren y obtengan un permiso o licencia antes de prestar determinados Servicios de Anfitrión (...) en el caso de las estancias largas, pueden aplicarse normativas que regulen los arrendamientos, los alquileres o los desahucios. Es importante informarse de la legislación local para saber el régimen aplicable a los Servicios de Anfitrión que tiene previsto ofrecer. La información que proporciona Airbnb con respecto a la legislación aplicable solo tiene carácter orientativo; tienes la responsabilidad de informarte acerca de tus obligaciones. (...)». Versión de las cláusulas de 25.01.2024: <https://www.airbnb.es/help/article/2908>.

⁹⁵ COM (2009) 175final (21.4.2009).

⁹⁶ COM (2010) 748final (14.12.2010)

Tampoco fue incluida la propuesta de añadir un apartado nuevo en materia de arrendamiento de locales para uso profesional. El foro previsto para este tipo de contratos era (y es) el «exclusivo», así el tribunal del Estado miembro donde se halle el inmueble, pero la propuesta añadía la posibilidad de elegir tribunal a través de la autonomía de la voluntad remitiéndose a las normas de sumisión expresa, de modo que podría ser competente el tribunal del Estado miembro elegido por las partes.

Para valorar los objetivos de la futura revisión del RBIbis hemos consultado el «Estudio previo al informe de la Comisión sobre la aplicación y revisión del Reglamento 1215/2012» (2023)⁹⁷, y comprobamos que no hay mención alguna en relación al foro exclusivo del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, tampoco de los foros exclusivos en general⁹⁸. Sí que analizan sentencias incluidas en este estudio, como *Schmidt* (2016), *Feniks* (2018), *Kerr* (2019) y *Reitbauer* (2019), junto a otras, cuando analizan los problemas de calificación de «contrato» del art. 7 RBIbis. Destacamos dos ideas conclusivas que nos interesan para el presente análisis: existe un creciente número de jurisprudencia del TJUE que aclara qué supuestos deben ser tratados como contractuales, que a su vez muestra las dificultades que tienen los tribunales nacionales para calificarlos como tal; y, dicha jurisprudencia genera, al mismo tiempo, «*creation of inconsistency and legal uncertainty*»⁹⁹. Ciertamente estas valoraciones del «Estudio previo» son acordes con las consideraciones que se han ido aportando en el presente texto: los tribunales nacionales tienen dificultades al calificar contratos internacionales de arrendamientos de bienes inmuebles para determinar si aplican un foro exclusivo o uno contractual o cuasidelictual.

Después de actualizar nuestro estudio¹⁰⁰, continuamos con el mismo parecer en relación con la posibilidad de modificar las normas de competencia judicial del RBIbis de los contratos de arrendamiento de inmuebles. Persisten los mismos argumentos en la jurisprudencia del TJUE para el mantenimiento de su regulación como foro exclusivo, la correcta administración de justicia y la necesidad de garantizar la aplicación de las normas de protección y particularidades previstas en el

⁹⁷ European Commission; Milieu SRL, *Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Ia Regulation)*, 2023. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4e4370d0-cead-11ed-a05c-01aa75ed71a1/language-en>.

⁹⁸ Tampoco se mencionan los foros exclusivos en el estudio del Max Planck Institute Luxemburg for Procedural Law, B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER, I. JÄRVEKÜLG, «The Reform of the Brussels Ibis Regulation», *Research Paper Series*, 2022 (6).

⁹⁹ European Commission; Milieu SRL, *op. cit.*, p. 112. B. HESS estima urgente revisar el concepto de «contrato» del art. 7.1 RBIbis de entre las medidas de revisión del RBIbis. B. HESS, «La reforma del Reglamento Bruselas Ibis. Posibilidades y perspectivas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, Vol. 14, (1), p. 16.

¹⁰⁰ M. FONT I MAS, «El contrato internacional ...», *op. cit.*, pp. 459-488.

ordenamiento jurídico nacional del Estado del foro donde se encuentra el inmueble¹⁰¹. Respecto a este último argumento, se ha indicado, en el apartado anterior, que podrían aplicarse las normas imperativas del foro aun siendo la ley aplicable distinta, o que un foro distinto del lugar donde se encuentra el inmueble podría aplicar las normas imperativas del lugar donde se encuentra el inmueble, ello nos conduce a afirmar que no sea necesario regular el foro como exclusivo para aplicar las normas de protección, indisponibles y aplicables por estar vinculadas al inmueble¹⁰². Admitimos la complejidad técnica de las normas materiales imperativas y su aplicación, y que la proximidad geográfica del tribunal o autoridad con las administraciones del lugar donde se halla el inmueble facilitan la obtención de información, pero no serían criterios suficientes para condicionar la determinación de un único posible foro competente¹⁰³.

Los foros que proponemos consideramos que garantizan la vinculación del supuesto con el lugar donde se halla el inmueble, pero también el lugar donde tienen su residencia habitual las partes, e incluyen la autonomía contractual limitada, siendo normas de competencia judicial más acordes con la libertad de circulación de los ciudadanos y establecimiento de las empresas dando un paso más hacia el espacio de libertad, seguridad y justicia. Asimismo, los foros propuestos podrían considerarse más adecuados con la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento que está considerado, en pluralidad de normas internas europeas, como contratos de carácter personal¹⁰⁴. De hecho, la juris-

¹⁰¹ En el curso de la Academia de la Haya, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, continua abogando por la eliminación de los foros exclusivos, no solo el dedicado al contrato de arrendamiento de inmueble: "Quant aux fors exclusifs, ils sont tout simplement inopportuns dans un système fondé sur la confiance et la coopération. (...) A notre avis, on pourrait éliminer sans peine la plupart des fors exclusifs (...) se rendre compte que la compétence exclusive soulève plus de problèmes qu'elle n'en résout (...) L'élimination des fors exclusifs du système européen n'aurait aucune conséquence négative. (...) le for exclusif pour les baux d'immeubles sont des pièces de musée (de musée de l'horreur). (...)". D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence*., *op.cit.*, pp. 123-125.

¹⁰² Es claro M. LEHMANN cuando afirma en relación al caso interno alemán (*vid. supra*): «[...] the fact that a provision ultimately leads to a certain law does not mean that the case would be «exclusively» connected to that law». M. LEHMANN, *op. cit.*

¹⁰³ Como indica D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, tampoco el derecho aplicable, de ser el del lugar de situación del inmueble, implica que se esté en presencia de una norma material imperativa; en caso contrario, pasaríamos del principio de proximidad al de soberanía. Insiste, y nosotros de acuerdo con él, en que «la existencia de normas imperativas no puede servir de justificación a la atracción ni por ende a la competencia judicial internacional exclusiva y que no parece nada claro en dónde radican concretamente las dificultades «técnicas» para aplicar o respetar normas imperativas de un Estado extranjero, ni por qué las constataciones que deban realizarse no pueden encauzarse — como tantas otras — a través de los mecanismos de cooperación que existen». Expone el ejemplo de la Sentencia del TJCE (Sala Quinta) de 9 de junio de 1994, *Lieber*, C-292/93, en que el Tribunal de Justicia admite que otro Estado miembro también tiene la posibilidad de recabar los servicios de un perito local con objeto de conseguir las informaciones necesarias (apdo. 21). D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit.*, pp. 45, 46.

¹⁰⁴ S. NASARRE AZNAR, *op. cit.*, pp. 227-228. En Derecho internacional privado comparado: el DIPr autónomo suizo, en las normas de competencia exclusiva para las acciones reales

prudencia del TJUE en relación con estos contratos de arrendamiento, como se ha comprobado, en tantas ocasiones los ha calificado de contractuales de modo que no se aplica el foro exclusivo. De acuerdo con A. DURÁN AYAGO, se genera incertidumbre ante toda la casuística que puede darse, y que debe considerar el órgano jurisdiccional competente si las prestaciones son menores o no, y poder huir de la aplicación del foro exclusivo y aplicar las reglas generales de competencia judicial internacional del RBIbis, ya que la excepción se ha convertido en regla¹⁰⁵. No obstante, la propuesta tendría en cuenta la vertiente real de la relación jurídica, regulando un foro especial para las acciones reales derivadas del arrendamiento.

Proponemos que en una futura reforma del RBIbis sea regulado, por un lado, como un contrato, de manera que fuera aplicable el foro del Estado miembro del domicilio del demandado, y concurriera un foro especial por razón de materia, en que serían competentes los tribunales donde se halle el inmueble, en relación con las acciones personales. El foro general y el especial, se aplicaría a falta de sumisión expresa. Por otro lado, tendría que regularse una norma de competencia judicial vinculada a las acciones reales derivadas del arrendamiento del bien inmueble, en que sería competente, el tribunal o órgano jurisdiccional del Estado miembro en que estuviera situado el inmueble (*locus situs*), acción que tendría carácter *erga omnes*. Es decir, este foro especial tendría que recoger las características que el TJUE ha ido configurando para calificar el contrato de arrendamiento de bien inmueble susceptible de aplicarse el foro exclusivo: que sea efectivamente una acción real, y que sea una acción oponible *erga omnes*. Es poco probable que se eliminen los foros exclusivos en una futura reforma del RBIbis, por ello, podrían estar incluidas las acciones reales derivadas del contrato de arrendamiento junto a los derechos reales inmobiliarios.

La regulación quedaría completada con la posibilidad de determinar el tribunal competente por autonomía de la voluntad limitada, a la que ya estamos acostumbrados en los últimos Reglamentos UE de DIPr, a semejanza de los foros de protección a la parte débil del contrato. La limitación vendría fundamentada en la necesidad de que haya una vinculación suficiente que permita aplicar normas imperativas, por ejemplo, tribunal donde se encuentre el inmueble, pero no como foro exclusivo, sino subjetivo limitado al (*forum situs*), que evitase los problemas de calificación entre acción real o personal. Con esta regulación,

sobre inmuebles no se incluyen los contratos de arrendamiento; en las normas de DIPr italianas también distinguen la *lex rei sitae* para los derechos reales, menos en el caso que dependa de un contrato para el que se utiliza el Convenio de Roma 1980 (ahora RRI). D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit.*, pp. 119-120.

¹⁰⁵ Ante dicha situación, de nuevo, se aboga por ser el momento de revisar el art. 24.1 RBIbis «para eliminar de su ámbito de aplicación los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles». A. DURÁN AYAGO, «Contrato de arrendamiento...», *op. cit.*, p. 8.

consideramos que no sería necesario la norma particular exclusiva del arrendamiento de corta duración que figura actualmente en art. 24.1 RBIbis, ya que podría utilizarse el foro general.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En el presente estudio abogamos por desligar el contrato de arrendamiento de bien inmueble del foro exclusivo dedicado a los derechos reales inmobiliarios en el art. 24 RBIbis. Muy tempranamente, en la interpretación de los instrumentos Bruselas (y Lugano) por parte del tribunal de Luxemburgo se alteró la concepción de acción real (reivindicatoria de la propiedad o posesión frente a todos) en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de modo que se incluyó en el ámbito material de aplicación del foro exclusivo, el cobro de alquiler —una acción personal, en que una de las partes exige a la otra parte el pago—. ¿No sería más adecuado que respecto esta acción de cobro pudiese ser aplicado un foro especial vinculado a la situación del inmueble que concurriera con el foro general del domicilio del demandado? Y, añadiendo la posibilidad a las partes, al ser un contrato, de prever por sumisión expresa como competente un concreto tribunal, esto sí, sería autonomía de la voluntad limitada a los tribunales de los Estados miembros vinculados al supuesto, como sería el lugar del inmueble, el domicilio de cualquiera de las dos partes, hasta podría incluirse una norma específica para contratos de arrendamiento de inmueble entre personas jurídicas. Asimismo, si fuera un contrato entre partes en que uno fuera un consumidor —tendría que incluir una definición— podría facilitar aplicar la sección reservada a la protección de parte débil del RBIbis, y tendría que revisarse correlativamente el RRI.

Sin embargo, subsistirán las diferencias en las regulaciones internas de arrendamientos de bienes inmuebles, algunas de ellas enmarcadas en las políticas públicas y económicas de los Estados miembros (p.ej. acceso a la vivienda), así como las normas de protección que garantizan el equilibrio contractual (p.ej. disponibilidad del inmueble). La necesidad de poder aplicar estas normas protectoras internas (imperativas) se verían cubiertas por las normas de competencia judicial internacional del *nuevo* instrumento Bruselas, que serían previsibles, vinculadas a la situación del inmueble, pero distinguiendo los foros competentes para presentar acciones personales del foro competente para las acciones reales, sin depender de la calificación casuística.

EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS REALES MOBILIARIOS ANTE LOS TRIBUNALES

Carmen PARRA RODRÍGUEZ*
Universidad Abat Oliba CEU

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.— II. EL ALCANCE DE LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO COMPARADO.— III. EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS REALES INMOBILIARIOS EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS: 1. Soluciones doctrinales y jurisprudenciales; 2. Soluciones alternativas a la existencia de un foro especial.— IV. EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS REALES MOBILIARIOS EN LA LOPI.— V. PROPUESTAS PARA REGULAR LOS DERECHOS REALES MOBILIARIOS EN EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.— VI. PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES EN EL EN EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: 1. Medios de transporte; 2. Bienes en tránsito; 3. Bienes culturales.— VII. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El concepto de estatuto real hace referencia a las normas que se ocupan de la reglamentación jurídica de los derechos sobre las cosas tomando como referencia el sistema jurídico romano en el que se denominaban *iura in re* (derechos sobre las cosas) a ciertas facultades que recaían sobre los bienes que podían ser ejercitadas por su titular o

* Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Abat Oliba CEU, (cparra@uao.es). Estudio realizado en el marco del proyecto de I+D+i «Régimen de los derechos reales sobre bienes corporales en el Derecho internacional privado europeo: cuestiones de competencia judicial internacional y de derecho aplicable», Ref. PID2020-112609GB-I00. Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas por última vez el 24 de abril de 2024.

titulares, con independencia de quien ostentase la propiedad de tales bienes¹. Una de las características del estatuto real es que debe ser considerado individualmente y no como parte de una masa patrimonial en cuya regulación jurídica pueden incidir otras leyes como sería el caso de la masa hereditaria o bienes afectados por una situación de quiebra. Esta definición exige delimitar el concepto de *cosa*, entendida según Ortiz Arce como:

cualquier entidad, material o inmaterial, jurídicamente relevante y considerada por la ley como objeto de la relación jurídica².

La expresión cosa tiene en este sentido un contenido más limitado que el de bienes, refiriéndose estos a todo aquello que es susceptible de apropiación patrimonial. Desde esta óptica, los internacional privatistas consideran los derechos reales sujetos a las cosas alejándose así de las teorías del Derecho privado general que consideran la posición entre objeto y sujeto de derechos. Este razonamiento se debe, según Batiffol³, a la idea de que el objeto o cosa permite una mejor localización de la relación jurídica y por tanto ayuda a determinar mejor la competencia judicial y la ley aplicable cuando los bienes tienen un carácter transnacional. A pesar de que existen distintas formas de acceder a catalogar las cosas, una de las clasificaciones más elementales del estatuto real las ordena en las siguientes categorías:

a) Bienes materiales o corporales: Son aquellos que pueden percibirse por los sentidos. Estos a su vez se dividen en:

— Bienes muebles: son los bienes corporales individualmente considerados que pueden transportarse de un lugar a otro, ya sea moviéndose por sí mismos o por fuerza externa. Dos subtipos con una regulación especial son los bienes en tránsito y los medios transporte.

— Bienes inmuebles son los que se encuentran arraigados en el territorio.

b) Bienes inmateriales o incorporeales: son aquellos que se perciben con el entendimiento, siendo los más representativos la propiedad intelectual y la propiedad industrial. Estos bienes no son considerados de manera unánime como parte del estatuto real debido tanto a su naturaleza como a la exigencia de protección extraterritorial⁴.

¹ E. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*. Parte especial, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 215.

² A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, *Derecho internacional privado español y derecho comunitario europeo: introducción a los problemas del tráfico externo en sus dimensiones general, española y comunitaria europea*, Universidad Complutense de Madrid, 1988.

³ H. BATIFFOL, *Droit international privé*, París, LGDJ, 1959.

⁴ E. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, op. cit. pp. 216. Cfr. Batiffol que considera que sobre tales bienes incorporeales se ejercen derechos reales no condicionados a la

Esta clasificación sirve para mostrar la dificultad en establecer los límites del estatuto real, que quedará limitado en lo que se refiere a este estudio a las cosas materiales corporales centrada en los aspectos relativos a la regulación de la competencia judicial internacional (CJI en adelante) para los bienes muebles, en contraposición a los bienes inmuebles que gozan de una fuerte protección a través de los foros exclusivos que conceden únicamente competencia a los tribunales del lugar donde se encuentra situado el bien.

Es necesario analizar si el hecho de que el legislador de la Unión Europea haya omitido la regulación de la CJI de los bienes muebles en el Reglamento Bruselas I *bis* (RBI *bis*) ha sido premeditada, bien para equipararlos con los bienes inmuebles o bien para utilizar la laguna legislativa para que se regulen a través de las soluciones ofrecidas por el RBI *bis* a través del foro general y el foro de la autonomía de la voluntad. Otra interpretación sería, ante la territorialidad que los derechos reales representan, la de delegar en el Derecho autónomo de los Estados miembros la determinación del tribunal competente para resolver los litigios a través del foro especial que se ocupa de las acciones reales sobre bienes muebles, presentes en los ordenamientos jurídicos estatales.

II. EL ALCANCE DE LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO COMPARADO

La peculiaridad de las relaciones transnacionales ha exigido un concepto autónomo para la regulación de los derechos reales que tienen carácter internacional. En este sentido, es necesario aplicar un concepto amplio que incluya también los derechos sobre los bienes de los que dispone un sujeto de modo inmediato y exclusivo, tal como establece el derecho romano, aunque el sujeto no sea el propietario de los mismos⁵. Este concepto se caracteriza por su inmediatez, ya que genera respecto del sujeto un poder autónomo y directo sobre el bien. Así mismo genera un derecho de persecución y exclusión de la cosa *erga omnes* que le da garantía jurídica al contenido económico del derecho real haciéndolo oponible frente a cualquier persona.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta desde el ordenamiento jurídico español es la calificación del derecho sobre el bien como real

existencia de un deudor lo que justifica su inclusión dentro del estatuto real. H. BATIFFOL, *Droit International privé*, op. cit.

⁵ El Derecho inglés ha heredado de su regulación medieval una disposición según la cual la tierra pertenece a la Corona (*terra regis*), que es su dueña absoluta (*absolute ownership*). Según esta disposición, los sujetos que poseen la tierra (*land owners*) disponen de derechos sobre las cosas que son similares a los derechos reales continentales si bien la tierra no es suya sino de la Corona que es la que tiene la propiedad. Vid. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 2, Granada, Ed. Comares, 2016, p. 1189.

o personal que el art. 12-1 del código civil exige que se realice conforme a la ley española y no con arreglo a la ley del lugar de situación del bien sobre el que recae este derecho. Esta interpretación da lugar a una solución territorialista por la cual solo serán considerados derechos reales los que se ajusten a lo regulado en el derecho español⁶. A modo de ejemplo, quedarían cubiertos los derechos reales de goce (propiedad, usufructo, uso, habitación, enfiteusis, superficie, servidumbres, etc.); derechos reales de garantía (prenda, hipoteca, anticresis, etc.); los derechos reales de adquisición (retracto convencional y legal, derecho de tanteo, derecho de opción); los derechos reales *in faciendo* (servidumbres positivas) y los derechos reales que imponen al poseedor de la finca la obligación de pagar un canon (censos, foros, etc.)

Quedarían por el contrario fuera de esta clasificación los derechos personales o de crédito como son por ejemplo *los derechos jus ad rem*, el derecho de retención y el derecho de arrendamiento.

De esta forma, puede observarse como la teoría general del estatuto real, así como su desarrollo normativo ha sido desarrollada en los diferentes ordenamientos jurídicos,⁷ no existiendo en la actualidad una definición relativa a las acciones reales en el derecho de la Unión Europea. No obstante, esta afirmación difiere respecto a las posiciones de la doctrina, así por ejemplo hay autores que opinan que la ausencia de una definición a nivel legal para el estatuto real se corresponde con la existencia de un concepto autónomo europeo que se ha introducido a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE),⁸ que sustituye la aplicación del derecho de los Estados en relación con los derechos reales inmobiliarios. Otras soluciones apuestan por la aplicación de las normas de conflicto determinando que sea la ley del país donde esté situado el bien el que determine la naturaleza real de la acción⁹.

En relación con estas dos opciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha optado por la primera solución considerando que dicha posición evita la dispersión en los resultados ofreciendo una solución uniforme en relación con el carácter real de las acciones dentro la Unión Europea. En este sentido dice el citado tribunal que:

⁶ Se acepta como derecho real, aunque no existan en el Derecho español, la *mortgage* del Derecho anglosajón o el *lien* del Derecho francés. No se acepta, por el contrario, la *lease of land* del Derecho inglés.

⁷ Los Estados utilizan por el momento las definiciones que les ofrece su propio Derecho civil utilizando como argumento el art. 345 del TFUE según el cual «Los tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros».

⁸ P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, trad. español, Madrid, 1985

⁹ Ord. Cass Italia de 18 de junio de 2010 en relación con la multipropiedad en un inmueble sito en España *RDIPP*, citada por A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp.1178.

A fin de garantizar, en la medida de lo posible, la igualdad y la uniformidad de los derechos y las obligaciones que para los Estados contratantes y las personas interesadas derivan de este Convenio (de Bruselas), se ha de determinar de manera autónoma en el Derecho de la Unión el significado de la expresión en materia de derechos reales inmobiliarios¹⁰.

III. EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS REALES MOBILIARIOS EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I *BIS*

1. Soluciones doctrinales y jurisprudenciales

Los derechos reales mobiliarios no han sido objeto de regulación en ninguna de las etapas del derecho procesal de la Unión Europea siendo ignoradas en los Convenios de Bruselas y Lugano, y en los Reglamentos Bruselas I (RBI) y Bruselas I *bis* (RBI *bis*). En todo este tiempo solo ha habido un intento de regulación en la reforma del RBI *bis* incluyéndose en una de las propuestas su incorporación como foro especial refiriéndose a los bienes muebles diciendo que:

por lo que se refiere a los derechos reales o a la posesión de bienes muebles, (será competente) el tribunal del lugar en que estuviere situado el bien¹¹.

En este sentido, la Comisión propuso introducir una regla especial sobre todas las acciones reales sobre bienes muebles con independencia de su naturaleza y alcance¹².

Esta solución estaba en consonancia con el derecho autónomo de los Estados miembros (art. 22 *quinquies* de la LOPJ española), sin em-

¹⁰ STJUE de 3 de abril de 2014 *Weber c. Weber*, C-438/12, EU:C:2014:212, apartado 40 y la jurisprudencia citada. Ver también STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-605/14, *Virpi Komu c. Pekka Komu*, apartado 23, ECLI:EU:C:2015:833; STJUE de 10 de enero de 1990, C-115/18, *Reichert c. Dersdner Bannk*, ECLI:EU:C:1990:3.

¹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Versión refundida) COM(2010) 748COM (2010) final. *Vid.* A. DICKINSON, «The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) (Brussels I bis Regulation.)», *Legal research Paper* núm. 11/58, www.ssrn.com, pp. 1-45, esp. p. 23.

¹² *Vid.* el Informe Hess, Pfeiffer, Schlosser, Weller, Report on the Application of Regulation Brussels I in the

Member States. Study JLS/C4/2005/03 (Heidelberg Report), apartados 154 y 976. *Vid.* también Z. CRESPI REGHIZZI, «A new special forum for disputes concerning rights *in rem* over movable assets: some remarks on article 5(3) of the Commission's Proposal», en POCAR, VILLAGO, VILLALTA (eds.), *Recasting Brussels I*, 2012, pp. 173-182, esp. pp. 175-176; F. CADET, «Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté», *J.D.I.*, 2013, pp. 765-790, esp. pp. 766-767; P. DE MIGUEL, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones», *Diario La Ley*, 31 de enero de 2013, pp. 1-4, esp. p. 2.

bargo, durante las negociaciones, la mayoría de los Estados se opusieron a la introducción de un foro especial en cuanto que entendían que no era necesario. Los argumentos presentados durante la negociación se basaban, por un lado, en considerar que se llegaba a una solución similar aplicando la norma prevista para la adopción de medidas cautelares (art. 35) o con el art. 7.3 en relación con las acciones por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que diera lugar a un proceso penal. Por otro lado, se consideró limitar la norma a los bienes materiales ya que plantearía problemas su aplicación a los bienes inmateriales por cuanto sería necesario adoptar normas en torno a su localización. Otra razón alegada por el legislador era la de evitar con esta regulación el *forum shopping*, dada la facilidad con la que los bienes muebles pueden ser trasladados a territorios más favorables en el tratamiento de las acciones reales.¹³

Esta solución aportada por el legislador europeo, que finalmente no vio la luz, da pie a analizar cuáles serían las oportunidades que se hubieran podido utilizar para ofrecer una cobertura completa a la casuística que presentan las acciones reales sobre los bienes muebles. En este sentido no hay que olvidar que en esta categoría quedan cubiertos, junto a los derechos reales sobre las cosas también los medios de transporte, los bienes en tránsito y los bienes culturales¹⁴.

Para cubrir esta laguna legal hay que determinar en primer lugar si la CJI aplicable a los derechos reales sobre bienes muebles se debe acercar a la condición de foro exclusivo, alineándose así con los bienes inmuebles, o si por el contrario se debe considerar una solución próxima a los foros especiales.

Para justificar la primera solución el TJUE ha utilizado dos teorías en relación con las acciones reales inmobiliarias¹⁵.

a) La teoría de la proximidad según la cual el tribunal del lugar donde se encuentran los bienes es el que está mejor situado para conocer los hechos y aplicar así una solución justa¹⁶. Este tribunal además coincide con la ley aplicable por ser la de la situación del bien, al

¹³ A ello se unió el hecho de descartar su incorporación al limitar la extensión del Reglamento, dejando fuera a los demandados domiciliados en terceros Estados. *Vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El nuevo Reglamento Bruselas I: Qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial», *Revista Española De Derecho Europeo*, (48), 2014, pp. 9–35., esp. pp. 13–15. Recuperado a partir de <http://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/314-nuevo-reglamento-bruselas-i>

¹⁴ Los bienes culturales han sido objeto de regulación en el RBI bis, en concreto en el art. 7-3 por iniciativa de los gobiernos de Chipre y el Reino Unido. Ver Posición del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, EP-PE_TC1-COD(2010)0383.

¹⁵ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, op. cit., 2016 pp. 1179.

¹⁶ STJUE de 17 de diciembre de 2015 *Virpi Kom c. Pekka Komu*, C-605/14, ECLI:EU:C:2015:833, apartado 25;

mismo tiempo que está mejor situado para practicar pruebas, acceder al registro o realizar otras actuaciones *in situ*. Además, la competencia está justificada por los estrechos vínculos que unen el fondo del litigio al territorio de un Estado, así como por el interés público presente en los litigios que tratan aspectos relativos a los derechos reales¹⁷.

b) La teoría de la soberanía, ahora abandonada, tenía su base en la idea de que juzgar sobre bienes inmuebles sitos en el territorio de otro Estado atentaba contra su soberanía estatal. Hoy en día se considera que la solución de un litigio sobre un bien inmueble sito en otro Estado no supone un ataque a los intereses del Estado y menos a su soberanía.

Se puede observar en este sentido una evolución en los foros exclusivos que no parecen encajar bien en el espacio de libertad, seguridad y justicia que está en el fundamento de la Unión Europea¹⁸.

Para poder dar respuesta a la casuística que se presenta al respecto, es necesario analizar cuál es la problemática existente en torno a los bienes que se encuentran sitos en un Estado miembro de la Unión Europea. Por el momento las teorías invocadas por la doctrina parten de los bienes inmuebles si bien, una vez sustituida la teoría de la soberanía por la de la proximidad es posible aplicar por analogía las soluciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia también a las acciones reales sobre bienes muebles.

a) *Acciones reales sobre bienes muebles cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro*

La consideración de la competencia judicial permite en estos casos alternar la utilización del foro exclusivo del lugar de situación de bien de modo alternativo con el foro general del domicilio del demandado (art. 5) o el foro de la autonomía de la voluntad que permite a las partes elegir el tribunal de forma expresa o tácita (arts. 25 y 26)¹⁹. Esta solución no plantea problemas en cuanto que permite solucionar la ausencia del foro especial con relación a las acciones reales sobre bienes muebles. No obstante, como se analizará más adelante, la generalidad

¹⁷ STJUE de 10 de enero de 1990, C-115/18, *Reichert c. Dersdner Bannk*, ECLI:EU:C:1990:3

¹⁸ De ahí por ejemplo la excepción contenida en el RBI bis en su art. 24 en relación con los arrendamientos de temporada en los que pueden invocarse el *forum rei sitae* y el foro general de domicilio del demandado cuando se dan unas condiciones específicas. *Vid.* D.P. Fernández Arroyo, *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1998.

¹⁹ *Vid.* Informe Almeyda/Desantes/Jenard relativo al Convenio de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 1968 D.O.C.E. C 189, de 28 de julio de 1990, pp. 35-56. Informe P. Jenard y G. Möller relativo al Convenio sobre la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de *id.*, 57-121. Informe P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *id.*, 122-179.

de la respuesta deja abiertas cuestiones no resueltas especialmente en relación con la movilidad de los bienes.

b) *Acciones reales sobre bienes muebles cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro*

Sin embargo, cuando el bien se encuentra situado en un tercer Estado y el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la doctrina ha propuesto diferentes soluciones para evitar que se viole la tutela judicial efectiva por parte de los tribunales. Por otro lado, se intenta evitar que no sea reconocida una resolución sobre bienes inmuebles dictada por un tribunal situado fuera de la Unión Europea²⁰. Los argumentos utilizados a este respecto han sido los siguientes:

a) *Teoría del Derecho autónomo*: Dado que el RBI *bis* no regula las cuestiones relativas a bienes inmuebles situados fuera de la Unión Europea, se da entrada al Derecho autónomo de los Estados miembros para actuar conforme a sus normas de competencia judicial internacional²¹.

b) *Teoría del efecto multilateral del Reglamento Bruselas I bis*: Tomando como base la regulación establecida en el RB I *bis*, los tribunales de los Estados miembros deberían declararse incompetentes cuando la materia en litigio fuera objeto de la competencia de un tercer Estado²². Esta solución, sin embargo, carece de base legal, ya que el RBI *bis* no se refiere en ningún momento a las normas sobre competencia de terceros Estados lo que, en caso de declararse incompetente podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

c) *Teoría mixta*: Esta teoría establece dos supuestos para su aplicación tomando como referencia el reconocimiento de una resolución judicial dictada por un Estado tercero.

El primer caso responde a una sentencia dictada por el tribunal de un Estado miembro para ser reconocida en otro Estado miembro y no en un tercer Estado, a pesar de que el bien se encuentre en su territorio. En este caso el tribunal deberá juzgar según las reglas de competencia del RBI *bis* para así respetar la tutela judicial efectiva, aunque la materia sea competencia exclusiva del tercer Estado.

El segundo se refiere al caso en que la sentencia deba ser ejecutada en un tercer Estado, en esta situación, los tribunales de un Estado miembro no deben declararse competentes aunque lo sean según el

²⁰ STJUE de 28 de abril de 2009, C-420/07, *Apostolides*, ECLI:EU:C:2009:271, apartados 35-36. Vid. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 2, *op. cit.* pp. 1183.

²¹ P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, *op. cit.*

²² D. BUREAU, H. MUIR WATT, «Existence et effet de la clause attributive de juridiction face à une loi de police du for exclu», *Revue critique de droit international privé* 2017/2 núm. 2, pp. 273.

RBI *bis*, ya que en realidad se estaría juzgando a sabiendas de que la sentencia no podría ser ejecutada en el Estado de situación del bien vulnerándose la tutela judicial efectiva.

2. Soluciones alternativas a la existencia de un foro especial

La falta de una referencia expresa a la CJI en el RBI *bis* respecto a los bienes muebles da pie a buscar soluciones que permitan, en base al principio de proximidad, economía procesal y de la buena administración de justicia, determinar los foros competentes para resolver los litigios relativos a las acciones reales sobre los bienes muebles. A continuación se van a analizar los argumentos y soluciones aportadas en el RBI *bis* y en la LOPJ para comparar de esta forma el efecto de la presencia del foro especial en la regulación de la CJI.

a) *El domicilio del demandado*: El RBI *bis* resuelve la falta de regulación expresa en esta materia acudiendo al foro general y al foro de la autonomía de la voluntad. No obstante, la generalidad de las soluciones no da siempre respuestas completas al problema planteado. En este sentido, si el domicilio del demandado no coincide con el lugar donde se encuentra el bien mueble, se deberán llevar a cabo dos acciones procesales en cuanto que se deberá acudir al foro general para poder interponer la demanda, para a continuación solicitar en su caso una medida cautelar (por ejemplo, el embargo preventivo) ante los tribunales del Estado donde se halle el bien con el fin de impedir que este sea llevado al territorio de otro Estado.

Una vez resuelto el litigio con una resolución judicial dictada en el tribunal del domicilio del demandado, si la sentencia fuera a favor del demandante este deberá obtener el reconocimiento y ejecución de la misma en el Estado del lugar donde se halle el bien.

Como se puede observar, la ausencia de un *forum rei sitae* en el RBI *bis* genera gastos y dilación en la resolución del litigio, que se verían reducidos:

si el demandante pudiera aunar la demanda principal a la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales del lugar donde se hallase el bien cuya, razonabilidad y proximidad quedan fuera de toda duda²³.

b) *La sumisión expresa*: La sumisión expresa o tácita es otra de las soluciones que pueden ser utilizadas para determinar la competencia judicial en materia de acciones reales sobre los bienes muebles. Si bien es un foro que ofrece seguridad jurídica, unidad jurisdiccional y garantías de elegir el tribunal que las partes consideran mejor situado

²³ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 1ª ed. Madrid, Ed. Civitas, 1999, pp. 587.

para resolver un litigio, choca en su desarrollo con la movilidad del bien. La rigidez en la sumisión expresa en relación con las condiciones que debe reunir el acuerdo entre las partes no se corresponde con la posibilidad de cambiar el bien de territorio, lo que dejaría al tribunal con la competencia, pero sin la posibilidad de actuar sobre el bien²⁴.

c) *Las medidas cautelares*: El RBI bis establece en el art. 35 que:

Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto.

En este sentido, esta norma es un complemento necesario para permitir asegurar las acciones reales o reivindicatorias de bienes muebles al permitir interponer la demanda en base al foro general, al mismo tiempo que asegura los bienes en el territorio del lugar en que se hallan, evitando así que puedan ser desplazados para eludir la actuación de la justicia²⁵. Este foro sirve para dar fuerza a la efectividad de la tutela cautelar al permitir adoptar rápidamente medidas de aseguramiento, anticipando la ejecución de la resolución final e inmovilizando los activos del deudor permitiendo una ejecución rápida de la sentencia final²⁶.

Así mismo, e incorporando la jurisprudencia del TJUE, el art. 35 del RBI *bis* establece la competencia para conocer del fondo del litigio dando facultad a este tribunal para adoptar medidas cautelares o provisionales de alcance extraterritorial que deberán reconocerse y ejecutarse en el resto de los Estados miembros, siempre que la parte afectada haya tenido la oportunidad de defenderse en el Estado de origen antes de que se inste la ejecución de la medida cautelar en los demás Estados miembros.²⁷

IV. EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS REALES MOBILIARIOS EN LA LOPJ

A diferencia de la regulación contenida en el RBI *bis*, la LOPJ contiene un foro especial en su artículo 22 *quinquies* f) en el cual se establece que:

²⁴ D. BUREAU, H. MUIR WATT, «Existence et effet de la clause attributive de juridiction face à une loi de police du for exclu», *op. cit.*, p. 264.

²⁵ STJUE de 27 de abril de 1999, *Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV* C-99/96, ECLI:EU:C:1999:202. Ver también Considerando 33 del RBI bis «Cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competentes en cuanto al fondo del asunto, su efecto debe circunscribirse, en virtud del presente Reglamento, al territorio de ese Estado miembro».

²⁶ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2021, p. 59

²⁷ STJUE 21 de mayo de 1980, *Denilauler c. SNC Couchet Frères*, C-125-79, ECLI:EU:C:1980:130

en las acciones relativas a derechos reales sobre bienes muebles, (serán competentes los tribunales españoles) si estos se encontraren en territorio español al tiempo de la interposición de la demanda.

En esta regulación hay que analizar su alcance y efecto en la competencia del tribunal que deba resolver el litigio²⁸.

En primer lugar, en esta norma el legislador español otorga a los bienes muebles una solución similar a la de los bienes inmuebles aplicando el *forum rei sitae*, sin embargo, no lo considera un foro exclusivo dándole el carácter de foro especial. De esta manera el legislador sigue las doctrinas que desvinculan el derecho real de la soberanía estatal poniéndolo al nivel de las obligaciones contractuales y extracontractuales.

Esta calificación permitirá su normalización en relación con la posibilidad de alternancia con el foro general en el caso de que las circunstancias demuestren la existencia de un vínculo más estrecho con el territorio donde se encuentre sito el domicilio del demandado, al mismo tiempo que le da prevalencia al principio de proximidad razonable y le da eficiencia en términos económicos²⁹. Otro elemento a tener en cuenta es el hecho de desvincular al bien mueble del domicilio del demandado ya que no está justificada esta correlación.

Recurrir al foro de la autonomía de la voluntad bien de forma expresa o tácita (artículo 22 *bis*) no sería una opción válida por cuanto la sumisión a los tribunales españoles situaría los bienes en el territorio de un Estado miembro y por tanto bajo la regulación del RBI *bis*.

V. PROPUESTAS PARA REGULAR LOS DERECHOS REALES MOBILIARIOS EN EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Vistos los problemas que se plantean por la falta de una regulación específica para la determinación de la CJI para los bienes muebles, se podrían proponer diferentes foros que ayudarían en la resolución del conflicto, especialmente potenciando los principios de proximidad, economía procesal y la tutela judicial efectiva.

a) *Forum rei sitae*: Es la solución tradicional adoptada por el ordenamiento español en el art. 22 *quinquies* de la LOPJ siendo una buena opción en cuanto que ofrece seguridad y previsibilidad a las partes. Su consideración como foro especial frente al foro exclusivo que mantiene los bienes inmuebles aporta flexibilidad permitiéndoles a

²⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Diario La Ley*, núm. 8614, 2015.

²⁹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 587.

las partes optar por el foro general o por el foro de la sumisión expresa o tácita.

Dada la facilidad con la que se pueden cambiar los bienes muebles de ubicación, se deben buscar otras opciones para evitar iniciar procesos que no llegarán a buen fin al no estar ya el bien en el territorio donde se presentó la demanda. No obstante, utilizar por analogía el *forum rei sitae* para determinar el tribunal competente en las acciones reales sobre bienes muebles, es una solución que aunaría *forum* y *ius* dado que en la mayoría de los ordenamientos la ley aplicable a los bienes muebles es el lugar de su situación.

Junto a esta explicación hay otros argumentos que justifican esta solución, por un lado, reconocer el lugar donde se encuentra el bien lo que le va a permitir al demandante acelerar la presentación de la demanda, evitando así que el demandado pueda retirarlo dificultando así la acción real sobre el bien. Por otro lado, la seguridad en las transacciones internacionales, dado que se trata de resolver un litigio sobre derechos reales ante el tribunal donde se sitúa el bien, lo que facilita el acceso a la justicia y elimina dudas en cuanto al lugar donde se debe litigar. Por otro lado, reduce costes procesales en el caso de que se tengan que practicar pruebas o inscribir embargos.

b) *Forum Patrimonii*: Mientras que el *forum rei sitae* solo determina la CJI para bienes singulares (*uti singulis*) se puede plantear la posibilidad de incorporar un foro más amplio que integre a este también de tal manera que actúe de forma global sobre los bienes que forman parte de un patrimonio³⁰. Con este foro al menos permanecería la CJI del tribunal que determinara el título de adquisición, independientemente de que el bien cambiara de lugar.

c) Foro de la aplicación distributiva del *forum rei sitae* y del *forum patrimonii*: Haciendo una analogía con la ley aplicable que regula las acciones sobre los bienes mobiliarios, la CJI para determinar el título de adquisición del bien quedaría regulado por el *forum patrimonii* mientras que el litigio nacido respecto al modo de adquisición quedaría regulado por el tribunal de lugar de situación del bien mueble. Esta solución presenta el inconveniente de hacer que las partes presenten demandas en tribunales ubicados en Estados diferentes lo que además de generar más gastos podría dar lugar a resoluciones con distinto alcance respecto a la acción sobre el derecho mobiliario.

d) Foro de la doble fase: En este caso se trata de dividir la determinación de la acción real para considerar qué tribunal es el mejor situado para resolver el litigio. En la primera fase debería establecerse

³⁰ Esta solución ha sido considerada por E. VITTA, E. en relación con la ley aplicable a los derechos reales citado por A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 2016, *op. cit.*, p. 1191.

cuál es el tribunal que se ocupará de la transmisión del derecho real en base al *forum rei sitae*. En una segunda fase el tribunal debería determinar si le corresponde a él la competencia en función de que concurra un título jurídico determinado (sucesión, contrato, donación, etc.), en cuyo caso podrá invocar un *forum non conveniens* para que sea el *forum patrimonii* el que solucione el litigio. Esta fórmula parece adecuada ya que tiene en cuenta el principio de proximidad dando protagonismo al tribunal con el que la acción real sobre el bien mueble tiene un vínculo más estrecho.

Esta solución es también válida para solucionar las cuestiones que plantea el conflicto móvil dado que los bienes muebles pueden cambiar de territorio con gran facilidad lo que supone una fuente de inseguridad jurídica para aquellos que quieren reclamar una acción real (constitución de una hipoteca, un usufructo etc.). En concreto se trataría de aplicar el *forum rei sitae* para otorgar competencia al tribunal en cuyo territorio se halle el bien, por lo que se tiene que considerar como jurídicamente relevante el momento en el que se verifica el acto donde se manifiesta la acción real a la hora de considerar qué juzgado es competente para resolver el litigio. En la segunda fase se ha de tener en cuenta el lugar de situación de bien para determinar la CJI del bien tanto en relación con la propiedad como a los demás derechos reales. En el momento en que el bien cambia de territorio, se tendrá en cuenta la nueva situación respecto a los derechos reales reclamados, de tal manera que el nuevo tribunal asignado no actuará sobre los actos juzgados en el anterior territorio. Esta solución ofrece claridad en relación con las acciones reclamadas que deberán ser juzgadas evitando de este modo la inseguridad jurídica respecto a la delimitación del litigio respecto a los diferentes tribunales que pueden verse implicados en el conflicto móvil.

VI. PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES EN EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Dentro de los bienes muebles existen unas determinadas categorías que no responden a las soluciones ofrecidas tanto a nivel legislativo (RBI *bis* o la LOPJ) ni a nivel doctrinal. En concreto se trata de los medios de transporte y de los bienes en tránsito, ambos nacidos para desplazarse variando constantemente su ubicación. Esta condición ha sido tenida en cuenta por el legislador español en relación con la ley aplicable en el artículo 10-1 *in fine* y 2 del C.c.³¹ sin embargo, no

³¹ Artículo 10-1 *in fine* C.c.: A los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el

ha tenido correspondencia en la regulación procesal. Junto a ellos se encuentran los bienes culturales, que, por el contrario, sí han sido considerados como un foro especial (art. 7-3) en el RB I *bis*.

1. Medios de transporte

Dado que esta categoría de bienes muebles está destinada por su propia naturaleza a desplazarse, su sujeción (buques, trenes, automóviles y aeronaves) al tribunal del lugar de su situación es una solución poco práctica y generadora de inseguridad jurídica. Especialmente, los destinados al transporte internacional exigen unas reglas de CJI más estables que no queden supeditados al lugar de situación del bien. Para dar estabilidad a la solución propuesta, se trataría de fijar un territorio que diera estabilidad al medio de transporte. Para ello una solución podría ser la de determinar el tribunal en el lugar donde se encuentre registrado o matriculado siguiendo en este caso el principio registral que da conocimiento de los aspectos relativos a la inscripción de acciones reales al tribunal donde estos medios de transporte se encontraran inscritos o matriculados. Sería por ejemplo el caso de la inscripción de una hipoteca naval o el embargo preventivo de buques³².

La solución propuesta que sigue teniendo sesgos relativos al *forum rei sitae* no sería en este caso un foro especial, ya que dado su carácter registral seguiría por analogía las soluciones contenidas tanto el RBI *bis* (artículo 24) como la LOPJ (artículo 24) para los actos que necesitan ser registrados tomando como base el control de los registros por los tribunales donde estos se encuentran ubicados³³.

2. Bienes en tránsito

Se consideran bienes en tránsito:

remitente y el destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino.

Artículo 10- 2. C.c.: Los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro. Los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedarán sometidos a la ley del lugar donde se hallen.

³² Ver también el Convenio internacional de Ginebra sobre embargo preventivo de buques de 12 de marzo de 1999. *BOE* núm. 104 de 2 de mayo de 2011.

³³ Artículo 24 Reglamento Bruselas I bis: «Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación: 3) en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentre el registro; 4) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, los órganos jurisdiccionales del Estado en que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro».

aquellos bienes objeto de un transporte internacional en el momento en que se dispone de ellos o son objeto de algún acto jurídico de transcendencia real³⁴.

Sería el caso de las mercancías expedidas desde un país extranjero que son vendidas en el curso del transporte.

Su carácter dificulta enormemente la determinación del tribunal que puede ocuparse de cuestiones relativas a acciones reales sobre estos bienes teniendo en cuenta que la vinculación que tienen con el territorio en tránsito es efímera y poco acta para considerarlo como el lugar de situación del bien.

De nuevo, tomando como referencia la solución ofrecida por el derecho español para la regulación de los bienes en tránsito en el C.c. serán competentes para determinar la constitución o cesión de derechos reales que se puedan establecer sobre estos bienes, los tribunales de lugar de expedición o de destino de las mercancías.

Esta solución difiere en relación con los medios de transporte al no ser considerado un foro exclusivo, por el contrario, tendría la consideración de un foro especial que sería alternativo con el foro del domicilio del demandando o con la autonomía de la voluntad expresa o tácita pudiendo las partes elegir entre las dos opciones posibles (lugar de expedición o de destino).

En defecto de elección, las dos opciones pueden ser aceptadas dado que tanto el lugar de expedición como el de destino se encuentran vinculados a la mercancía. Así, determinar como foro especial el país de expedición de la mercancía permitiría ubicar la constitución del derecho real en el establecimiento del vendedor buscando la alineación con el contrato de compraventa, muy vinculado con la operación comercial. Por otro lado, optar por dar competencia al foro del país de destino de las mercancías tendría también la ventaja de ser el lugar donde llegarán los bienes en tránsito y dónde probablemente el derecho real va a desplegar sus efectos. No obstante, la llegada de la mercancía a destino no está asegurada, bien por modificación en la ruta o por algún inconveniente que se haya podido dar en el camino, es por esta razón que una solución sería hablar del «foro de la situación futura del bien». Por otro lado, no hay que olvidar que el tribunal del nuevo lugar de situación del bien solo se ocupará de los actos o acontecimientos con transcendencia real que se produzcan después del cambio.

Otra dificultad que puede surgir es la calificación de mercancía o bien en tránsito, necesaria para aplicar esta regla especial. De hecho, si se decide interrumpir el transporte para disponer del bien en un lu-

³⁴ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial.*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991, p. 347.

gar determinado, esta situación haría que la mercancía recuperase su carácter de «cosa» y por tanto fuera sometida al *forum rei sitae*. Sería por ejemplo el caso en el cual las cosas se ponen a disposición de un tercero en un país que debía ser de mero tránsito, afectando a su tráfico jurídico real (un transportista decide vender las mercancías a un tercero de buena fe con el que entra en contacto en un puerto de paso).

3. Bienes culturales

La incorporación del foro especial para las acciones reales sobre bienes muebles sólo estaba regulada en relación con la restitución de bienes culturales desplazados ilegalmente como complemento de la Directiva 93/7/CEE³⁵. Esta norma estableció un foro especial para las acciones de restitución de bienes culturales exportados ilegalmente de un Estado miembro a otro Estado miembro, quedando su actuación restringida al espacio de la Unión Europea. Por esta razón, los propietarios de dichos bienes no se beneficiaban del régimen de la Directiva³⁶ pudiendo recurrir únicamente a través del foro general del domicilio del demandado, o en su caso a través de la acción civil de restitución acumulada a una acción penal (art. 5-4 del RBI). Para evitar este vacío legal, el RBI *bis*, ha incorporado en su art. 7-3 un foro especial que otorga competencia a los tribunales del lugar donde se encuentre el bien cultural en el momento de presentar la demanda, respecto a las acciones de restitución planteadas por un particular, pudiendo este beneficiarse igualmente de la protección que le ofrece la Directiva 93/7/CEE³⁷.

Si bien la solución adoptada por el RBI *bis* ha ampliado la tutela para los propietarios de estos bienes, ha restringido significativamente la Propuesta presentada por la Comisión en su día en cuanto que, la protección se limita a dar competencia al tribunal del lugar de situación del bien para las acciones basadas en el derecho de propiedad y destinadas a la restitución del bien, y no a otras acciones reales. Por otro lado, el concepto de bienes culturales se limita a aquellos contenidos en art. 1.1 de la Directiva 93/7/CEE³⁸ lo que implica que esta norma no

³⁵ Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro. DOCE núm. 74, de 27 de marzo de 1993, pp. 74-80.

³⁶ Artículo 15: «La presente Directiva no afectará a las acciones civiles o penales de las que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado miembro requirente y/o el propietario del bien cultural robado» (Directiva 93/7/CEE).

³⁷ *Vid.* Considerando 17 del RBI *bis*.

³⁸ Artículo 1-1 de la Directiva 93/7/CEE, «Bien cultural (es) un bien que esté clasificado, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, como “patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional”», con arreglo a la legislación o a procedimientos administrativos nacionales en el marco del artículo 36 del Tratado: pertenezca a una de las categorías que figuran en el Anexo o, aunque no pertenezca a una de esas categorías,

puede ser invocada frente a bienes exportados ilegalmente desde terceros Estados, salvo que exista una regulación convencional específica.

Por último, hay que tener en cuenta que, con carácter excepcional, los tribunales españoles tienen CJI, incluso si el demandado está domiciliado en un Estado miembro, para conocer de las demandas de restitución de bienes muebles culturales que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro de la Unión Europea y que se hallen en territorio español en base a la ley 36/1994 de 23 de diciembre que incorporó en el ordenamiento jurídico español la Directiva 93/7/CE del Consejo³⁹.

VII. CONCLUSIONES

Establecer la competencia judicial en una materia tan extensa como es la que se ocupa de las acciones reales sobre los bienes muebles no es una cuestión fácil. En este sentido, la convivencia de sistemas de Derecho romano junto al Derecho anglosajón es compleja siendo esta una de las fuentes de discrepancia a la hora de buscar soluciones unificadas para el Derecho europeo. Por otro lado, la variedad de derechos reales existentes (goce, garantía, adquisición...), junto a la facilidad para cambiar la ubicación de un bien mueble, complica de manera significativa la atribución de la competencia judicial, teniendo en cuenta de que el bien puede ser trasladado una vez interpuesta la demanda si no se ha tenido la precaución de interponer una medida cautelar o de aseguramiento. A estas consideraciones se han de unir las que se refieren a la aplicación de estas acciones en bienes muebles que cumplen funciones que los mantienen fuera de un territorio concreto como es el caso de los medios de transporte o los bienes en tránsito. Finalmente, los bienes culturales, únicamente considerados por el legislador para ser regulados dentro del RBI *bis*, han sufrido los recortes propios de la problemática aquí plateada. Respondiendo así a la cuestión de si la falta de regulación en esta norma ha sido una cuestión olvidada, la respuesta es negativa, siendo los aspectos aquí analizados los que han dado como fruto una regulación fragmentada en la que el ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la Unión Europea sigue manteniendo el protagonismo respecto al tratamiento procesal de las acciones reales sobre los bienes muebles.

forme parte de: colecciones públicas que figuren en los inventarios de museos, archivos y fondos de conservación de bibliotecas.- inventarios de instituciones eclesíásticas.

³⁹ *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 587.

EL *TRUST* EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO: LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS*
Universitat de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. NATURALEZA DEL *TRUST*.— III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: 1. El Reglamento 1215/2012: 1.1. La prorrogación de foro; 1.2. El foro especial del domicilio del *trust*; 2. El *trust* en los demás Reglamentos europeos.

I. INTRODUCCIÓN

El principal objeto de este trabajo es examinar las referencias al *trust* en las normas de competencia judicial internacional del Derecho internacional privado europeo. Se trata de analizar si resulta oportuno modificar las reglas vigentes, si hay en esta materia lagunas que sea preciso colmar, así como de poner de relieve las conexiones entre los distintos instrumentos europeos y valorar su coherencia. Realicé un ejercicio parecido en un trabajo publicado en 1998¹ como consecuencia

Catedrática de Derecho internacional privado, cgonzalezb@ub.edu Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación I+D+i subvencionado por Ministerio de Ciencia e Innovación «Régimen de los derechos reales sobre bienes corporales en el Derecho internacional privado europeo: cuestiones de competencia judicial internacional y de derecho aplicable», (Ref. PID2020-112609GB-I00). Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 1 de abril de 2024.

¹ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Los Convenios de Bruselas y Lugano y el *trust*: propuestas de modificación», en BORRÁS, A., *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar*

de un congreso celebrado en Tarragona en el año 1997. Por consiguiente, este trabajo me proporcionará la oportunidad de revisar el análisis entonces realizado y las propuestas en él contenidas.

En materia de competencia y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales existen normas sobre el *trust* en el Reglamento 1215/2012². La principal dificultad es la interpretación de dichas normas y la delimitación de su ámbito de aplicación, pues el *trust* se excluye de manera explícita, por ejemplo, del ámbito material del Reglamento europeo de sucesiones³.

Puesto que este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación relativo a los derechos reales, se impone con carácter preliminar analizar si el *trust* es o no un derecho real. Ello nos permitirá delimitar conceptualmente la institución y valorar si un eventual instrumento europeo que se pudiera adoptar en el futuro debería abordar la regulación de la institución.

II. NATURALEZA DEL *TRUST*

David Hayton, parafraseando a Jane Austen, inicia su curso de La Haya con una frase lapidaria. «*It is universally acknowledged that, due to the inductive development of the trust, there is no true or conclusive definition of a trust*»⁴. El *trust* es, en efecto, una institución que se ha ido perfilando progresivamente conforme se iban planteando dificultades prácticas que fueron resueltas por los tribunales de *Equity*⁵. Las normas han ido, por tanto, creciendo orgánicamente como producto de los casos que se han planteado y las resoluciones dictadas. En el *Common law* y *Equity* las normas no derivan del concepto, sino que es el concepto el que deriva de las normas.

Dado que las normas se elaboran jurisprudencialmente son habituales los conceptos abiertos e inacabados. No obstante, desde el momento en que el *trust* angloamericano concede al *trustee* derechos de propie-

española. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 301-316.

² Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), DO L 351 de 20.12.2012

³ Reglamento (UE) núm. 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, DO L 201 de 27.7.2012,

⁴ D. HAYTON, «Trusts», in *Private International Law, Rec. des cours*, vol. 366, 2014, p. 17

⁵ Sobre los orígenes históricos del *trust* inglés véase C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 21-28.

dad en forma de *legal ownership* que coexisten con los derechos de propiedad de los beneficiarios en forma de *equitable ownership* no es incorrecto afirmar que el *trust* tiene un componente real que explicaría las facultades del beneficiario para reivindicar los bienes objeto de *trust* de manos de un tercero a quien el *trustee* se los hubiera enajenado.

El *trust* se desarrolla en el marco de un sistema jurídico que posibilita que tanto el *trustee* como el beneficiario puedan ser propietarios, pero la propiedad de uno y otro comporta distintas facultades. El trasplante de la institución a sistemas jurídicos en los que impera el concepto absoluto de propiedad requiere, por consiguiente, una reconceptualización de la institución que desdibuja sus elementos reales.

En el ámbito del Derecho internacional privado se ha impuesto un concepto flexible o en palabras de Lupoi «amorfo»⁶ de *trust* que permite englobar tanto al *trust* angloamericano tradicional como a instituciones afines. Se admite como punto de referencia la descripción del *trust* contenida en el Convenio de La Haya de 1985⁷. El art. 2 del Convenio de La Haya establece que «el término “*trust*” se refiere a las relaciones jurídicas creadas —por acto *inter vivos* o *mortis causa*— por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado. El *trust* posee las características siguientes: a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*; b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee* y c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga». La facultad de reivindicar los bienes del *trust* en caso de que el *trustee*, con infracción de las obligaciones derivadas del *trust*, hubiere confundido los bienes del *trust* con los suyos personales o hubiere procedido a su enajenación, no es un elemento de la definición sino una característica que depende de la ley que lo rija⁸.

Tampoco hace hincapié en los aspectos reales del *trust* el DIPr belga. El art. 122 del Código belga de Derecho internacional privado establece que el término *trust* se refiere a una relación jurídica creada por un acto del fundador o por una decisión judicial, en virtud de la cual los bienes se ponen bajo el control de un *trustee* para que los administre en interés de un beneficiario. Los bienes objeto de *trust* constituyen un patrimonio separado, la titularidad de los mismos está a nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*, quien está investido del poder y encargado del deber de administrar, gestionar o

⁶ M. LUPOI, «The shapeless trust» – Il trust amorfo», Vita not., 1995, 1, p. 51 ss.

⁷ Convenio sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento de 1 de julio de 1985.

⁸ Art. 11 d) del Convenio de La Haya.

disponer de los bienes de conformidad con los términos del *trust* y de cualquier norma especial impuesta por ley.

El proyecto de Código de Derecho internacional privado francés también contiene reglas de Derecho internacional privado en materia de *trust*. El art. 108 establece que existe un *trust* cuando una persona, el *trustee*, posee activos en interés de uno o más beneficiarios o para un fin específico. Estos activos constituyen un patrimonio separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*⁹.

Se impone, por consiguiente, la conclusión de que el *trust* no es únicamente un derecho real por más que pueda tener componentes de esa naturaleza. Así lo corroboraría la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Webb*¹⁰. En 1971 Webb hijo adquirió un apartamento en Antibes (Francia) con fondos proporcionados por Webb padre. En 1990 Webb padre interpuso una acción en Inglaterra solicitando que se declarara que Webb hijo era *trustee* y el apartamento un bien objeto de *trust*. Pidió asimismo que se le conminara a transmitir el «*legal title*» a Webb padre. Webb hijo impugnó la competencia por entender que se trataba de una acción relativa a un derecho real sobre un bien inmueble sito en Francia lo que implicaría la competencia exclusiva de los tribunales franceses. El TJUE respondió negativamente argumentando que con relación al foro exclusivo no basta con que la acción ejercitada se relacione con un derecho real, sino que es preciso que la acción se base en un derecho real. Puso asimismo de manifiesto que el demandante no argumenta ser el titular de prerrogativas directas sobre el inmueble oponibles frente a todos, sino que hace valer únicamente derechos frente al hijo por lo que se trataría de una controversia relativa a las relaciones internas entre *trustee* y beneficiario que son esencialmente de naturaleza fiduciaria.

Ha de concluirse, por tanto, que, aunque el *trust* pueda tener según cuál sea la ley aplicable componentes reales, estos no prevalecen sobre la naturaleza fiduciaria de la institución que caracteriza a las relaciones internas entre constituyente *fundador*, *trustee* y beneficiarios. Por este motivo, ni el proyecto del GEDIP¹¹ ni el del EAPIL¹² se ocupan de esta institución.

⁹ La definición ha sido criticada pues permite incluir a los *constructive* o *resulting trusts*, esto es, a los *trusts* involuntarios no basados en una transmisión voluntaria de la propiedad de un bien que deviene objeto de *trust*. En relación con estos *trusts*, que el proyecto califica sin ulterior precisión de *trusts* judiciales, resultan inadecuadas las reglas de competencia basadas en la autonomía de la voluntad, esto es, la elección de foro o de ley aplicable. Cfr. P. FINI, «Les dispositions sur le *trust* du projet de Code de droit international privé à la lumière de la convention de La Haye du 1er juillet 1985», *Journal du droit international (Clunet)* núm. 2, 2024, pp.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 1994, C-294/92, *Webb*, ECLI:EU:C:1994:193.

¹¹ El GEDIP ha adoptado un texto articulado en materia de ley aplicable de cuyo ámbito de aplicación se excluye al *trust*. El texto puede consultarse en <https://gedip-egpil.eu/en/documents/>.

¹² Véase <https://eapil.org/what-we-do/working-groups/group-on-property-law/>.

III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Como es sabido, una de las características del *trust* es su versatilidad y plurifuncionalidad¹³. El *trust* se puede utilizar tanto en el ámbito mercantil como en el ámbito del derecho de familia y sucesiones. Puesto que el legislador europeo ha adoptado instrumentos distintos para cada uno de estos ámbitos la cuestión que se plantea es si los distintos instrumentos que contienen normas de competencia judicial internacional se aplican o no al *trust*. El examen de los respectivos ámbitos de aplicación revela que el Reglamento europeo de sucesiones excluye explícitamente al *trust* en el art. 1.2 j al igual que ocurre en el Reglamento Bruselas II ter en materia de divorcio y responsabilidad parental¹⁴ (art. 1.4 j). En cambio, el Reglamento Bruselas I bis revisado y los Reglamentos en materia de régimen económico matrimonial¹⁵ y efectos patrimoniales de las parejas registradas¹⁶ no realizan una exclusión expresa. Mientras que el primero contiene normas especiales sobre el *trust* lo cual demostraría que los *trusts* se incluyen en su ámbito de aplicación, la situación es menos clara con relación a los instrumentos relativos al régimen de parejas que no se refieren al *trust* de manera explícita al enumerar las materias excluidas.

1. El Reglamento 1215/2012

Los preceptos que en materia de *trust* contiene el Reglamento Bruselas I bis revisado se introdujeron con ocasión del ingreso del Reino Unido e Irlanda en la Comunidad Europea y fueron objeto de negociación para posibilitar la participación de estos Estados en el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias establecido en el Convenio de Bruselas del 68. Como es sabido, este es un instrumento doble que establece normas de competencia uniformes con el objetivo de prescindir del control de la competencia del juez de origen.

¹³ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El trust.*, p. 43 y ss.

¹⁴ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), DO L 178 de 2.7.2019.

¹⁵ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DO L 183 de 8.7.2016.

¹⁶ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DO L 183 de 8.7.2016.

La principal preocupación del Reino Unido e Irlanda era garantizar que por lo que respecta a las relaciones internas del *trust*¹⁷ fuera competente un tribunal de un Estado de *Common Law* porque el *trust* es una institución desconocida en muchos sistemas de Derecho civil y por el papel cardinal que desempeñan los tribunales respecto a esta institución. En caso de que el *trustee* tenga dudas acerca de la interpretación del instrumento del *trust* o si las instrucciones contenidas en dicho instrumento han devenido obsoletas puede acudir los tribunales, en Inglaterra a la *Chancery Division* de la *High Court of Justice*. La función de estos tribunales es más tutelar que jurisdiccional y su ejercicio comporta que los tribunales tengan una gran pericia en el *property management*, lo que no tiene parangón en los Estados de Derecho civil¹⁸.

El actual Reglamento Bruselas I bis contiene tres preceptos específicos sobre el *trust* que datan de esa época. De una parte, el art. 25.3 establece una regla posibilitando la prorrogación de foro a través de un acto unilateral del fundador o *settlor* y, de otra, el art. 7.6 prevé un foro especial para los litigios entablados contra el fundador, *trustee* o beneficiario de un *trust* a favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el *trust*. El art. 63.3 contiene una norma auxiliar que estipula que para determinar si un *trust* está domiciliado en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conocen del asunto, el órgano jurisdiccional aplicará sus normas de Derecho internacional privado.

1.1. La prorrogación de foro

El actual apartado 25.3 del Reglamento Bruselas I bis revisado tiene la finalidad de permitir que el constituyente de un *trust* pueda unilateralmente designar a los tribunales de un Estado miembro a fin de que sean exclusivamente competentes para pronunciarse en relación con las relaciones internas entre fundador, *trustee* o beneficiario o acerca de los derechos u obligaciones de cualesquiera de estas personas en el marco de un *trust*. El precepto se estimó necesario porque en la génesis del *trust* voluntario está un acto unilateral por lo que no puede operar la prorrogación de foro a partir de un acuerdo bilateral.

De la redacción del precepto derivan varias consecuencias. La primera es que la facultad de elección del tribunal competente solo se aplica respecto a los *trusts* voluntarios con exclusión de los *trusts* que surgen por imperio de la ley (*statutory trusts*), de los *trusts* que los tribunales crean judicialmente (*constructive trusts*) o que tiene su razón de ser en una voluntad presunta (*resulting trusts*). El art. 25.3

¹⁷ Por lo que respecta a las relaciones del *trustee* con terceros operan las reglas generales.

¹⁸ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust*, pp. 35 y 36.

establece asimismo claramente que la elección del tribunal competente ha de resultar del documento constitutivo del *trust*, por lo que se entiende que implícitamente se exige que la elección se realice o confirme por escrito.

Originalmente, cuando se introdujo la norma en los entonces apartados tercero y cuarto del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, el precepto suscitó una duda interpretativa. Mientras que, en los apartados anteriores del artículo, se exigía, como condición de aplicación del art. 17, que al menos una de las partes estuviera domiciliada en un Estado miembro, esta exigencia no se reiteraba en el caso del *trust*. Por esta razón era dudoso que la exigencia de una vinculación con el territorio comunitario fuera aplicable en esta materia¹⁹. Eliminada con carácter general la exigencia de vinculación con el territorio de la Unión para los acuerdos de prorrogación de foro, es obvio que el constituyente o fundador puede elegir los tribunales de un Estado miembro, incluso si el *trust* no tiene relación con ningún Estado miembro.

Fijémonos en que las facultades del constituyente son, por tanto, más extensas que las que le corresponden al causante en el ámbito sucesorio, lo cual no deja de ser llamativo teniendo en cuenta que el *trust* puede operar como *will-substitute*. El Reglamento europeo de sucesiones no permite, en efecto, la elección del tribunal competente por el causante, sino que exige el acuerdo de las partes del procedimiento (art. 7 b). Se restringe asimismo la libertad de elección pues únicamente cabe elegir al tribunal del Estado miembro de la nacionalidad del causante si éste ha hecho una *professio iuris* a favor del derecho de su nacionalidad, lo que indicaría que la prorrogación de foro persigue el objetivo de facilitar la correlación *fórum-ius*. Esta regulación de la prorrogación de foro se suele justificar con referencia al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes en el procedimiento. Se estima inadecuado que en virtud de un acto de voluntad de una persona ya fallecida las partes pudieran verse obligadas a litigar ante los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del causante.

Lo paradójico es que en el ámbito del *trust* la situación procesal de *trustee* y beneficiarios es mucho más endeble lo cual sorprende habida cuenta que una vez creado el *trust* el constituyente en principio desaparece de la relación jurídica y el *trust* puede perdurar en el tiempo durante ochenta años o incluso por tiempo indefinido si se trata, por ejemplo, de un *charitable trust*. A pesar de ello se posibilita que el *trustee* pueda designar cualquier tribunal de un Estado miembro con independencia de que el caso carezca de conexión comunitaria. No se estipula que la elección del tribunal competente haya de guardar relación alguna con la ley rectora del *trust*.

¹⁹ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Los Convenios...», pp. 309-310.

La amplitud con la que se admite la prorrogación de foro en esta materia podría cuestionarse. Se podría pensar en limitar la posibilidad de elección de foro a los tribunales cuya ley rija el *trust*, tal y como ocurre en materia de sucesiones. Esto se correspondería además con la finalidad principal de la norma que no es otra que evitar que las relaciones internas en materia de *trust* se diriman frente a los tribunales de un Estado que no conoce la institución.

La principal dificultad que plantea esta propuesta es que no existen en el DIPr europeo normas uniformes por lo que respecta a la ley aplicable al *trust*. El Convenio de La Haya de 1985 prevé en su art. 6 que el constituyente puede elegir la ley rectora del *trust* con la sola limitación, a todas luces lógica, de que ha de tratarse de una ley que conozca el *trust*. En caso de falta de elección o si la elección no surte efecto se aplica la ley que presente los vínculos más estrechos para cuya localización el art. 7 del Convenio propone varios indicios, a saber, el lugar de administración del *trust*, el lugar de ubicación de los bienes objeto de *trust*, el lugar en el que resida o ejerza su actividad el *trustee* y el lugar en el que se localicen los objetivos del *trust*.

El Convenio de La Haya ha sido únicamente ratificado por cinco Estados miembros, Chipre, Italia, Luxemburgo, Malta y Países Bajos²⁰. Las experiencias italianas con el denominado “*trust* interno”²¹ así como cuestiones relacionadas con la fiscalidad del *trust* probablemente expliquen el escaso éxito del Convenio. Los redactores del Proyecto de Código de Derecho internacional privado francés de hecho sentencian que la ratificación por parte de Francia, que firmó el instrumento en 1991, está excluida en la práctica²². Por esta razón se proponen normas de conflicto alternativas. El Código belga de Derecho internacional privado también contiene normas de conflicto sobre el *trust*.

El art. 124 del Código belga de DIPr establece que el *trust* se regirá por la ley elegida por el fundador del *trust*, pero que dicha elección únicamente cabe si el *trust* es un *trust* internacional, quedando sin efecto si todos los elementos del *trust* se localizan en un Estado que no conoce la institución. En defecto de elección de ley se aplica el derecho del Estado en que el *trustee* tiene su residencia habitual en el momento de la constitución. El proyecto francés también permite que el *trust* se rija por la ley designada en el acto de constitución. En ausencia de elección

²⁰ Datos de mayo de 1994.

²¹ En Italia tuvo fortuna la interpretación de LUPOI conforme a la cual el Convenio de La Haya permite el reconocimiento no únicamente de *trusts* extranjeros sino de *trusts* cuyos elementos subjetivos y objetivos son netamente italianos siempre que la ley rectora elegida por el constituyente sea la ley de un Estado que conozca la institución. A. VIDE BRAUN, « El *trust* en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y la familia », en ARROYO I AMAYUELAS, E., *El trust en el Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 133-155.

²² *Projet de code de droit international privé (justice.gouv.fr)*, p. 46.

de ley, se propone una conexión rígida con una cláusula de excepción: se aplicaría, en principio, la ley del domicilio del *trustee*. El art. 112 del proyecto estipula taxativamente que el *trust* no producirá efectos en Francia cuando todos los elementos de la situación, con excepción de la ley elegida o del domicilio del *trustee*, estén situados en el mismo Estado cuya ley no reconozca esta institución.

1.2. *El foro especial del domicilio del trust*

El Reglamento 1215/2012 propone un foro especial por razón de la materia que opera como foro alternativo al general del domicilio del demandado. Si se trata de litigios entablados contra el fundador, *trustee* o beneficiario de un *trust* son además competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el *trust*.

En el informe Schlosser se justificó la introducción de este foro especial con referencia al hecho de que el *trust* no es una persona jurídica, por lo que el foro del domicilio del demandado se concretaría en el domicilio de la parte demandada, dando lugar a una dispersión según se demandase a beneficiario, *trustee* o constituyente. El hecho de que las partes, que pueden ser personas físicas, modificaran su residencia habitual trasladándose de Inglaterra a Francia implicaría la modificación de la autoridad competente, con el agravante de que podrían llegar a ser competentes los tribunales de un Estado que no conoce la institución. Por consiguiente, se consideró adecuado introducir un foro alternativo ubicado en el domicilio del *trust*.

En mi trabajo de 1998 señalaba que este precepto plantea tres tipos de problemas²³. En primer lugar, es dudoso si se aplica exclusivamente a los *trusts* angloamericanos o se extiende también a instituciones afines. Ello nos retrotrae al análisis ya efectuado con anterioridad en relación al concepto de *trust*.

En el Informe Schlosser se hace hincapié en que los términos de *trust* y *trustee* no se tradujeron a las demás lenguas oficiales ya que se refieren únicamente a una institución característica de los derechos del Reino Unido y de Irlanda²⁴. Pero después de que se introdujeran estas normas, en el año 1978 la institución se ha expandido. El Convenio de La Haya de 1985 supuso una inflexión en este desarrollo.

²³ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Los Convenios...», p. 311.

²⁴ Informe del Profesor P. Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, OJ C 189, 28.7.1990 Apartado 116.

De conformidad con lo que es una línea jurisprudencial consolidada entiendo que debería acuñarse un concepto autónomo de *trust* y que a estos efectos puede y debe utilizarse la descripción contenida en el Convenio de La Haya²⁵, que como hemos visto daría cobertura a instituciones afines. De aceptarse esta interpretación debería asimismo realizarse una interpretación amplia del concepto de *trustee* a fin de incluir en el mismo a otras figuras con facultades fiduciarias tales como los *enforcer*, *appointor* o *protector* que detentan poderes que afectan al ejercicio de los poderes del *trustee*²⁶. Estas figuras son características de las instituciones análogas al *trust* introducidas en jurisdicciones que no cuentan con un poder judicial capaz de ejercer las funciones de supervisión de la administración del *trust*. En cambio, ha de excluirse que la regla especial del art. 5.6 se aplique a un *resulting* o *constructive trust*, esto es a los *trusts* que el proyecto francés de Código de DIPr denomina *trusts* judiciales. No solo porque se establece con toda claridad en el apartado 117 del Informe Schlosser sino también porque las normas propuestas finalmente presuponen el ejercicio de la autonomía de la voluntad lo cual no se adapta a los *trusts* judiciales.

Otra cuestión controvertida es el ámbito material del foro. Mayoritariamente se entiende que el precepto rige únicamente respecto a las relaciones internas entre fundador, *trustee* y constituyente²⁷. Sin embargo, en su literalidad el precepto se aplicaría respecto a los litigios entablados contra el fundador, *trustee* o beneficiario. El art. 5.6 del Convenio de Lugano diverge ligeramente al especificar que se trataría de litigios contra fundador, *trustee* o beneficiario en su condición de tales. En cualquier caso, el precepto podría cubrir a los litigios de terceros contra fundador, *trustee* o beneficiarios siempre que la demanda se basara en dicha condición²⁸.

Finalmente, la dificultad principal del foro radica en la localización del domicilio del *trust*. No deja de ser conceptualmente contradictorio que, de una parte, el *trust* no sea una persona jurídica y de otra se le atribuya un «domicilio» distinto del de las personas del fundador, *trust*-

²⁵ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Los Convenios...», p. 312. En este mismo sentido p. MANKOWSKI, «Art. 7», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *Brussels I bis Regulation*, European Commentaries on Private international law, Otto Schmidt, Colonia, 2016, pp. 361-362, marg. 455, M. LEHMANN, «Jurisdiction relating to trusts (Art. 7.6)», en DICKINSON, A. y LEIN, E., *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 180 marg. 4.144.

²⁶ En este mismo sentido P. MANKOWSKI, «Art. 7», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *Brussels I bis Regulation*, European Commentaries on Private international law, Colonia, Otto Schmidt, 2016, p. 363, marg. 458.

²⁷ U. MAGNUS, «Art. 25 en MAGNUS, U. Y MANKOWSKI, P., *Brussels I bis Regulation*, European Commentaries on Private international law, Colonia, Otto Schmidt,», 2016, p. 668, marg. 171,

²⁸ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Los Convenios...», p. 313. En idéntico sentido, M. LEHMANN, «Jurisdiction relating to trusts (Art. 7.6)», en DICKINSON, A. y LEIN, E., *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 180 marg. 4145.

tee y los beneficiarios. En el Informe Schlosser se afirma que el foro especial se basa en la idea de que los *trusts* tienen un centro de interés. Se cita al profesor escocés Antón quien en su Tratado de Derecho internacional privado localiza dicho centro al que denomina domicilio, en el lugar que el fundador haya estipulado o, en su defecto, en el centro de gestión del *trust*, el lugar de residencia de los *trustees*, el lugar de situación de los bienes del *trust*, el lugar en el que se localicen los objetivos perseguidos por el *trust* y el lugar de ejecución de las obligaciones que surjan del *trust*²⁹.

El art. 63.3 del Reglamento 1215/2012 contiene a este respecto una regla auxiliar que especifica que para determinar si un *trust* está domiciliado en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conocen del asunto, el órgano jurisdiccional aplicará sus normas de Derecho internacional privado. Esta regla presupone que los distintos sistemas de Derecho internacional privado han de tener normas sobre esta cuestión, lo que no suele ser el caso, sobre todo si la institución es desconocida en el ordenamiento jurídico del foro. El Informe Schlosser afirma que en este caso la jurisprudencia deberá desarrollar dichas reglas y que existen dos posibles soluciones, que el domicilio del *trust* se determine de conformidad con la ley rectora del *trust* o que el juez competente desarrolle sus propios criterios en el marco de la *lex fori*³⁰.

No existe mucha jurisprudencia en relación con este precepto. Puede, no obstante, citarse la sentencia de la *Court of Appeal of England and Wales* de 2008 en un asunto con vínculos con España, *Gomez and Others v Gomez-Monche Vives*³¹. Se trataba de un *trust* sobre acciones de una sociedad de las islas Caimán, González- Byass, productora del conocido vino de Jerez. El *trust* había sido constituido por un ciudadano español que había fallecido intestado. En el instrumento de *trust* se había estipulado la aplicación del Derecho inglés. Los *trustees* eran sociedades de Liechtenstein que administraban el *trust* en ese país. El litigio enfrentaba a la viuda, Encarnación Gómez-Monche Vives, domiciliada en España y a tres de sus hijos, José, Pablo y Álvaro González Gómez, que estaban domiciliados en España, Portugal y Estados Unidos, respectivamente.

Una de las cuestiones que se planteaba era dónde se ubicaba el domicilio del *trust*³². Se concluyó que el domicilio del *trust* se ubicaba en

²⁹ Informe Schlosser, apartado 114.

³⁰ Informe Schlosser, apartado 119.

³¹ González Gómez and Gómez-Monche Vives [[2008] EWCA Civ 1065]

³² Otra de las cuestiones controvertidas en el asunto *Gomez and Others v Gomez-Monche Vives* era si el foro da cobertura a reclamaciones contra *appointors*, *protectors*, o cualesquiera otras personas con poderes fiduciarios. La Court of Appeal se muestra contraria a esta extensión lo que revela, que entiende que el precepto se aplica únicamente al *trust* angloamericano. La opción se justifica con referencia a la interpretación restrictiva de los foros especiales obviando la necesidad de una interpretación autónoma.

Inglaterra, pues el *trust* se regía por el Derecho inglés. Por consiguiente, prevalecería la voluntad del constituyente por encima de cualquier índice de localización objetivo. Con esta interpretación se desarrollaba una decisión anterior³³ que hacía hincapié en que un *trust* solo puede estar domiciliado en Inglaterra si la ley inglesa es el sistema jurídico con el que el *trust* tiene su conexión más estrecha y real. Esta regla se aplicaría únicamente en ausencia de elección de ley.

La interpretación del art. 5.6 preconizada por los tribunales ingleses conduce, en definitiva, al establecimiento de un *forum legis*, pues son competentes los tribunales del Estado cuya ley rija el *trust*. La cuestión que se plantea es si esta es una solución equilibrada.

A tal efecto es oportuno echar un vistazo a las reglas de competencia judicial internacional contenidas el Código belga de Derecho internacional privado y la Ley suiza de Derecho internacional privado. El art. 123 del Código belga establece que los tribunales belgas son competentes para conocer de cualquier demanda relativa a las relaciones entre el fundador, *trustee* o beneficiario de un *trust*, si el *trust* se administra en Bélgica o la demanda se refiere a bienes situados en Bélgica en el momento de su presentación admitiéndose en la materia la prorrogación de foro tanto a favor de los tribunales belgas como a favor de los tribunales de un Estado extranjero. El art. 149 b de la Ley suiza de Derecho internacional privado permite la prorrogación de foro en materia de *trust*. En defecto de elección de foro son competentes los tribunales suizos del domicilio o, a falta de domicilio, de la residencia habitual del demandado; de la sede del *trust* y para las acciones derivadas de la explotación de un establecimiento en Suiza, del lugar de dicho establecimiento. El art. 21.3 de la Ley suiza de Derecho internacional privado aclara que la sede de un *trust* se encuentra en el lugar de su administración. Este lugar puede designarse en el documento escrito de constitución del *trust* o en cualquier otra forma que pueda probarse mediante un documento. A falta de tal designación, la sede se encuentra en el lugar donde se administra el *trust*.

En el trabajo que publiqué en 1998 ya señalé que la remisión a las reglas de DIPr nacionales era una solución poco adecuada y me pronuncié a favor de la conversión del precepto en un *forum legis*, de forma que fueran competentes los tribunales del Estado cuya ley rigiera el *trust*³⁴. Esta solución me sigue pareciendo la más acertada sobre todo habida cuenta de que se trata de un foro alternativo al general del domicilio del demandado. El actor deberá, en definitiva, valorar si prefiere acudir a unos tribunales que conocen la institución o si estima más conveniente interponer la demanda frente al foro general.

³³ Chelleram and Chellaram [[2002] EWHC 632 (Ch)].

³⁴ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Los Convenios...», p. 314.

2. El *trust* en los demás Reglamentos europeos

Por un lado, el *trust* se excluye, como hemos visto, explícitamente del ámbito de aplicación de los Reglamentos de sucesiones y Bruselas II ter. Por otro lado, sin embargo, el art. 1. 2 del Reglamento 1215/2012 excluye de su ámbito de aplicación a las cuestiones relativas al derecho de familia y sucesiones. La cuestión que se plantea es, por tanto, cuál sería la suerte de los *trusts* que operan en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones.

La doctrina mayoritariamente se inclina por excluir al *trust* del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis revisado, siempre y cuando sirva a una finalidad familiar o sucesoria. Esta posición también se sostiene en el Informe Schlosser³⁵. Puesto que el Reglamento de sucesiones excluye al *trust* la consecuencia sería que las reglas de competencia judicial internacional han de buscarse en el DIPr autónomo.

En el trabajo que publiqué en 1998 me posicioné críticamente en contra de esta interpretación esencialmente en virtud del carácter dinámico de la institución cuyas finalidades pueden variar a lo largo del tiempo. Ponia como ejemplo a un *trust* que se crea inicialmente como instrumento de inversión y que se transforma a la muerte del fundador en un instrumento de transmisión patrimonial *mortis causa*. Señalaba asimismo que la naturaleza de las disputas en el ámbito interno del *trust* no depende de la función o funciones que el *trust* desempeñe ni al ámbito al que se refieran. Si la disputa es relativa al adecuado cumplimiento de las obligaciones fiduciarias por parte del *trustee*, no es, de hecho, relevante si el *trustee* ha de distribuir los beneficios entre los miembros de una familia o entre un grupo de personas entre las cuales no hay relaciones familiares por lo que no acaba de ser lógico que en función de la finalidad se hagan distinciones entre unos y otros *trusts*. Me inclinaba entonces por preconizar *de lege ferenda* la aplicación de las reglas del Reglamento 1215/2012 a las relaciones internas de todos los *trusts*³⁶.

Si examinamos las codificaciones nacionales se observa que las normas de competencia judicial internacional se aplican a todos los *trusts* con independencia de cuál sea el ámbito en el que desplieguen sus efectos. Podríamos, por tanto, concluir que la única razón por la cual se hacen distinguos en el DIPr europeo se relaciona con la fragmentación de las fuentes de la UE por sectores materiales. A ello se añadiría que cuando se concibieron originalmente las normas sobre el *trust* en el año 1978 seguramente era inconcebible que el DIPr europeo acabara penetrando el ámbito del Derecho de familia y sucesiones. En el momento actual posiblemente fuera oportuno revisar el planteamiento de aquel entonces.

³⁵ Informe Schlosser, marg. 52 y 304.

³⁶ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Los Convenios...», pp. 303-304.

RIGHTS *IN REM* AND PROPERTY DISPUTES IN FAMILY RELATIONSHIPS

Diana MARÍN CONSARNAU*
Universitat Rovira i Virgili

SUMMARY: I. INTRODUCTION— II. RELEVANCE OF THE SCOPE OF APPLICATION *RATIONE MATERIAE*.— III. DELIMITATION WITHIN AND AMONG INSTRUMENTS: AN ARGUMENTATIVE AND COHERENCE-BASED APPROACH.— IV. «RIGHTS IN PROPERTY ARISING OUT OF A MATRIMONIAL RELATIONSHIP»: FROM THE BRUSSELS CONVENTION OF 1968 TO REGULATION (EU) 1215/2012.— V. DISSOLUTION OF CO-OWNERSHIP AND LIQUIDATION OF PROPERTY ACQUIRED DURING THE MARRIAGE ¿RIGHTS *In rem* OR MATRIMONIAL REGIME?— VI. «RIGHTS IN PROPERTY ARISING OUT OF A RELATIONSHIP DEEMED BY THE LAW APPLICABLE TO SUCH RELATIONSHIP TO HAVE COMPARABLE EFFECTS TO MARRIAGE»: TOWARDS ITS INTRODUCTION IN REGULATION (EU) 1215/2012.— VII. FINAL CONSIDERATIONS.

* Associate Professor of Private International Law at the University Rovira i Virgili (URV) (diana.marin@urv.cat). This study has been conducted in the framework of the research Project I+D+i PID2020-112609GB-I00 «Property rights system over tangible goods in the field of European Private International Law: aspects of international jurisdiction and applicable law» funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation (MICIU/AEI/10.13039/501100011033). Websites mentioned in this study were visited on May 2024.

This contribution is the translation and updating of the study published by D. MARÍN CONSARNAU, «Derechos reales y litigios patrimoniales en las relaciones familiares: la delimitación en y entre instrumentos de Derecho internacional privado de la UE», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, no. 23, 2023, pp. 231-252. Websites mentioned in this study were visited on 6 May 2024.

I. INTRODUCTION

Addressing matters relating to rights *in rem* in immovable property as an autonomous concept in EU Private International Law (PIL), within Regulation (EU) 1215/2012 (Brussels I *bis*)¹ and its predecessor rules, is a complex task. This has highlighted in the case law of the Luxembourg Court since the Brussels Convention of 1968. On the one hand, the Brussels Convention of 1968 is based on the order not to make an extensive interpretation of the exclusive jurisdiction that it contains, since its exclusive nature entails, in turn, that it is an exception to the normal functioning of the general rules of jurisdiction provided for in the regulatory text. And, on the other hand, while it does not define what is to be understood by rights *in rem*, it states that the actions in matters concerning rights *in rem* in immovable property under Art. 24 Brussels I *bis* include those which seek «to determine the extent, content, ownership or possession of immovable property or the existence of other rights *in rem* therein and to provide the holders of those rights with protection for the powers which attach to their interest»².

This complexity is also compounded by the fact that we are faced with an incomplete European Private International Law system in matters relating to rights *in rem*³. This is characterised by a lack of explicit provisions on rights *in rem* in movable property in the Brussels I *bis* and the absence of a European regulation on the law applicable to rights *in rem*.

Whereas this system has been sustained over time and has been saved through requests for preliminary rulings, the staggered introduction of regulatory instruments on specific material sectors, such as *mortis causa*

¹ Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast). *OJ* No. L 351 of 20 December 2012.

² Judgments of 3 April 2014, *Weber*, C-438/12, ECLI: EU:C:2014:212, paragraph 42; of 17 December 2015, *Komu and Others*, C-605/14, ECLI: EU:C:2015:833, paragraph 26; of 16 November 2016, *Schmidt*, C-417/15, ECLI: EU:C:2016:881, paragraph 30, of 10 July 2019, *Reitbauer and Others*, C-722/17, ECLI: EU: C: 2019:577, paragraph 44 and of 11 November 2020, *Ellmes Property Services Limited*, C-433/19, ECLI: EU:C:2020:900, paragraph 24. Arenas pointed out that this «no hace más que retrasar la definición de qué se ha de entender por derecho real; aunque tampoco puede decirse que sea completamente inútil; puesto que seguramente nos permite determinar que no todas las acciones en las que aparezca involucrado un derecho real serán objeto del foro exclusivo». R. ARENAS GARCÍA, «Competencia en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles y competencia en materia contractual en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Sentencia TJ de 11 noviembre 2020, asunto C-433/19», *La Ley Unión Europea*, no. 89, 2021.

³ See C. PARRA RODRÍGUEZ, «La competencia judicial en materia de derechos reales mobiliarios, ¿una cuestión olvidada por el Reglamento Bruselas I bis?», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, no. 23, 2023, pp. 351-372.

succession (Regulation (EU) 650/2012)⁴; matrimonial property regimes (Regulation (EU) 2016/1103)⁵ and property relations in registered partnerships (Regulation (EU) 2016/1104)⁶, accentuates both the previous complexity and the intricacy to come. The reason is that these regulations are built on rules that exclude the nature of rights *in rem* from their material scope of application, while the creation, acquisition and transfer deriving from the subject matter they regulate (e.g. matrimonial property regime) fall within the material scope of these instruments⁷.

The desired outcome is to advance in the development of instruments to fill these gaps through proposals that provide an autonomous concept of a right *in rem* (which to date has not been achieved by the CJEU), beyond establishing what does and does not fall within the category of actions relating to rights *in rem*⁸. But there is also a need to address the delimitation *within* (in the same instrument and its predecessor/successor rules, depending on how it is approached) and *among* instruments (in which different instruments come to be related) regarding the material scope of application of EU Private International Law regulations, in which the role of the different levels of coherence adopted by PIL scholars, shows that these are interrelated, depending on the focus used to examine them⁹.

From this approach, the principle of coherence is manifested differently according to the delimitation on the regulatory instrument in

⁴ Regulation (EU) 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession. *OJ* No L 201 of 27 July 2012.

⁵ Council Regulation EU 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes. *OJ* No L 183 of 8 July 2016.

⁶ Council Regulation EU 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships. *OJ* No L 183 of 8 July 2016.

⁷ See JIMÉNEZ BLANCO, P., *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) no. 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 63-65 and I. ESPÍNEIRA SOTO, «Derechos reales en el Derecho internacional privado. Incidencias de la aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea en la actividad notarial», in FONT I MAS, M., SERRANO DE NICOLÁS, A., VÁZQUEZ MORAL, P., (dirs.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE. Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid Marcial Pons, (in press).

⁸ The efforts of the *European Group for Private International Law* and the *European Association of Private International Law* to this effect should be highlighted.

⁹ As noted by Crawford and Carruthers: «As the cohort of instruments grows, there may be found both vertical and horizontal continuity of interpretation, as for example, where a provision in an applicable law instrument ('the Rome family') clearly derives from a provision in a jurisdiction instrument ('the Brussels family'), and may benefit from the interpretation accorded thereto in successive jurisdiction instruments». E. CRAWFORD, J. CARRUTHERS, «Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations», *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 63, 2014, p. 2.

which we are focus. Taking as a starting point the delimitation *within* the Brussels I *bis*, in principle, we are involved with a «principio de coherencia esencialmente interpretativo»¹⁰ and it may have greater prominence in the delimitation *among* instruments when acting as a «principio informador del plano legislativo»¹¹. That is to say, e.g., if we consider Regulation (EU) 2016/1103, we will see that the definition of matrimonial property regime provided is aligned with the impact (regarding case law interpretation) that it has had, not on this instrument but on the Brussels Convention of 1968. This points towards varying evolutionary nuances, depending on the levels of coherence that are taken into consideration, which would result in either vertical or horizontal conceptual coherence. In addition, the argumentative technique used methodologically by the CJEU shows how it seeks either to strengthen «continuist» approaches or to depart from them in order to provide a stronger or weaker response through cases and on a case-by-case basis.

In this context, the CJEU has undertaken the difficult task of establishing a delimitation within disputes that may arise in family relationships, with a special focus on those referring to property issues. In order to analyse it, this article searches to pay attention to the argumentative technique used in the CJEU case law and to include an approach based on coherence through the literature review based on reference scholar studies of Crawford and Carruthers (2014)¹², Basedow (2016)¹³, Sánchez Lorenzo (2018)¹⁴, Bonomi (2020)¹⁵ and Fontanellas Morell (2020)¹⁶ (in chronological order).

¹⁰ Sánchez Lorenzo argues that it is essentially an interpretative principle: «En cierto sentido, el principio apunta a la necesidad de una interpretación sistemática de las distintas normas de Derecho internacional privado, que deberán ser comprendidas las unas por las otras, de forma que se garantice la unidad y la máxima eficacia de todo el sistema jurídico. Desde este punto de vista, el principio de coherencia apunta esencialmente al intérprete y, por tanto, se decanta en la jurisprudencia. De ahí que la cuestión prejudicial sea la piedra angular del principio de coherencia». S. SÁNCHEZ LORENZO, «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *REDI*, vol. 70, no. 2, 2018, p. 19.

¹¹ However, in other areas such as those concerning consumers and workers, it has also had an impact when acting as a principle informing the legislative domain in Brussels I *bis*, since the CJEU's case law has been introduced in the development of the regulatory text. S. SÁNCHEZ LORENZO, *ibid.*, pp. 19-20.

¹² E. CRAWFORD, J. CARRUTHERS, J., *op. cit.*, note 9, pp. 1-29.

¹³ J. BASEDOW, «Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, no. 16, 2016, pp. 53-77. Spanish Translation by B. S. JIMÉNEZ GÓMEZ.

¹⁴ S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, note 10, pp. 17-47.

¹⁵ A. BONOMI, «Coherence and Coordination among the EU Private International Law Regulations in Family and Succession Matters», in FORNER I DELAYGUA, J. J., SANTOS, A. (eds.), *Coherence of scope of application: EU Private International Legal instruments*, Gênev, Schulthess, 2020, pp. 27-42.

¹⁶ J. M. FONTANELLAS MORELL, «Coherence between European Instruments of Private International Law on Matters concerning Succession and Matrimonial Property Regimes», in FORNER I DELAYGUA, J. J., SANTOS, A. (eds.), *ibid.*, pp. 121-153 and J. M. FONTANELLAS MORELL, «La co-

II. RELEVANCE OF THE SCOPE OF APPLICATION *RATIONE MATERIAE*

The common denominator in the course of the CJEU case law is that in none of the cases to date in, which property relationships were in dispute in the strictly family context, has it been necessary to determine whether or not the action or measure in dispute concerned rights *in rem*. As Fontanellas Morell noted, this was needed in the context of *mortis causa* succession in *Kubicka*¹⁷, in which the Court has been asked whether the transfer of the ownerships assets to the legatees upon the opening of succession was a matter included in the scope of application of Regulation (EU) 650/2012, as the content or mode of transfer of a right *in rem*, or whether it was a matter that depended on the nature of the right *in rem* and was therefore excluded from the material scope of application of said regulation (Art. 1.2 k)¹⁸.

For now and in general, in cases in which the delimitation is within RBI bis, it has been necessary to delimitate the scope of the actions to be included in «matters relating to rights *in rem* in immovable property» (Art. 24.1 Brussels I bis) in order for the exclusive international jurisdiction of courts to be invoked or not, since its introduction in the Brussels Convention 1968. In light of this case law, as will be outlined below, the CJEU contemplates the *building block* methodology and holds that, in addition to the aspects relating to the action, the action itself must be included in its scope of application. Consequently, actions concerning rights *in rem* that appear to be connected with matters excluded from its scope of application, such as, as far as the present study is concerned, “rights in property arising out of a matrimonial relationship or out of a relationship deemed by the law applicable to such relationship to have comparable effects to marriage” (Art. 1.2 a) Brussels I bis), are excluded.

As noted in none of the cases dealing with the property relationships of spouses or unmarried partnerships has the CJEU ruled on the need to discern whether recourse ought to be had to rules on rights *in rem* or to rules on property rights arising out of a matrimonial relationship or comparable to marriage. This is without prejudice to the fact that in the Member States the courts have already had to deal with delimitation aspects *ratione materiae* of the Brussels I bis and the

herencia entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 (2016/1104)», in SERRANO DE NICOLÁS, A. (coord.), *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104 de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 191-221.

¹⁷ Judgment of 12 October 2017, *Kubicka*, C-218/16, ECLI: EU: C: 2017:755. J. M. FONTANELLAS MORELL, «Coherence between...», *op. cit.*, note 16, pp. 136-137.

¹⁸ See S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «*Legatum per vindicationem* y Reglamento (UE) 650/2012», *La Ley Unión Europea*, no. 55, 2018.

Regulation (EU) 2016/1103 in relation to rights *in rem* and the matrimonial property regime that will promote preliminary rulings in the future. E.g., the Order of the Audiencia provincial Barcelona (Provincial Court, Barcelona) No 256/2021, which concludes that the division of the spouses' assets should not be confused with the liquidation of the matrimonial property regime, which leads to the conclusion that such a division is not within the material scope of application of the Regulation (EU) no. 2016/1103 but is within the scope of application of the RBIbis. Accordingly, Art. 24 RBI bis applies for the determination of international jurisdiction¹⁹. Another one, related again with international jurisdiction, is the Judgment of the Court of Appeal of Amsterdam of 13 June 2023²⁰, in which the court had to rule regarding the division of an immovable located in New Zealand between spouses who had agreed upon the exclusion of marital property. In the opinion of the Court if the spouses made an agreement with respect to a certain asset and opt for a property relationship as a result of or in connection with their marriage, the parties' claims therefore fall within the material scope of the provisions of Regulation (EU) 2016/1103²¹. It could be add as an interesting question that in its effort to justify the international jurisdiction of the Dutch courts, that even if the parties' claims fell outside the material scope of the Regulation (EU) 2016/1103, adopts to the solution to apply, in light of the lack of legal provisions on this point, the provision of art. 4 RBI *bis* when the immovable property is located in a third State²².

For the time being, the CJEU it has focused exclusively on determining whether or not the question at issue is excluded from the material scope of application in relation to the exclusion contained in Art. 1.2 a) Brussels I *bis*. Nevertheless, it should be mentioned at this point that this opportunity arose in the *Iliev* case²³, in which one of the criticisms that the CJEU received was precisely that it failed to take a stand on it because the issue in question was not an action for division

¹⁹ Order of 18 June 2021, ECLI:ES:APB:2021:5125A. See J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12 edition, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 806-807.

²⁰ ECLI:NL:GHAMS:2023:1358.

²¹ Paragraph 4.8. As *Stichting IJI* noted: "As the Regulation is still quite young, it will be interesting to monitor rulings on similar subjects from the courts of the participating countries". <https://eapil.org/2024/01/16/amsterdam-court-of-appeal-on-the-scope-of-the-matrimonial-property-regimes-regulation/>

²² Paragraph 4.10. As Fontanellas Morell noted there are some interpretative suggestions. J. M. FONTANELLAS MORELL, «Rights *in rem* in Spanish Private International Law», in FONT I MAS, M., *Private International Law on Rights in rem in the European Union/Derecho internacional privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 141-178.

²³ Order of 14 June 2017, *Iliev*, C-67/17, ECLI: EU:C:2017:459. See D. LOOSCHELDERS, «Internationale Zuständigkeit für die Auseinandersetzung von Miteigentum bei ehgüterrechtlichem Bezug», *IPRax*, 38, no. 6, 2018, pp. 591-594.

of common property that affected rights *in rem* in immovable property (as was the case in *Virpi Komu*)²⁴, but in movable property.

In light of the above, the focus now will be on substantiating the course followed by the CJEU. This begins with the delimitation *within* the Brussels I *bis* and its predecessor instruments, and how the challenges involved will require a delimitation *among* instruments, from an interrelated argumentative and coherence-based approach²⁵ in order to lead to an analysis of the more specific aspects in the delimitation *within* and *among* instruments, which will be made in the following sections of this study.

III. DELIMITATION WITHIN AND AMONG INSTRUMENTS: AN ARGUMENTATIVE AND COHERENCE-BASED APPROACH

As stated the starting point for dealing with property disputes arising out of a matrimonial relationship or unmarried partnership is the delimitation *within* the Brussels I *bis*, in view of the situation of the CJEU's case law resulting from the exclusion of those disputes from its scope *ratione materiae* contained in Art. 1.2 a) Brussels I *bis*.

The scope of this exclusion in relation to “rights in property arising out of a matrimonial relationship” was promptly addressed in the Brussels Convention of 1968 in the *de Cavel I* case²⁶. This case law has been followed by the CJEU by using the building block methodology. In other words, up to now, the delimitation of this notion within the same instrument (and in its successive versions) has been developed by resorting to the repetition of building blocks, that is, arguments and phrases that have been used since the case considered to serve as precedent or *topoi* (*de Cavel I*)²⁷. This recurrent, formulaic use of lan-

²⁴ Judgment of 17 December 2015, *Virpi Komu* C-605/14, ECLI: EU: C: 2015:833. See J. M. FONTANELLAS MORELL, «La actio communi dividundo en el Reglamento “Bruselas I”», STJUE de 17 de diciembre de 2015, Caso C-605/2014: *Virpi Komu*, Hanna Ruotsalainen y Ritva Komu c. Pekka Komu y Jelena Komu», *La Ley Unión Europea*, no. 37, 2016.

²⁵ Basedow remarked that: «La coordinación de las normas relativas a la competencia y la ley aplicable es, sin embargo, esencial en los casos en los que las normas especiales sobre la competencia o la legislación aplicable se han puesto en marcha a causa de una especial preocupación sustantiva. Cuando, por ejemplo, se establece la competencia exclusiva en los litigios relativos a la protección de los derechos de propiedad intelectual o de los bienes inmuebles». J. BASEDOW, *op. cit.*, note 13, p. 68.

²⁶ Judgment of 27 March 1979, *de Cavel I*, C-143/78, ECLI: EU: C: 1979:83.

²⁷ Defined as the early decision to be subsequently taken as a reference point, the precedent is an important tool used by the CJEU to argue and justify its decisions. R. CIPPITANI, «Argumentos interpretativos del Tribunal de Justicia y el derecho a la libre circulación de los familiares nacionales de países terceros», *Electronic Journal. Jean Monnet Chair*, no. 2, 2014, p. 33.

guage facilitates rulings that promote continuity²⁸ and, in turn, means that the Court need not assess or glimpse the effects they have on the questions that arise about a delimitation *among* instruments. And with regard to «relationships having comparable effects to marriage», the *Weil* case²⁹ posed a situation in which this specific exclusion was not yet contemplated in Art. 1.2 a) Brussels I, despite the fact that the request for a preliminary ruling was erroneously focused on the Brussels I *bis* (concerning the temporal scope of application). This was a missed opportunity to obtain a ruling from the CJEU that would provide major questions interaction towards a delimitation *among* instruments from the perspective of the material scope of application in the different EU Private International Law regulations that come into play, specifically between the Brussels I *bis* and Regulation (EU) 2016/1104.

Going further into the perspective of the principle of coherence, the exclusions from the material scope of application *within* the Brussels I *bis* need to be initially addressed by applying a specific level of coherence known as vertical coherence in the now-established terminology for this area³⁰. This corresponds to each of the succeeding regulations implemented over time on the same subject matter³¹, such as, in this case, the Brussels Convention of 1968, the Brussels I and the Brussels I *bis*. This is reflected in the second part of Recital 34 of the Brussels I *bis*, which states: «[...]. The same need for continuity applies as regards the interpretation by the Court of Justice of the European Union of the Brussels Convention of 1968 and of the Regulations replacing it»³².

Although this is the initial scenario, the adoption (in 2016) and full application (in 2019) of regulations covering Private International Law issues on matrimonial property regimes and property relationships of

²⁸ G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Portland, Hart Publishing, 2012, pp. 168-171.

²⁹ Judgment of 6 June 2019, *Weil*, C-361/18, ECLI:EU:C: 2019:473. See D. MARÍN CONSARNAU, «Ámbito de aplicación *ratione temporis* y *ratione materiae* del Reglamento (CE) 44/2001 vs. Reglamento (UE) 1215/2012: resolución judicial relativa a un crédito resultante de la disolución del régimen patrimonial derivado de una relación de pareja de hecho no registrada. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 2019, C-361/18: *Weil*», *La Ley Unión Europea*, no. 77, 2020.

³⁰ Basedow noted that vertical coherence has a historical meaning in common law countries through precedent. J. BASEDOW, *op. cit.*, note 13, p. 55. This is also in line with the building block methodology.

³¹ S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, note 10, p. 21; A. BONOMI, *op. cit.*, note 15, p. 30 and J. M. FONTANELLAS MORELL, «Coherence between...», *op. cit.*, note 16, p. 124.

³² This was expressly stated by Crawford and Carruthers: «his encompasses two aspects of vertical continuity: first, the temporal scope of application of each succeeding instrument, including transitional provisions, and, secondly, judicial interpretation of the instrument where an identical or similar form of words is found in succeeding instruments. Vertical continuity in the second sense is readily seen in the evolution of jurisdictional provisions from the 1968 Brussels Convention through the Brussels I Regulation to Regulation 1215». E. CRAWFORD, J. CARRUTHERS, *op. cit.*, note 9, p. 3.

registered partnerships reveal that it is insufficient to approach delimitation *within* instruments strictly from a vertically coherent perspective.

This state of affairs compels us to look at other dimensions of coherence, which necessarily lead to the question of the delimitation *among* instruments and to horizontal coherence³³, concerning cases that fall under the different sectoral regulations by reason of subject matter, but are related to each other³⁴. This would be the case, for example, when faced with the need to discern whether a certain action falls under the regime of *mortis causa* succession or the matrimonial property regime, highlighted in the *Mahnkopf* case³⁵, which will be discussed further later on. In terms of horizontal coherence, in the context of the EU Private International Law instruments this would strain the material scope of application of Regulation (EU) 650/2012 and Regulation (EU) 2016/1103 or of the Brussels I *bis* and Regulation (EU) 2016/1103/Regulation (EU) no. 2016/1104 in circumstances such as those in the *Kubicka* case, where it needed to be clarified whether the relevant rules were those on rights *in rem* or those on the matrimonial property regime or a comparable regime, depending on the autonomous interpretation held by the CJEU in each instrument.

Moreover it is important not to disregard aspects related to another form of coherence, the so-called «transversal» coherence, a term coined by Sánchez Lorenzo which concerns regulatory texts with different origin that are considered interdependent³⁶. These include, for example, coherence between Regulation (EU) 2019/1111 (Brussels II *ter* Regulation)³⁷ and the Hague Convention of 1996.³⁸ A somewhat functional manifestation of transversal coherence can be seen in Recital 92 Brussels II *ter*. In fact, as Fontanellas Morell also noted, the CJEU had the opportunity to interpret the material scope of application *among* instruments from a perspective of horizontal coherence in the

³³ Basedow noted that the European Commission's efforts are mainly directed towards horizontal coherence. J. BASEDOW, *op. cit.*, note 13, p. 55. This makes sense in terms of the attention to be paid to the principle of coherence as a «*principio informador en el plano legislativo previo*» as remarked by S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, note 10, pp. 19-20.

³⁴ E. CRAWFORD, J. CARRUTHERS, *op. cit.*, note 9, p. 3; S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, note 10, p. 21 and J. M. FONTANELLAS MORELL, «Coherence between...», *op. cit.*, note 16, p. 124.

³⁵ Judgment of 1 March 2018, *Mahnkopf*, C-558/16, ECLI:EU:C: 2018:138. See J. M. FONTANELLAS MORELL, «Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado. Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 1 de marzo de 2018, C-558/16: Mahnkopf», *La Ley Unión Europea*, no. 61, 2018.

³⁶ S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, note 10, p. 22. Also, along these lines, J. M. FONTANELLAS MORELL, «Coherence between...», *op. cit.*, note 16, pp. 124-125.

³⁷ Council Regulation (EU) No. 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction. *OJ L* 178/1 of 2 July 2019.

³⁸ Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, done at The Hague on 19 October 1996. *BOE* No 291 of 2 December 2010.

Brussels I *bis*, while at the same time addressing aspects of transversal coherence, as for example, in the *Matoušková* case, where reference was made to the explanatory report on the Hague Convention of 1996 to support its argument³⁹.

Furthermore, it could be added that there is another (more blurred) dimension of transversal coherence, which is not quite treated as a coordination issue⁴⁰. This can manifest itself even when the EU normative instrument is influenced by another rule that has never entered into force, or has not entered into force in the Member States across the board. That is, in the specific scope of this paper, the interdependence among Regulation (EU) 2016/1103/ Regulation (EU) 2016/1104 and the Hague Convention of 1978 regarding the law that is applicable to matrimonial property regimes would influence the development of the regulation of the applicable law. However, it would not have an influence on the definition of the concept of matrimonial property regime, since it is not contemplated in the Convention⁴¹. As advised by Fontanellas Morell (who introduced this interesting view), rather than speaking of transversal coherence, we should speak of transversal «influence» in these cases⁴².

Having identified the questions relating to argumentative technique and coherence that arise in the delimitation *within* and *among* instruments in relation to material scope, the next sections will focus on the course followed by the CJEU.

IV. «RIGHTS IN PROPERTY ARISING OUT OF A MATRIMONIAL RELATIONSHIP»: FROM THE BRUSSELS CONVENTION OF 1968 TO REGULATION (EU) 1215/2012

The CJEU's case law has confirmed that property issues arising out of a matrimonial relationship are excluded from the Brussels I *bis*, whereas those that are generally available independently of marriage fall within the scope of said Regulation.

³⁹ J. M. FONTANELLAS MORELL, «Coherence between...», *op. cit.*, note 16, p. 131. Note 36. Judgment of 6 October 2015, C-404/14, *Matoušková*, ECLI:EU:C:2015:653. See A. FONT I SEGURA, «Competencia para autorizar un acuerdo de partición de herencia celebrado por un tutor en representación e interés de unos herederos menores de edad», *La Ley Unión Europea*, no. 35, 2016.

⁴⁰ A. BONOMI, *op. cit.*, note 15, pp. 29-31, on the concern about differentiating coherence from coordination.

⁴¹ Convention on the law applicable to matrimonial property regimes. This Convention did enter into force for France, Luxembourg and the Netherlands, which are themselves Member States participating in the enhanced cooperation of Regulation (EU) 2016/1103.

⁴² J. M. FONTANELLAS MORELL, «Coherence between...», *op. cit.*, note 16, pp. 130-131.

As Rogerson and Mankowski argued, this exclusion cannot be easily addressed, since the concepts of property rights arising from a matrimonial relationship are unknown in some Member States and are interpreted differently in others⁴³. This difficulty was also raised by Advocate General Warner in his Opinion on the *de Cavel I* case⁴⁴. Nevertheless, the logic of the legal doctrine arising from *de Cavel I* allows the Luxembourg Court to circumvent this complexity when dealing with delimitation cases *within* the same instrument.

So much so that, years later, the CJEU seems to have found it «easy» to delimit the material scope of application in relation to rights in property arising out of a matrimonial relationship issues under the Brussels I and the Brussels I *bis*, without expressly adopting Advocate General Warner's proposal for a *iuris tantum* presumption. In order not to undermine the objective of the Brussels Convention of 1968, he concluded that one of the solutions he accepted was that a decision relating to a property dispute between spouses is presumed to fall outside its scope unless, in the light of that decision, the authority can establish that this is not the case. Although this is not the position explicitly taken up by the Luxembourg Court, the structure of the criteria used to outline the concept of «rights in property arising out of a matrimonial relationship» as an excluded matter shows that it would be difficult to have disputes between spouses concerning property where the matrimonial bond has no relevance that would lead to the assertion that the claim does fall within the material scope of application of the Brussels Convention of 1968.

This apparent simplicity can be seen in *Iliev* and in *Weil* cases. Both decisions dispensed with the written dialogue between the CJEU and the Advocate General. There was no opinion by the Advocate General; it was noted that this would not be required, as there was no novelty or lack of clarity. This was revealed in the Order in the *Iliev* case, which argued that, where the answer to a question referred to the Court for a preliminary ruling may be clearly deduced from existing caselaw, the Court of Justice may at any time decide to rule by reasoned order, after a proposal from the Judge-Rapporteur and after hearing the Advocate General. And in the CJEU judgment in the *Weil* case, it was noted that the Court, after hearing the Advocate General, may decide that the case shall be determined without a submission from the Advocate General

⁴³ P. ROGERSON, P. MANKOWSKI, «Art. 1 Brussels I bis/ Scope of application», in MAGNUS, U., MANKOWSKI, P., *EC PIL. European Commentaries on Private International Law. Commentary. Brussels I bis*, vol. I, 2nd ed., Köln Ottschmidt, 2023, p. 66. See from a Notary's perspective Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Derechos reales y aspectos de delimitación *ratione materiae* desde la perspectiva notarial de los reglamentos de la UE de DIPr: cuestiones de derechos reales o personales», in FONT I MAS, M., SERRANO DE NICOLÁS, A., VÁZQUEZ MORAL, P., (dirs.), *op. cit.*

⁴⁴ Submitted on 22 February 1979, ECLI: EU: C: 1979:50.

when it considers that the case raises no new point of law, in accordance with Article 20 of the Statute governing the CJEU.

Let us now turn to the argumentative line of this legal doctrine. As is well known, the Luxembourg Court has stated on several occasions that the concept of civil and commercial matters must be regarded as autonomous⁴⁵ and must be broadly defined⁴⁶, while exclusions from the material scope are exceptions which must be interpreted strictly⁴⁷.

De Cavel I case gave the Luxembourg Court the opportunity to rule on an autonomous concept of «rights in property arising out of a matrimonial relationship» within the scope of the exclusion of the Brussels Convention of 1968. The judgment indicated that this concept covers not only property arrangements specifically and exclusively envisaged by certain national legal systems in the case of marriage but also any proprietary relationships resulting *directly*⁴⁸ from the matrimonial relationship or the dissolution thereof. It established in turn three categories of disputes concerning the assets of spouses in divorce proceedings, which may affect or be closely connected with: (1) questions relating to the status of persons; (2) proprietary legal relationships between spouses resulting *directly*⁴⁹ from the matrimonial relationship or the dissolution thereof; and (3) proprietary legal relations existing between them which have no connection with the marriage, the latter being the only ones that can be understood to fall within the material scope of application of the Brussels Convention of 1968⁵⁰ and the least likely to occur⁵¹. Consequently, the protective measures sought in *de Cavel I*, namely, the sealing of the furniture in a flat during the divorce proceedings, whether they were considered provisional or definitive, did not fall within scenario (3), and were therefore excluded from the scope of application of the Brussels Convention of 1968.

From this point onwards, the rulings in the cases decided by the CJEU confirmed the legal doctrine and greater caution was taken in arguing the interpretation made in its early days, through to the *Iliev* case.

⁴⁵ Judgment of 14 October 1976, *Eurocontrol*, C-29/76, ECLI:EU:C:1976:137, paragraph 3 *in fine*.

⁴⁶ Judgment of 10 September 2019, *German Graphics*, C-292/08, ECLI: EU: C: 2009:544, paragraph 23.

⁴⁷ Judgment of 23 October 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-302/13, EU: C: 2014:2319, paragraph 27.

⁴⁸ Emphasis added. This issue will be discussed again when introducing the *Iliev* case and the definition of matrimonial property regime in Regulation (EU) No. 2016/1103.

⁴⁹ Again, emphasis has been added to highlight the argument made in footnote 48.

⁵⁰ As the Advocate General warned, there will be few property disputes between spouses in which the marital relationship is irrelevant.

⁵¹ Paragraph 7.

In the *C.H.W.* case⁵², the Luxembourg Court was again asked about the exclusion of the «rights in property arising out of a matrimonial relationship» in the Brussels Convention of 1968, but this time with regard to the management of the spouses' property. This involved an application for a provisional measure for the delivery of a document marked «codicil», which was likely to be used as evidence in an action relating to a husband's management of his wife's separate property. Once again, the wording in *de Cavel I* was resorted to as a building block; the judgment noted that the application was closely linked to rights in property arising out of a matrimonial relationship and therefore outside the scope of application of the Brussels Convention of 1968⁵³, in accordance also with the Opinion delivered by Advocate General Simone Rozès⁵⁴.

The *Boogaard* case⁵⁵ also raised the question of exclusion from the material scope of the Brussels Convention of 1968. The court of the Member State addressed had doubts as to whether the judgment issued by the court of origin concerned matters relating to maintenance (and therefore fell within the material scope of the Brussels Convention of 1968 or matters relating to the matrimonial property regime (excluded from its material scope). The Luxembourg Court provided its interpretation of what is to be understood by maintenance and by matrimonial property regime in the light of the instrument. It stated that the decision will be concerned with rights in property arising out of a matrimonial relationship where the provision awarded is solely concerned with dividing property between the spouses⁵⁶. And it declared that, if a decision is rendered in divorce proceedings ordering payment of a lump sum and transfer of ownership in certain property by one party to his or her former spouse, it relates to maintenance obligations and therefore falls within the scope of the Brussels Convention of 1968, if its purpose is to ensure the former spouse's maintenance⁵⁷. While the question may have been a matter of vertical coherence at that time, from the adop-

⁵² Judgment of 31 March 1982, *C.H.W.*, C-25/81, ECLI:EU:C: 1982:116.

⁵³ Paragraphs 6 to 9.

⁵⁴ Submitted on 27 January 1982, ECLI:EU:C: 1982:19, paragraph 3 *in fine*.

⁵⁵ Judgment of 27 February 1997, *Boogaard*, C-220/95, ECLI:EU:C: 1997:91. See BORRÁS, A., "Sentencia de 27 de febrero de 1997, Asunto C-220/95, Antonius van den Boogaard c. Paula Laumen", *Revista Jurídica de Catalunya*, no. 4, 1997, pp. 1158-1162.

⁵⁶ Paragraph 22.

⁵⁷ Borrás noted that «la brevedad de la decisión y sus fundamentos queda compensada por las conclusiones del Abogado General». A. BORRÁS, *op.cit.*, note 55, p. 1160. The particular implication here is a generous interpretation of the matter of maintenance: «*en detrimento de la materia de régimen económico matrimonial*», as Forner Delaygua pointed out. J. J. FORNER DELAYGUA, «Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. - CB: arts. 1.º-2 y 42.- Ámbito material: Régimen económico matrimonial y alimentos. - Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973: art. 23», *REDI*, vol. L, no. 1, 1998, p. 299.

tion and application of Regulation (EC) 4/2009 onwards⁵⁸, it could be a matter of horizontal coherence among the Brussels I *bis*, Regulation (EC) 4/2009 and even Regulation (EC) 2016/1103, which would require recourse to case law from a vertical coherence perspective (that may be described as conceptual)⁵⁹. This shows that the advancements made in the regulation of EU Private International Law instruments have led to a complex logic of segments in relation to the levels of coherence, depending on how they have been categorised.

Thirty-eight years later, in the *Iliev* case, which discussed the international jurisdiction of courts in relation to an action on the division of movable property (a car acquired by one of the spouses when the couple regularly resided in a Member State other than the one in which the divorce was pronounced), the CJEU clearly and succinctly assigned it to the second category: proprietary legal relationships between spouses resulting directly from the dissolution of the matrimonial relationship, therefore falling outside the material scope of application of the Brussels I *bis*⁶⁰. As the CJEU envisaged that there would be some consequences with regard to the delimitation among instruments, it also indicated that the action was not included in the scope of application of Regulation (EC) 2201/2003 (Brussels II *bis*) either. As Regulation (EU) 2016/1103 had not yet been adopted at that time, we cannot fail to note that it would have been most interesting if a case such as *Iliev* had been brought up at a later date. This might have prompted a clarification such as the one provided in relation to the Brussels II *bis*, bearing in mind that the CJEU did refer to Regulation (EU) 2016/1103 to reinforce its argument in the *Mahnkopf* case⁶¹.

V. DISSOLUTION OF CO-OWNERSHIP AND LIQUIDATION OF PROPERTY ACQUIRED DURING THE MARRIAGE ¿RIGHTS *IN REM* OR MATRIMONIAL REGIME?

This matter also revolves around vertical coherence in the delimitation *within* and horizontal coherence in the delimitation *among* instruments. In this regard, it is worth focusing on the *Virpi Komu*, *Iliev*

⁵⁸ Council Regulation (EC) No. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. *OJ L* No 7 of 10 January 2009.

⁵⁹ Fontanellas Morell introduced conceptual vertical influence to this effect, by referring to interdependence with rules that have not entered into force. J. M. FONTANELLAS MORELL, «Coherence between...», *op. cit.*, note 16, p. 131, note 35. Within this conception, vertical coherence may also be deemed to encompass a form of coherence that affects the interdependence of concepts, which has particularly strong impact on the material scope of application of the rules. This interpretation would be part of a nuanced and evolving understanding of the levels of coherence.

⁶⁰ Paragraphs 28 to 29.

⁶¹ Paragraph 41.

and *Mahnkopf* cases. The necessary interaction of the different levels of coherence continues to be found in these cases, to which the CJEU needs to offer a response in terms of the essentially interpretative facet of the principle of coherence, which ultimately has an impact on the delimitation *within* and *among* instruments as a principle informing the legislative realm.

The connection between the *Virpi Komu* case and the *Iliev* case lies in the fact that they were concerned with actions where the application of the rules on right *in rem* may be questioned. However, this was not disputed in both cases. It only happened in the *Komu* case, in relation to proceedings between co-owners (domiciled in Finland) of immovable property located in Spain (Torrevieja, Alicante), in which the Luxembourg Court concluded that Spanish courts had exclusive jurisdiction, as they were the courts of the Member State in which the immovable property was located⁶². The CJEU's argumentation technique relied on the legal doctrine by using building blocks from previous case law in which it justified the purpose of *forum rei sitae* as a criterion of exclusive jurisdiction in matters of rights *in rem* in immovable property. The rationale was that the courts of the Member State in which the property was situated were best placed to ascertain the facts satisfactorily and to apply the rules and practices which are generally those of the State in which the property is situated, due to their proximity⁶³.

However, in the *Iliev* case, the question focused on whether, in the event of the liquidation of movable property after a divorce had taken place, the dispute came within the scope of application *ratione materiae* in relation to the exclusion of the «rights in property arising out of a matrimonial relationship» from the Brussels I *bis*. The provisions within it establish that the dispute corresponds to the «rights in property arising out of a matrimonial relationship» and those directly resulting from the dissolution of a matrimonial relationship, and it was therefore excluded from the scope of the Brussels I *bis*.

Nevertheless, what was succinctly expressed in the *Iliev* case, which appealed to vertical coherence among instruments by referring to Recital 34 the Brussels I *bis* (without addressing the question from the perspective of rights *in rem* in relation to the action for division of common property), should not leave us indifferent. If the action had affected immovable property, the controversy could have arisen from an approach similar to that of the *Virpi Komu* case, in which the CJEU would have had to consider whether or not the action was comprised within the concept of «rights *in rem* in immovable property». Nonetheless, it should be remembered that the action must fall within the scope

⁶² J. M. FONTANELLAS MORELL, «La actio communi dividundo ...», *op. cit.*, note 24.

⁶³ Paragraph 25, in conjunction with judgment of the CJEU, C438/12-, *Weber*, C438/12-, EU:C:2014:212.

of application of the regulatory instrument⁶⁴. While, from this point onwards, the question would again have centred on the discussion of the scope of application, the CJEU skirted around the lack of a specific rule in the Brussels I *bis* (or in its predecessor rules) on the criteria of jurisdiction for rights *in rem* in movable property, as it was not required to address it by the question referred for a preliminary ruling; nor was it obliged to deal with the issue regarding the relationship with Regulation (EU) 2016/1103 for temporal reason.

The latter issue was addressed in the *Mahnkopf* case precisely in order to strengthen its argument, as the CJEU had to rule on whether a matter was included within the scope of application of Regulation (EU) 650/2012, or whether it was a concern relating to the matrimonial property regime, and therefore excluded from the scope of application of Regulation (EU) 650/2012 (Art. 1. 2 d). Moreover, although Regulation (EU) 2016/1103 was not yet applicable, the CJEU referred to this instrument in an effort to justify its argument from the perspective of horizontal coherence among instruments, by clarifying that the scope of application of Regulation (EU) 2016/1103 did not contradict this interpretation, since it excluded the succession to the estate of a deceased spouse (Art. 1.2 d).

In the *Mahnkopf* case, the CJEU focused on determining that if in case on the death of one of the spouses, a fixed allocation of the accrued gains by increasing the surviving spouse's share of the estate falls within the scope of Regulation (EU) 650/2012 or not. The Court held that this mainly concerned succession to the estate of the deceased spouse and not the matrimonial property regime; and that, consequently, it was within the scope of Regulation 650/2012. Nothing was mentioned with regard to its legal doctrine on the «rights in property arising out of a matrimonial relationship» under the Brussels I *bis*. If recourse had been had to the argumentative technique of sufficient dissimilarity⁶⁵ (whereby the CJEU differentiates one case from a preceding one, distinguishing the facts of the new case as opposed to the previous one), the Court would have shown continuity in the criteria used in its reasoning and would have reached the same outcome without needing to use such a strained qualification in its judgment⁶⁶.

In the *Iliev* case, the CJEU only dealt with delimitation *within* the same instrument, apparently maintaining vertical coherence in relation to the *de Cavel I* doctrine. Together with the scenario of cases in which delimitation is *among* instruments within the level of horizontal coher-

⁶⁴ In criticism, D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, note 23.

⁶⁵ On this methodology, G. BECK, *op. cit.*, note 28, R. CIPPITANI, *op. cit.*, note 27, pp. 32-36, M. JACOB, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*, New York, Cambridge University Press, 2014, pp. 147-150.

⁶⁶ See J. M. FONTANELLAS MORELL, «Los derechos legales...», *op. cit.*, note 35.

ence (following the *Mahnkopf* case, which will play a leading role in future pronouncements)⁶⁷, this allows us to enter into the borderline areas arising from the *Iliev* case.

As seen above, in the *Iliev* case the CJEU concluded that the liquidation of assets was a question linked to the dissolution of the marriage, and was therefore excluded from the material scope of application of the Brussels I *bis*. However, the dire immediacy of the Court's conclusion led to the criticism that the CJEU did not go into whether it was a question related to the distribution of assets arising *directly*⁶⁸ from the divorce proceedings. In other words, the Court failed to address whether it was directly and immediately connected to the dissolution of the marriage (which would be excluded from the scope of application of the Brussels I *bis*), or whether it arose as an indirect consequence of the divorce (which would then fall within the material scope of application of the Brussels I *bis*⁶⁹ placing it in the third category that emerged in the *de Cavel I*.

The question of the need for a direct link is certainly not trivial in terms of Regulation (EU) 2016/1103 (which is important from a perspective of conceptual vertical or horizontal coherence), whereby the definition of matrimonial property regime as «a set of rules concerning the property relationships between the spouses and in their relations with third parties, as a result of marriage or its dissolution» (Art. 3.1.a) derived from the case law in *de Cavel I*. As can be seen, no reference is made in this provision to the directness required with regard to the marriage bond or its dissolution, but this directness is mentioned in Recital 18 *in fine*. Two considerations should be made in this respect. Firstly, it may be questioned whether the terminology «as a result of» in the various versions languages available is equivalent to «directly resulting from»⁷⁰, taking as a reference a dimension of coherence halfway between the vertical and the horizontal level in relation to the case law in *de Cavel I*. Secondly, linked to the final idea raised in the first consideration, it can be noted that, while the principle of coherence has an impact on the delimitation *among* instruments, it does not overshadow the delimitation *within* the instrument itself (Regulation (EU) 2016/1103).

⁶⁷ In this sense, see A. BONOMI, *op. cit.*, note 15, p. 33.

⁶⁸ Emphasis added.

⁶⁹ D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, note 23.

⁷⁰ D. LOOSCHELDERS, *ibid.*

VI. «RIGHTS IN PROPERTY ARISING OUT OF A RELATIONSHIP DEEMED BY THE LAW APPLICABLE TO SUCH RELATIONSHIP TO HAVE COMPARABLE EFFECTS TO MARRIAGE»: TOWARDS ITS INTRODUCTION IN REGULATION (EU) 1215/2012

The *Weil* case, without specifying whether it concerns rules on rights *in rem* or on property regarding unmarried couples on this occasion, introduced a question which, having attempted a delimitation *within* the same instrument, may have an impact on the delimitation *among* instruments in the future, once again from a perspective in which vertical and horizontal coherence matters intersect.

In this case, the CJEU was asked whether the property regime arising from an unregistered partnership was a civil or commercial matter within the meaning of Article 1(1) Brussels I *bis*, or whether, on the contrary, it was a matter excluded from its scope of application according to Art. 1.2 a) Brussels I *bis* that expressly excludes «rights in property arising out of a relationship deemed by the law applicable to such relationship to be comparable to marriage». The referring court had noted that, under its national law, property relationships between the members of an unregistered partnership were part of obligations law. In short, the question involved discerning whether a repayment action between members of an unregistered non-marital *de facto* partnership fell within the scope of the rights in property arising out of a relationship deemed to have comparable (legal) effects to marriage. This was therefore a case of delimitation within one and the same instrument, in which the temporal scope of the rules was decisive, and in which some questions initially arose from the perspective of vertical coherence.

Focusing on the first point, although the question referred for a preliminary ruling concentrated on the Brussels I *bis*, the CJEU responded by taking into account the material scope of application of the Brussels I, since, as we have seen, the temporal scope of application means having to resort to the Brussels I and not to the Brussels I *bis*. Consequently, the CJEU reformulated the question referred: whether Article 1(1) and (2)(a) of Regulation 44/2001 must be interpreted to mean that an action concerning an application for dissolution of the property relationships arising out of a *de facto* unregistered partnership comes within the concept of “civil and commercial matters” or whether it is an excluded matter.

With regard to the second point, this reformulation had an impact, since the difference between the Brussels I and the Brussels I *bis* in the scope *ratione materiae* is that, while in the Brussels I only matrimonial

property regimes are excluded,⁷¹ in the Brussels I *bis* this exclusion is explicitly extended to property relationships that regulate relationships having comparable effects to marriage according to the applicable law. In this scenario, in our view, two options were possible in light of the silence of the European legislator in the Brussels I, which, at this stage, continued to maintain the delimitation *within* the same instrument from the standpoint of vertical coherence. Thus, in the choice between an *argumentum a simili* or a *contrario*⁷², the latter was the one the CJEU opted for, based on the restrictive interpretation to which the exclusions from the material scope of application are subject and resorting to the support provided by the explicit extension of the material exclusion in the Brussels I *bis*. Thus, through a systematic interpretation, the Court concluded that considering that the property relationships of a *de facto* (unregistered) partnership are within the scope of the Brussels I exclusion would render meaningless the extension of the scope of the exclusion beyond matrimonial property regimes expressly introduced by the Brussels I *bis*⁷³.

Finally, another aspect will be briefly discussed which has to do with the expression «relationships deemed [...] to have comparable effects to marriage» in Art. 1.2 a) in the Brussels I *bis* that is the relevance of placing (or not) the term ‘legal’ next to ‘effects’; some issues were introduced concerning a literal interpretation of the provision, which the CJEU did not address in this specific case. As the referring court pointed out, in the Hungarian version of Article 1(2)(a) Brussels I *bis*, in contrast to other language versions, the expression «relationships deemed [...] to have comparable effects to marriage» was translated as «relationships deemed [...] to have comparable legal effects to marriage», the question being whether more importance should be attached to the content of an unregistered partnership or to its legal effects⁷⁴. The Spanish language version does not include the equivalent term «*jurídicos*». Neither do the German, French, English and Italian versions. However, the CJEU did not take a stand on this, and therefore postponed the debate on an initial and appropriate literal interpretation that would allow the different language versions to be coordinated⁷⁵. Once again, it can be seen how the linguistic aspect provides additional nuances and enhancements by addressing the problem of delimitation

⁷¹ This exclusion is based on the Jenard Report, on the grounds of the disparity of legislative systems in this area. *OJ C* 189/122 of 28 July 1990. However, it is clear that focusing only on the exclusion of matrimonial property regimes may be too narrow.

⁷² Reached throughout my research, and now transferred to the object of this study. D. MARÍN CONSARNAU, «Ámbito de aplicación *ratione temporis*...», *op. cit.*, note 29.

⁷³ Paragraph 44.

⁷⁴ Paragraph 21.

⁷⁵ On questions of coherence in the language versions of regulations, M. FONT I MAS, «Multilingualism in EU Private International Law Regulations: the Chimera of Vertical and Horizontal Coherence?», in FORNER DELAYGUA, J.J., SANTOS, A., *op. cit.*, note 15, pp. 43-68.

within and *among* instruments and the impact on the maintenance of vertical coherence and the challenges that horizontal coherence may pose.

VII. FINAL CONSIDERATIONS

In the incomplete EU Private International Law system on rights *in rem*, the relevance of the vertical coherence that is predicated with respect to the Brussels I *bis* seems unquestionable in the delimitation *within* this instrument. Something that seemed simple for a long time, that is, the Court of Justice limiting itself to indicating what is included and what is not in a more or less «general» framework, and then applying it to the solution of each specific case through de minimis vertical coherence, has become increasingly complex.

This turning point was first found in the *Iliev* case, in which the question arose as to whether the *vis attractiva* towards property relations between spouses is so easily justifiable or not so easily justifiable, for two reasons. Firstly, because rights *in rem* in immovable property were not questioned; thus, without departing from the *Virpi Komu* ruling, a strain was placed on it. And secondly, because the direct connection with the dissolution of the marriage bond in this specific case was not assessed, but rather presumed.

Consequently, in terms of the delimitation *among* instruments, and regarding the object of the claim being asserted, the boundary to be used to delimit the material scope of application of any related instruments shows that horizontal coherence is certainly not an easy goal. Although this involves moving between autonomous concepts, it is a difficult task for legal operators to dissociate themselves from these concepts, as they start from deeply rooted categories of domestic law and need to understand them from the point of view of the autonomous concept as interpreted by the CJEU.

And secondly, the turning point was found in the *Mahnkopf* case, in which the *vis attractiva* towards property relationships was no longer so attractive. This will undoubtedly have consequences. The next stops could be: a delimitation *among* instruments in which one of the main regulations is Regulation (EU) 2016/1103/ Regulation (EU) 2016/1104 in relation to Regulation (EU) 650/2012, following the *Mahnkopf* case; Regulation (EU) 2016/1103 in relation to the Brussels I *bis*, following the *Iliev* case; and Regulation (EU) 2016/1104 in relation to the Brussels I *bis*, following the *Weil* case.

**APPLICABLE LAW ON RIGHTS *IN REM*
IN THE EU: *STATUS QUO*
AND PROPOSALS FOR THE FUTURE**

**LEY APLICABLE
A LOS DERECHOS REALES EN LA UE:
STATU QUO Y PROPUESTAS DE FUTURO**

A EUROPEAN REGULATION FOR INTERNATIONAL PROPERTY LAW

Eva-Maria KIENINGER*

University of Wuerzburg

SUMMARY: I. INTRODUCTION.— II. DESIRABILITY OF A EUROPEAN REGULATION ON INTERNATIONAL PROPERTY LAW: 1. *Lex situs* as common principle but multiple differences in detail: 1.1 Traditional approaches: Spain and Germany as examples; 1.2 French draft PIL Act: traditional and unilateral; 1.3 Modern approaches: Dutch law as an example; 2. Interim Conclusions; 3. Greater visibility.— III. SOME CENTRAL POLICY ISSUES: 1. *Lex rei sitae* versus freedom of choice of law; 2. Security rights and mobile conflict: 2.1 Overview; 2.2 Theoretical level: transposition v acceptance and substitution; 2.3 Advantages of a European Regulation.— IV. STATE OF REGISTRATION AS CONNECTING FACTOR FOR REGISTERED MOTOR VEHICLES.— V. CONCLUSION.

I. INTRODUCTION

Although it is a well-known fact for every participant in the project on «International Rights *in rem*», it might still come as a surprise to many who are dealing with European Private International Law (EU-PIL) only occasionally: There is until today no European Regulation on the law applicable to property rights. The EU has enacted unified

* Professor for German and European Private Law as well as Private International Law at the Julius-Maximilians-University Würzburg (JMU). This study has been conducted in the framework of the research Project I+D+i PID2020-112609GB-I00 «Property rights system over tangible goods in the field of European Private International Law: aspects of international jurisdiction and applicable law» funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation (MICIU/AEI/10.13039/501100011033). Websites mentioned in this study were visited on May 2024.

PIL rules on contractual obligations,¹ tort, unjust enrichment and negotiorum gestio,² divorce,³ maintenance obligations,⁴ succession⁵ and matrimonial property,⁶ and has recently published proposals on the law applicable to the protection of vulnerable adults⁷ and on parenthood.⁸ So why is international property law left out of the European harmonisation process? May-be the unification of International Property Law is regarded as superfluous because it is already uniform enough through spontaneous harmonisation? A short tour covering some national PIL Acts and one recent prominent proposal will show the contrary (below, II.). The paper will then discuss some core issues such as freedom of choice of law in proprietary matters and potential solutions to the long-lasting problem of mobile conflict (below, III. and IV.). In doing so, this contribution will be limited to tangible movables and immovables. In conformity with the two academic proposals, one of which (GEDIP)⁹ is already complete, the other (EAPIL)¹⁰ still under way, this contribution will not cover intellectual property rights, receivables, virtual property, tokens, and crypto currencies.¹¹

¹ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

² Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

³ Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (Rome III).

⁴ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

⁵ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

⁶ Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes.

⁷ See the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of measures and cooperation in matters relating to the protection of adults, COM/2023/280 final.

⁸ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood, COM/2022/695 final

⁹ As to the GEDIP proposal see GARCIMARTÍN-ALFÉREZ, F. p. 423 in this volume.

¹⁰ <https://eapil.org/what-we-do/working-groups/group-on-property-law>. On various aspects of the EAPIL draft see CUNIBERTI, G., PATRÃO, A. and SCHENK, J. p. 477 in this volume.

¹¹ See on these subjects in this volume «Challenges of rights *in rem* in the digital era», p. 631.

II. DESIRABILITY OF A EUROPEAN REGULATION ON INTERNATIONAL PROPERTY LAW

1. *Lex situs* as common principle but multiple differences in detail

1.1. *Traditional approaches: Spain and Germany as examples*

Traditionally, the *lex situs* rule is enunciated in few and rather short rules. A good example is Spanish law¹² (Art.10 C.c.) which has three short paragraphs, one on the general applicability of the *lex situs*, a second on *res in transitu*,¹³ and a third on planes, ships and railway rolling stock. There are no explicit rules on the scope of the applicable law, except the descriptive terms, in Art. 10 s. 1 C.c., of «possession, ownership and other rights over immovable or movable property and their publicity», nor is there a definition of the «material time» for the ascertainment of the *situs* of the asset, or any other rule on mobile conflicts.

Another, much more recent but still rather traditional text can be found in Arts. 43 et seq. of the German PIL Act (EGBGB). The Act dates from 1986 but the chapter on property law was only added in 1999¹⁴. Just like its Spanish counterpart, the first section of Art. 43 EGBGB¹⁵ enunciates the classic *lex situs* principle, the second deals

¹² *Artículo 10. Código civil:*

1. *La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles.*

2. *A los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y el destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino.*

3. *Los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro. Los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedarán sometidos a la ley del lugar donde se hallen.*

¹³ On *res in transitu* see in this volume p. 141.

¹⁴ Gesetz zum IPR für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen from 21st May 1999, BGBl 1999, pp. 1026-1028. On the history of Art. 43-46 EGBGB see Ch. WENDEHORST, *Münchener Kommentar zum BGB*, vol 13., 8th ed., C.H.Beck, München, 2021, pp. 1435 et seq.; H.-P. MANSEL, *J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Art. 43-46 EGBGB*, Otto Schmidt – De Gruyter, 2015, pp. 40 et seq.

¹⁵ Art. 43: Rights *in rem*

(1) Interests in property are governed by the law of the State in which the property is situated.

(2) If an item, to which property interests attach, gets into another State, these interests cannot be exercised in contradiction to the legal order of that State.

(3) If a property interest in an item that is removed from another State to this country, has not been acquired previously, as to such acquisition in the country, facts that took place in another State are considered as if they took place in this country.

Art. 45: Means of transport

with mobile conflict, albeit in a very general way, and the third relates to the situation where the acquisition of a property right requires more than one step and where some but not all steps have been fulfilled while the asset was in a foreign state. If the asset subsequently enters German territory (note that the rule is unilateral), acts that have already been performed while the asset was still abroad are deemed to have taken place at the new situs. This rule goes back to the famous *Strickmaschinenfall*¹⁶ in which the BGH had to deal with a retention of title that had been agreed upon while the goods (knitting machinery) were still in Italy, and which, according to Italian law as the applicable *lex situs*, only had effect *inter partes* for lack of a “data certa” (certain date) of the contract.¹⁷ Although German law does not have such a formal requirement and hence regards retention of title clauses which are concluded orally or in simple writing as perfectly opposable, the German Supreme Court had difficulties holding the retention of title as effective *erga omnes* once the goods had entered Germany. The court held that transposition of the formerly acquired right to its counterpart under the new *lex situs* could not create more rights in the hands of the secured party than which it had held prior to the move. In the case at hand, the BGH resorted to a very complex solution: it reinterpreted the contactual arrangements as a security re-transfer of the mere relative retention of title plus a new —retroactive— full retention of title, all under German law as the new *lex situs*. In order to prevent this kind of “judicial mental gymnastics”, the legislator, in 1999, introduced the (unilateral) rule in Art. 43 (3) EGBGB, which, today, can also be found as a multilateral rule in Art. 8 (4) of the GEDIP proposal. There is, in addition, a general escape clause in Art. 46 EGBGB.¹⁸ It has been tried to use it for the introduction of some degree of party autonomy¹⁹ but this has not been approved by the courts.²⁰

(1) Interests in airborne, waterborne and rail borne vehicles are governed by the law of the State of origin. This is 1. as to aircrafts the State of their nationality, 2. as to watercrafts the State where they are registered, otherwise the home port or home location, 3. as to rail vehicles the State of registration.

(2) The coming into existence of statutory security interests in these vehicles is subject to the law applicable to the underlying claim. The ranking among several securities follows Article 43 paragraph 1.

¹⁶ BGH, 02.02.1966 – VIII ZR 1535/64.

¹⁷ Art. 1524 (1) Codice civile.

¹⁸ This provision has recently been applied by the OLG Saarbruecken to claims under §§ 987 et seq. BGB (so-called owner-possessor relationship), ECLI:DE:OLG-SL:2023:0405.5U54.21.00. These rather special rules give the owner a right to claim compensation for the use, damage or destruction of an asset which another party has possessed without having a contractual or legal right to possession. The OLG held that those rights were governed by the former *lex contractus* rather than by the *lex situs*.

¹⁹ See H. STOLL, «Zur gesetzlichen Regelung des internationalen Sachenrechts in Artt. 43 – 46 EGBGB», in *IPRax*, vol. 4, 2000, pp. 264, 265.

²⁰ BGH 25.09.1996 – VII ZR 76/95.

Like the Spanish codification, the German Act does not contain any special rules for *res in transitu* or goods that are being exported. Moreover, it neither says anything on the exact scope of “property law” or on the material time at which the *situs* of the asset is to be determined, nor does the legislative text oblige the new *lex situs* to protect or transpose a right that has been created before. All these matters are left to the jurisprudence of the courts and to academic writing.²¹

1.2. French draft PIL Act: traditional and unilateral

The international property law section in the draft French PIL code currently under discussion²² is more elaborate than its Spanish or German counterpart, but no less traditional. Moreover, its rules are heavily influenced by French substantive law and in some important parts only unilateral. As a general rule, the French draft sticks to the *lex rei sitae*, see arts. 98,²³ 100²⁴ and 101²⁵. It tries to fix the time at which the *lex situs* is to be determined: For rights created by operation of law, it shall be the *situs* of the asset at the time when the right in question is invoked, see Art. 98. Likewise, art. 100 covering the powers (*prérogatives*) of the holder of a real right, and Art. 101, dealing with the opposability of a real right, point to the law at the moment in which the property right is exercised or the priority contest takes place. In distinguishing between the relationship among the parties to the transaction (Art. 99)²⁶ which is submitted to the law governing the transaction, for example a sales contract,²⁷ and the opposability of this

²¹ See H.-P. MANSSEL, *Staudinger, Art. 43-46 EGBGB, op.cit.*, pp. 17-20.

²² Projet de code de droit international privé, as published in March 2022, cf. D. BUREAU, H. MUIR WATT, «Codifier à contretemps», in *La semaine juridique, éd. G.*, 2022, No. 46, pp. 1309 et s.; H. MUIR WATT, D. BUREAU, S. CORNELOUP, «De codice ferendo?», in *Rev. crit. DIP*, 2022, No. 3, pp. 473-476; D. FOUSSARD, M.-L. NIBOYET, C. NOURISSAT, «Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé», in *Rev. crit. DIP*, 2022, No. 3, pp. 477-501; P. LAGARDE, «Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français», in *Rev. crit. DIP*, 2022, No. 3, pp. 515-520. On the property law section see E. SCHICK, S. NOYER, «Eigentumserwerb nach Vertragsstatut?», in *IPRax*, 2024, No. 2, pp. 161 et seqq.

²³ Article 98: Les modes d'acquisition ou de constitution d'un droit réel par l'effet de la loi sont régis par le droit du lieu de situation du bien au jour où ce droit est invoqué.

²⁴ Article 100: Les prérogatives du titulaire d'un droit réel sont régies par la loi de situation du bien au jour de leur exercice.

²⁵ Article 101: L'opposabilité aux tiers d'un droit réel est régie par la loi du lieu de situation du bien au jour où un tiers élève une prétention contraire ou concurrente.

²⁶ Article 99: Lorsque l'acquisition ou la constitution d'un droit réel résulte soit d'un acte soit des

conséquences d'un fait, soumis à une loi propre déterminée en application du présent code, les rapports entre les parties sont régis par cette loi.

²⁷ See E. SCHICK, S. NOYER, „Eigentumserwerb nach Vertragsstatut?“, in *IPRax*, 2024, No. 2, pp. 160-166, 161 et seq.

contract as against third parties (Art. 101), which is submitted to the *lex situs*, the PIL rules closely mirror French substantive law. These rules work well in a consensual system but are difficult to apply to a property law system like the German one, where the dividing line is between the contractual and property law aspects of a transaction and where there are property law aspects also *inter partes*. This proprietary inter-partes-relationship cannot be governed by a jurisdiction (e.g. a chosen law) which is different from the one governing the third party effects or *opposabilité*, which is determined by the *lex situs*.

Moreover, a number of rules are only drafted unilaterally, for example the rule on recognition, art. 102,²⁸ or the rule on *res in transitu*, art. 104.²⁹ The rule on recognition only contemplates the situation that the collateral was brought to France, but does not provide a solution if, for example, a movable asset is moved from France to another state. Therefore, if an asset was pledged by a French company to a French bank while the asset was in France but was subsequently brought to Belgium: Which law should a French court apply in the event of default, if the bank wants to claim repossession from the pledgor? Under art. 101 it seems to be Belgian law, but art. 102 and art. 103³⁰ say nothing about the treatment of the security right under Belgian law. It is evident that French Private International law cannot prescribe how Belgian courts should treat a French security right, but if the case comes in front of a French court:³¹ why should it not uphold the rights of the original French pledgee as far as they are not contrary to Belgian law or at least transpose those rights to their Belgian equivalent? To these shortcomings one may add the fact that the French draft has no special rule on means of transportation (aircraft, vessels and trains) which puts it out of step with practically all EU Member States who submit real rights in such highly mobile assets to the state of nationality or registration.³² By way of conclusion, it seems that property law was not in the forefront of the drafters' attention. As a result, the French draft cannot serve as a blueprint for a European regulation.

²⁸ Article 102: Les droits du titulaire d'une sûreté réelle, soumise à une loi étrangère et grevant un

meuble corporel ultérieurement introduit en France, sont reconnus en France s'il existe une sûreté française comparable.

²⁹ Article 104: Les biens en transit en France sont soumis au droit de l'État de destination.

³⁰ Article 103: L'opposabilité de la sûreté est subordonnée à l'accomplissement des formalités requises pour la sûreté française comparable.

Le constituant qui introduit en France un bien gagé doit en informer le titulaire de la sûreté afin de lui permettre d'accomplir utilement ces formalités. À défaut, il encourt les peines prévues par l'article 314-5 du code pénal et il est déchu du bénéfice du terme.

³¹ The exclusive head of jurisdiction in Art. 24 Nr. 1 Brussels Ibis-Regulation is limited to litigation concerning real rights in immovables.

³² V. par ex. Art. 45 EGBGB (Germany); Art. 89 Belgian PIL Code; § 33 IPRG (Austria); Art. 10:127 B.W. (Netherlands).

1.3. *Modern approaches: Dutch law as an example*

Many Member States have rather recent codifications of PIL, including International Property Law, among others Belgium (2004),³³ Romania (2011)³⁴ and the Netherlands (2011). The limited space does not permit me to give an overview of all of them.³⁵ Therefore Dutch law which stems from 2011 shall serve as a prominent example for a modern codification of international property law.³⁶ It is far more able to serve as a starting point and source of inspiration for a European Regulation than the French draft, since the Dutch approach is comprehensive, multilateral, not directed at a specific national substantive property law system, and contains some interesting deviations from the *lex situs* principle.

Art. 10:127 B.W. starts in section (1) with the *lex situs* as the principal connecting factor,³⁷ from which sections (2) and (3) exempt registered ships and aircraft whose property regime is submitted to the state of registration.³⁸ Section 4 describes in a non-exclusive manner the scope of international property law,³⁹ whereas section 5 defines

³³ Art. 87 et seq. Wetboek Internationaal Privaatrecht 16. juli 2004.

³⁴ A French translation can be found in C. AVASILENCEI, L. PICARCA «Nouveau Code Civil Roumain. – Livre VII, traduction», in *Rev.crit. D.I.P.* 2012, No. 2, pp. 459 et seqq.

³⁵ See in greater detail E.-M., KIENINGER; „Das internationale Sachenrecht als Gegenstand eines Rechtsakts der EU – eine Skizze“, in K. HILBIG-LUGANI, D. JAKOB, G. MÄSCH, G. (eds.), *Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Gieseking, Bielefeld, 2015, p. 469.

³⁶ Wet van 19 mei 2011, Staatsblad 2011, no. 272. For a general overview see A.V.M. STRUYCKEN, «The Codification of Dutch Private International Law: A Brief Introduction to Book 10 BW», in *RebelsZ*, vol. 78, 2014, No. 3, 592.

³⁷ Article 10:127 Law applicable to things and real property rights in things
1. Unless provided otherwise in paragraph 2 and 3, the real property regime for things shall be governed by the law of the State on the territory of which that thing finds itself.

³⁸ 2. Except where it concerns the application of Article 10:160, the real property regime for registered ships and vessels shall be governed by the law of the State where that ship or vessel is registered.

3. The real property regime for registered aircraft and aircraft only registered in a nationality register as referred to in Article 17 of the Convention on International Civil Aviation, concluded at Chicago on 7 December 1944 (Government Gazette 1947, H 165), shall be governed by the law of the State where the aircraft is registered or is registered in the nationality register.

³⁹ 4. The law applicable pursuant to the previous paragraphs shall in particular govern:
a. whether a thing is movable or immovable;
b. what the components of a thing are;
c. whether the right of ownership of a thing can be transferred or whether the thing can be encumbered with a limited real property right;
d. the requirements set out for such transfer or encumbrance;
e. the real property rights that can be vested in a thing, and the nature and content of such rights;

f. the manner in which real property rights in a thing may come into existence, may be changed or passed on, or cease to exist, and the mutual relations between those rights.

the material time.⁴⁰ Furthermore, the Dutch code has specific rules for retention of title (Art. 10:128), which provides for a limited freedom of choice of law (country of destination instead of *lex situs* at the time of delivery)⁴¹ and for rights of retention which are governed by the law of the legal relationship on which right of retention is based.⁴² The change of the applicable law following a change of the *situs* is addressed in Art. 10:130⁴³ which preserves the rights acquired under the old *lex situs* and only submits their exercise to the new *lex rei sitae*. Art. 10:131 on acquisition from a non-owner unsurprisingly submits *bona fide* acquisition to the *lex situs* at the relevant time.⁴⁴ Of greater interest is Art. 10:133⁴⁵ on “things transported under an international contract of carriage of goods”, which, in section (1), adopts the classical *res in transitu* rule (country of destination) but in section (2) exempts goods

⁴⁰ 5. Where it concerns the acquisition, encumbrance (establishment), passage, changing or ending of real property rights in a thing, decisive for the purpose of the previous paragraph shall be the moment on which the legal facts, required for such action, take place.

⁴¹ Article 10:128 Retention of title

1. The real effects of a retention of title shall be governed by the law of the State on the territory of which the thing finds itself at the moment of its legal delivery to the buyer. This does not affect the obligations which according to the law that is applicable to the stipulation of a retention of title, may result from that stipulation.

2. In derogation from the first sentence of paragraph 1, parties may agree that the real effects of a retention of title for a thing intended to be exported, shall be governed by the law of the State of destination if according to that law the seller's right of ownership shall not be lost until the price has been paid fully to him. A designation (choice of law) agreed as such shall have effect only if the thing actually is imported in the designated State of destination.

3. The previous paragraphs apply accordingly to the real effects of financial and operational leasing of things that are intended to be used abroad.

⁴² Article 10:129 Right of retention

Without prejudice to Article 10:163, beginning and under (a), the arising (coming into existence) and content of a right of retention shall be determined by the law governing the legal relationship on which that right of retention is based.

⁴³ Article 10:130 Real property rights in things moved to another State
Real property rights in a thing that have been acquired or established in conformity with the present Title (Title 10.10), remain vested in that thing, also when that thing is moved to another State. These real property rights cannot be exercised in a way which is incompatible with the law of the State on the territory of which that thing finds itself at the moment that these rights are exercised.

⁴⁴ Article 10:131 Acquisition from a person without a right of disposition
The legal effects of the acquisition of a thing acquired from a person without any right of disposition, shall be governed by the law of the State on the territory of which that thing finds itself at the moment of that acquisition.

⁴⁵ Article 10:133 Thing transported under an international contract of carriage of goods

1. The real property regime for a thing which is transported under an international contract of carriage of goods, shall be governed by the law of the State of destination.

2. If the transport meant in paragraph 1 takes place in the performance of a sale contract or another contract containing an obligation to transfer the transported thing, or in the performance of a contract containing an obligation to establish a real property right in that thing, then the designation of the law which is applicable to that contract, as inserted in that contract, is deemed to be, in derogation from paragraph 1, also to relate to the real property regime applicable to the transported thing.

transported with a view to fulfil a contract of sale, in which case the *lex contractus* shall apply to the proprietary aspects as well.

2. Interim Conclusions

Even after this short and superficial *tour d'horizon*, it is quite clear that autonomous International Property Law in the EU Member States is far from uniform. Differences relate first of all, to the fundamental question of what exactly is «property law»: Let us take the simple example of a transfer of ownership following a contract of sale: is property law only the third-party effectiveness (opposability) of the contract? Or do we mean a separate legal relationship that is added to the contract, and may even exist independent of the validity of the contract? This is a rather important question: under the first approach, there are no «property law relationships» between the parties —everything is governed by the contract and hence, under Art. 3 Rome I—Regulation, by freedom of choice of law. Under the second approach, there are «propriety relationships» even among the parties to the contract. The lack of awareness of these fundamental differences on the level of substantive law (which are so much more prominent in property law than in contract law) can lead to severe misunderstandings, see the famous Recital (38) of the Rome I regulation.⁴⁶ Another potential issue are statutory rules that seek to protect certain groups of creditors whose claims are privileged by the legislator such as, e.g. a vendor with respect to the price or a repairer with respect to his salary. These rights can take various forms: retention rights, *privileges spéciaux*, statutory liens or pledges etc. Are these property rights or are they more closely connected with the contractual claim which they seek to protect?

Apart from such fundamental differences of conception, there are many differences in detail. Should special situations like transactions over goods in transit or rights of retention be left to a general escape clause (and therefore to case law)? If not, should one opt, with regard to goods in transit, for the law of the state of dispatch⁴⁷ or of the state of destination? Should the latter only govern under the condition that the goods reach this state? As regards retention of title or goods to be exported: should freedom of choice of law be able to play a (limited) role like in the Dutch codification? As to means of transportation —are they submitted to the state of registration? Should the rule be extended beyond aircraft, vessels and railway rolling stock also to motor vehicles generally (see below, IV.)?

⁴⁶ See in greater detail E.-M. KIENINGER, „Die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts der Abtretung“, in BASEDOW, J./REMIEN, O./WENCKSTERN, M. (eds.), *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 147-171 (152 et seq.).

⁴⁷ This is the solution under Polish PIL, see M. PAZDAN, „Das neue polnische Gesetz über das internationale Privatrecht“, in *IPRax* 2012, No. 1, p. 81.

Last, but certainly not least, the Dutch codification includes special rules for the acquisition *a non domino* whereas German law or the French draft rely on the general *lex situs* rule and leave the protection of cultural goods to internationally mandatory rules. By way of contrast, GEDIP has adopted a special proposal for stolen or illegally exported goods,⁴⁸ giving the claimant the right to choose between (a) the law of the State in which the object was located at the time of its theft or illegal removal from that State; (b) the State in which the object was located at the time of the acquisition of possession by the defendant subsequent to the theft or illegal removal; or (c) the State in which the object was located at the time of the filing of the action.⁴⁹

From the perspective of the Common Market, probably the most pressing issue is the treatment of security interests after a change of the situs.⁵⁰ Here again, we can find divergent rules and approaches: some codifications have no statutory rules and leave the problem to case law and general principles such as the protection of acquired rights, international mandatory rules in the public interest or *ordre public*. Other texts include rules on mobile conflict, some of which are of limited practical value such as the draft French Art. 102 which demands recognition if there is a comparable French security right, but subordinates the third-party effectiveness to the completion of the formalities under French law without contemplating a grace period or a retroactive effect. We will come back to this issue under III.

3. Greater visibility

But even if there was greater harmony, visibility and therefore legal certainty could still be enhanced by creating a European regulation. In most Member States, conflicts rules are to be applied «*ex officio*».⁵¹ Nevertheless, there are numerous cases in which parties or even the courts themselves⁵² tended to overlook that the fulfilment of a contract often has a property law side, too. Perhaps the most prominent and

⁴⁸ <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2023/06/The-law-applicable-to-rights-in-rem-in-corporeal-assets-%E2%80%93-Special-rules-for-cultural-objects-1.pdf>.

⁴⁹ See on the GEDIP proposal GARCIMARTÍN-ALFÉREZ, in this volume ###

⁵⁰ See also G. CUNIBERTI, «Rethinking Conflict Mobile – Applying the Law of the COMI to Rights *in rem*» (in this volume).

⁵¹ Cf. E.-M., KIENINGER, «Ascertaining and Applying Foreign Law», in LEIBLE, S. (ed.), *General Principles of European private Law*, 2016, pp. 357-373; S. CORNELOUP, «Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU: Überlegungen aus Frankreich», in *RabelsZ*, vol. 78, 2014, no. 4 pp. 844-862; C. ESPLUGUES MOTA, «General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe», in ESPLUGUES MOTA, C./ IGLESIAS BUHIGUES, L./PALAO MORENO, G. (eds.), *Application of Foreign Law*, Sellier, Munich, 2011, pp. 3 et seq.; T. C. HARTLEY, «Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared», in *ICLQ* vol. 45, 1996, No. 2, pp. 282 et seq.

⁵² See e.g. BGH Urteil v. 10.6.2009, *NJW* 2009, No. 38, pp. 2824-2826.

exceptional case⁵³ concerned Uranium, which was stored by a German subsidiary of Siemens in Germany throughout the whole time, and was the subject of various contracts governed by foreign law with different parties from all over the world involving several millions of Euros. None of the parties, including a large Swiss bank, realised that the contracts also had to be fulfilled through proprietary transactions, and that, given the German situs of the uranium storing facilities, German law was applicable throughout. The German Highest Civil Court (BGH) had to reinterpret the contractual arrangements retrospectively, based on German law, to find out what property rights were created or transferred.

This lack of awareness is enhanced by the fact, already mentioned in the beginning, that nearly all areas of Private International law, including family law are europeanised, therefore contributing to the false impression that property law was somewhat less relevant.

III. SOME CENTRAL POLICY ISSUES

If the European legislator will attempt to unify International Property Law, two central policy questions stand out of the plethora of issues:

1. *Lex rei sitae* versus freedom of choice of law

Granting more freedom of choice of law seems to be one of the cornerstones of the development of European PIL, especially in areas that traditionally seemed rather hostile to the idea such as divorce or succession.⁵⁴ Yet, with respect to property law, discussion seems to have moved away from free choice.⁵⁵

In essence, property law is about the solution of priority conflicts. This fact is very well visible in those legal systems, where property rights, including ownership, are regarded as relational rights: the question is not so much, whether X or Y own a certain asset, but rather, whether X or Y have a better or prior right to a certain asset. Examples for this approach can be found in the US and in the Scandinavian coun-

⁵³ BGH, Urteil v. 20.7.2012 - V ZR 135/11, note. T. RAUSCHER, *JZ*, vol. 68, 2013, No. 6, 305-308.

⁵⁴ See K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, 2013 passim; J. BASEDOW, «The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations», in *The Hague Academy of International Law Monographs*, vol. 9, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, p. 164 et seq.

⁵⁵ For a discussion of the pros and cons of freedom of choice in property law see E.-M. KIENINGER, «Freedom of Choice of Law in the Law of Property», in *European Property Law Journal*, vol. 7, 2018, No. 3, pp. 221-245.

tries.⁵⁶ But also in continental European systems, property law can be regarded as the solution of priority conflicts: The question whether and under which conditions Y has become the owner of an asset through bona-fide acquisition from the non-owner X at the expense of the true owner A, can also be coined in the term of a priority conflict: whose rights are prioritised by a given legal system, those of Y, the person, who trusts the apparent powers of X to transfer ownership, or those of A?

If property law is about solving priority conflicts between two parties who are not related by a contract but by the fact that they assert rights in the same asset, it is evident that this conflict must be solved through the application of a single law which is determined objectively. Hence, the law governing each of the conflicting transactions (i.e. freedom of choice of law) is not able to solve the priority conflict.⁵⁷ This is the lesson that can be drawn from the (still ongoing)⁵⁸ negotiations of the draft regulation on the third-party effectiveness of assignments:⁵⁹ It has been argued in the past that the time-sequence of the events should provide for a kind of meta PIL rule:⁶⁰ One could first examine the first assignment, and then the second assignment. If the first assignment already transferred the claim, there is nothing left to be transferred to the second assignee. The problem is clearly evidenced by a recent German case, which involved a double assignment of the same claim, first, to a German and, second, to a Luxemburg bank under German and Luxemburg law

⁵⁶ See in greater detail E.-M. KIENINGER „Sachenrechtliche Prinzipien und Grundbegriffe als Gegenstände der Rechtsvergleichung“, ZIMMERMANN, R. (ed.), in *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, 139-166.

⁵⁷ On the „unsurmountable“ difficulties to solve priority conflicts of multiple assignments of the same claim through applying Art. 14 (1) Rome I-Regulation see P. MANKOWSKI, «Proprietary aspects of assignments of claims in private international law», in *NIPR* 2018, No. 1, pp. 26 - 49 at 35 with multiple references.

⁵⁸ On the current status see H.-P. MANSEL, K. THORN, R. WAGNER, „Europäisches Kollisionsrecht 2023: Zeit der Trilogie“, in *IPRax*, vol. 2, 2024, pp. 82.

⁵⁹ See Commission Proposal COM (2018) 96 final; cf. A. DICKINSON, «Tough Assignments: the European Commission's Proposal on the Law Applicable to the Third-Party Effects of Assignments of Claims», in *IPRax*, 2018, No. 4, pp. 337-345; P. MANKOWSKI, «Der Kommissionsvorschlag zum Internationalen Privatrecht der Drittwirkung von Zessionen», in *RIW*, 2018, pp. 488-502.; L. HÜBNER, «Die Drittwirkungen der Abtretung im IPR – Ein weiterer Schritt zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts», in *ZEuP*, 2019, No. 1, pp. 41-71; H. KRONKE, «Assignment of Claims and Proprietary Effects: Overview of Doctrinal Debate and the EU Commission's Proposal», in *Oslo Law Review*, vol. 6, 2019, No. 1, pp. 8-18; E.-M. KIENINGER, «European rules on the law applicable to third-party effects of assignments: a never-ending story?», in *Uniform Law Review*, vol. 24, 2019, No. 4, pp. 633-648; the most comprehensive discussion of the pros and cons of the various solutions can be found in: P. MANKOWSKI, in *NIPR op. cit.*, 2018, pp. 26 - 49.

⁶⁰ See A. FLESSNER, VERHAGEN, in *Assignment in European Private International Law*, Sellier, Munich, 2006; A. FLESSNER, „Privatautonomie und Interessen im Internationalen Privatrecht, am Beispiel der Forderungsabtretung“, in HELDRICH, A. et al. (eds.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Munich, C.H. Beck, 2007, p. 545.

respectively.⁶¹ The question is the following: What makes the claim disappear from the patrimony of the assignor? Is it the mere contract of assignment (German law) or is the transaction only opposable once it has been notified to the third-party debtor (Luxemburg law)? If one applies German and Luxemburg law in the order of time in which the assignment contracts were concluded, it is true that the German bank wins because German law requires no more than the mere conclusion of the contract of assignment. However, it is clear that this meta rule (sequence of timing) is in itself a rule of substantive law (unsurprisingly that of German law): the agreement as such suffices. The simple truth that freedom of choice of law is no solution for the third party effects of assignments has already been voiced nearly 70 years ago by Ernst Rabel: «The domicile of the assignor should be competent to determine priority in all cases. this is the true reason behind the situs doctrine.»⁶²

Just as much as freedom of choice of law is not a solution for the priority conflict between two assignments of the same claim, freedom of choice of law cannot govern the priority conflict between two different transactions relating to the same tangible movable. Instead, legal certainty and foreseeability of the applicable law, which are the cornerstones of PIL, need a connecting factor which is verifiable for all parties who assert real rights in the same asset. However, even such an objective connecting factor, i.e. the situs of the asset, can become unstable, which leads us directly to the second fundamental issue, the treatment of mobile conflicts (*conflict mobile*).

2. Security rights and mobile conflict

2.1. Overview

The question really is whether there is a PIL solution to the problem of mobile conflict especially when it comes to security rights in movables which is the main «battleground» for conflicts mobiles through a change of the situs.⁶³ The problem is not so much one of choice of law but of fundamental differences in substantive secured transaction

⁶¹ OLG Saarbrücken 8.8.2018 – 4 U 109/17, BeckRS 2018, 20145. The CJEU (unsurprisingly) held that Art. 14 Rome I Regulation was not applicable to the third-party effects of assignments, see ECLI:EU:C:2019:848 (note KIENINGER, E.-M., “Das auf die Drittwirkungen der Abtretung anwendbare Recht – Der EuGH spielt den Ball zurück nach Deutschland”, in *NJW*, 2019, No. 46, pp. 3353-3356).

⁶² E. RABEL, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, 2nd ed. Ann Arbor, 1958, p. 443.

⁶³ An innovative solution (COMI of the secured debtor as connecting factor) is presented by G. CUNIBERTI in this volume, p. 477. However, even if the European legislator were to adopt this innovation, its practical use would be limited to grantors domiciled in those Member States (and third states) which make the perfection of security rights dependent on some kind of registration. It can be doubted whether states which so far have no registration system will introduce one for the sole purpose of a PIL rule.

law.⁶⁴ Let us take Germany and Spain as examples: For 140 years,⁶⁵ German law has allowed the use of formal ownership as security and hence has a non-possessory security right without registration or any other form of publicity or formality;⁶⁶ even when it comes to remedies, there is great contractual freedom to circumvent the restrictions of pledge law as, for example, the prohibition of the *pacte comissoire* (§ 1229 BGB). Only the Insolvency Act (§ 51 No. 1, 165 et seq. InsO) and case law based on general rules of contractual fairness (§§ 138, 307 BGB)⁶⁷ provide some restrictions and safeguards. Spanish law, by way of contrast, has fairly strict statutory rules on the *prenda sin desplazamiento* and the *hipoteca mobiliaria* which both involve public registration.⁶⁸ It is evident, that Spanish law will have difficulties to simply accept a non-possessory security right constituted in an asset while it was in Germany, if a priority conflict takes place after the asset has been moved to Spain.⁶⁹

The best and most straightforward solution for the EU would be a harmonisation of substantive secured transactions law,⁷⁰ but prospects seem to be poor despite the recent and comprehensive work of the Study Group on a European Civil Code.⁷¹ The whole esprit that has supported the work on a European civil code has evaporated. The Draft Common Frame of Reference (DCFR) was reduced to the proposal for a Common European Sales Law,⁷² and after that failed for political reasons,⁷³

⁶⁴ See e.g. B. GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, Stämpfli, Zürich 2005; E.-M. KIENINGER, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; H. C. SIGMAN, E.-M. KIENINGER, *Cross-Border Security over Tangibles*, Sellier, München, 2007; FABER, W. *Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven im Mobiliarsicherungsrecht*, Jan Sramek Verlag, Wien, 2023, pp. 5 et seqq.

⁶⁵ See Reichsgericht 10.1.1885, RGZ 13, 200.

⁶⁶ On the concept of publicity of mobile objects in German law see L. KAHL, *Publizitätswirkungen im Fahrnisrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.

⁶⁷ BGH 27.11.1997 – GSZ 1 and 2/97.

⁶⁸ Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión.

⁶⁹ On the refusal of French courts to accept a German Sicherungsübereignung see CUNIBERTI, G., op.cit. p. 477.

⁷⁰ As to possible ways ahead cf. M. BRINKMANN, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 468 et seqq.; T. JUUTILAINEN, *Secured Credit in Europe*, Oxford, Hart, 2018, p. 37 et seq.; E.-M. KIENINGER, *Security Rights in Movable Property* op. cit., pp. 664 et seq.

⁷¹ See C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009.

⁷² COM (2011) 635 final. For a critical appraisal see H. EIDENMÜLLER, N. JANSSEN, E.-M. KIENINGER, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, «The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law», in *Edinburgh LR* vol. 16, 2012, pp. 301-357.

⁷³ The proposal was withdrawn by the Commission on Dec. 16, 2014, cf. <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-connected-digital-single-market/file-common-european-sales-law> (13.5.2024).

it seems that interest was also fading for the other books although book IX on security rights in movable property⁷⁴ could have become the blueprint for a European substantive law harmonisation.⁷⁵

So, for the foreseeable future, private international law practice will have to live with the marked differences in the approach to security rights, differences which relate to rather fundamental principles of property law such as publicity (through possession, registration or notice-filing)⁷⁶, specificity⁷⁷ and *numerus clausus*.⁷⁸

2.2. *Theoretical level: transposition v acceptance and substitution*

Art. 8 of the GEDIP Proposal⁷⁹ is an example of a classic conflict mobile rule: The existence of the right continues to be governed by the *lex situs* under which it was created or acquired, whereas the new *lex situs* “governs the extent and the exercise of that proprietary right, and the priority between that proprietary right and a competing proprietary right created under the new law”. Material differences shall be overcome through “transposition” into the “closest equivalent proprietary right” under the new *lex situs* “if necessary and to the extent possible”. Transposition, a doctrine that goes back to *Hans Lewald*, was also the doctrine used by the German Supreme Court in the classic case in which a car, pledged in France with a “gage sùr véhicule” was brought to Germany and became attached on behalf of a German bank. In its reasoning, the court upheld the gage as a non-possessory pledge and

⁷⁴ See U. DROBNIG, O. BÖGER, «Proprietary Security in Movable Assets: Security Rights in Movables», in *Principles of European Law*, vol. 11, München, Sellier, 2015.

⁷⁵ Cf. T. JUUTILAINEN, *op. cit.*, p. 43 et seq. It has been a source of inspiration for the work of the group on security rights within the Henri Capitant Project on a Code Européen de Droit des Affaires. This draft has just been published (<https://www.henricapitant.org/actions/projet-de-code-europeen-des-affaires-2/>) and it remains to be seen to what extent the proposals will be taken up by Member states and/or the European institutions.

⁷⁶ Cf. T. JUUTILAINEN, *op. cit.*, p. 158 et seq.; on these publicity devices in the context of the DCFR see FABER, W. *Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven im Mobiliarsicherungsrecht*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2023, pp. 578 et seqq.; D.J.Y. HAMWIJK, *Publicity in secured transactions law: Towards a European public notice filing system for non-possessory security rights in movable assets?*, Thesis University of Amsterdam, 2014.

⁷⁷ The principle of specificity figures less prominently in the discussion on the cross-border recognition of security rights compared to those of publicity and *numerus clausus*. Yet, it can come into play with respect to the recognition of enterprise mortgages such as the floating charge of English law or the *nantissement de fonds de commerce* in French law, see F. DAHAN, *La floating charge dans les rapports internationaux de droit privé: essai sur la reconnaissance d'une institution étrangère*, Thèse Paris I, 1995.

⁷⁸ B. AKKERMANS, «The Principle of *Numerus Clausus* in European Property Law», in *Ius Commune Europaeum*, vol. 75, Antwerp-Oxford, Larcier-Intersentia, 2008.

⁷⁹ <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2023/06/The-law-applicable-to-rights-in-rem-in-corporeal-assets-Consolidated-version.pdf>.

referred to *Lewald's* doctrine of transposition⁸⁰ without actually using this notion;⁸¹ it was only in a later case that the BGH retrospectively utilized the term “transposition” for the solution adopted nearly 30 years earlier.⁸²

Another theoretical possibility is acceptance and substitution.⁸³ Here, the foreign security right is not translated into a domestic right under the new *lex situs*; rather the foreign right continues to exist as such. If a new real right has been acquired under the new *lex situs* and hence a priority conflict needs to be solved applying the new *lex situs*, the latter will accept the previously acquired foreign right as a substitute of a right under the new *lex situs*. Substitution may be a less severe inroad into the recognition of acquired rights; it may lend itself better to a more generous acceptance of foreign rights. In German doctrine, it seems that the majority view is today in favour of acceptance and substitution as a theoretical foundation, rather than transposition.⁸⁴

2.3. *Advantages of a European Regulation*

Whatever the solution will be, a European Regulation on international property law cannot take away the marked differences of substantive law. It can try to introduce some innovations such as the one presented by *Gilles Cuniberti* in this volume. But the least it can achieve is an autonomous and uniform interpretation of the future European rules by the CJEU which in its turn will be influenced by the fundamental freedoms of the Common Market.

This is no small advantage as a rather recent case decided by the Austrian Supreme Court can demonstrate:⁸⁵ In a departure from its previous case law,⁸⁶ the Supreme Court ruled in January 2019, that a

⁸⁰ H. LEWALD, «Règles générales des Conflits de lois», in *Rec de Cours*, vol. 69, Brill/Nijhoff, 1939, pp. 129 et seq.

⁸¹ BGHZ 39, 173.

⁸² BGH NJW 1991, 1415.

⁸³ See J. RAKOB, *Ausländische Mobiliarsicherungsrechte im Inland*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 2001, p. 42 et seq.;

⁸⁴ H.-P. MANSSEL, *Staudinger, Art. 43 EGBGB, op. cit.*, para. 1264 et seq.

⁸⁵ OGH 3 Ob 249/18s; cf. W. FABER, „In Deutschland publizitätslos begründetes Sicherungseigentum nach Grenzübertritt doch nicht unwirksam?“, in *ÖBA (Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen)* 2019, pp. 401-410; B. LURGER, „Aus einem hypothetischen Verstoß gegen die Grundfreiheiten folgt: Besitzloses (deutsches) Sicherungseigentum überlebt den Grenzübertritt nach Österreich nun doch“, in *IPRax*, vol. 6, 2019, pp. 560-565; E.-M. KIENINGER, „Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Mobilien 2019: Pretoria, Wien, Brüssel“, in BENICKE, C./HUBER, S. (eds.) *Festschrift Herbert Kronke*, Giesecking, Bielefeld, 2020, p. 967 at 972 et seq.

⁸⁶ Vgl. OGH 3 Ob 126/83 SZ 56/188, JBl. 1984, 550; cf. F. SCHWIND, „„Hinkendes Eigentum“ im österreichisch-deutschen Rechtsverkehr – Ein juristischer Alptraum“, in MUSIELAK, H.-J./SCHURIG, K., *Festschrift Gerhard Kegel*, Stuttgart, Kohlhammer, 1987, p. 599.

German transfer of ownership by way of security remains effective as against third parties even after the collateral has been transferred to Austria. The case was based on the following facts: The defendants, domiciled in Germany, levied attachment against the debtor's movable assets. The debtor ran a restaurant in Austria, where a cash register and a car were seized. The plaintiff filed an action against the attachment stating that the collateral had been pledged to him as security for a private loan, whereby he had also obtained possession of those assets. Subsequently, he had handed them back to the debtor for use. According to the findings of the lower courts, it remained unclear whether the assets were located in Germany or Austria at the time of the transfer. However, from the point of view of the lower courts, this question was irrelevant because, after the change of location, only Austrian law was applicable, and, due to the publicity principle in § 451 ABGB, ownership by way of security was to be regarded as a non-possessory and hence invalid pledge. These findings of the lower courts were perfectly in line with the previous jurisprudence of the OHG: Section 31 para. 2 IPRG ('The legal category of the property and the content of the rights referred to in para. 1 are to be assessed in accordance with the law of the country in which the property is located.') was previously interpreted to mean that the publicity requirements of Austrian law must be met as a permanent requirement if the collateral comes to Austria.

However, in its 2019 decision, the Supreme Court performed a complete U-turn: Based on the principle of protection of acquired rights (Art. 7 PIL-Act) and without mentioning overriding mandatory provisions, the court held that the German security ownership now was to remain valid and effective *erga omnes* even after the collateral had been brought to Austria. The domestic requirement of dispossession could no longer be applied to a property right validly created under another, foreign *lex situs*. In an *obiter dictum*, the court considered a potential violation of the free movement provisions of the TFEU through non-recognition of foreign security rights, but since it decided the case solely on the basis of its interpretation of the Austrian PIL Act, it felt no need to refer the case to the CJEU.

In this case, the Austrian court decided on the bases of autonomous law. Elevating these principles to the European level, will have major consequences: Whether a future regulation will coin the continuous existence of previously acquired property rights in the rather traditional «transposition» terms of Art. 8 of the GEDIP proposal, or whether it will use a wording that is closer to the method of acceptance and substitution, whether it will restrict the grounds for non-recognition to matters of publicity or will continue to accept *numerus clausus* or specificity as grounds for non-recognition, whether it will impose a stricter obligation on Member States to «recognise» security rights created under the laws of other Member States (as opposed to rights created

under the law of third states): *all these provisions* will have to be interpreted in a uniform way by the courts and ultimately by the CJEU. The Luxembourg Court will have the possibility to control any restrictions on the continuous existence of property rights after a change of the situs within the EU in the light of the text of the regulation and, moreover, in the light of the fundamental freedoms and will thus be able to apply the threefold test of mandatory requirements in the public interest (existence of such requirements, suitability and proportionality) to any ground for non-recognition.⁸⁷ This by itself will be a major step forward and will prevent Member States' courts from resorting to purely formal constraints to the recognition of foreign security rights.

IV. STATE OF REGISTRATION AS CONNECTING FACTOR FOR REGISTERED MOTOR VEHICLES

As mentioned in the previous paragraph, publicity issues such as the major differences between the register-based system of Spanish law and the complete lack of publicity for security ownership under German law will remain problematic even if, under a future regulation, the CJEU can watch over the interpretation and application of the rules on mobile conflict. It is far better to avoid mobile conflicts altogether.

One possibility which would solve a large number of practically relevant cases, consists in expanding the rules on means of transportation already present in many Member States' international property laws to motor vehicles in general. The GEDIP proposal already moves in this direction and chooses the state of registration as the connecting factor for all means of transport (Art. 6) but the accompanying recital restricts the notion of «registration» to «registers that evidence proprietary rights». The EAPIL proposal intends to go beyond and propose the state of registration as connecting factor for all motor vehicles registered for the purpose of allowing their circulation in public roads. This rule already exists in Portuguese and Belgian PIL.⁸⁸ 33 years ago, when discussing the reform of the German EGBGB, the German Council of Private International Law dismissed this solution (which had pre-

⁸⁷ See already E.-M. KIENINGER, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden, Nomos, 1996; P. VON WILMSKY, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996; Cf. T. JUUTILAINEN, *op. cit.*, p. 77 et seq.; W.-H. ROTH, „Secured Credit and the Internal Market“, EIDENMÜLLER, H./KIENINGER, E.-M. (eds.), *The Future of Secured Credit in Europe*, De Gruyter, Berlin, 2008, p. 36 et seq.

⁸⁸ Both jurisdictions apply the general rule on means of transport also to motor vehicles, see for Portugal Art. 46 (3) C.c., for Belgium Art. 89 PIL Act. In Belgium this is somewhat controversial. In favour of the inclusion of automobiles see e.g. F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit International Privé*, Brussels, De Boeck & Larcier, 2005, p. 681; opposing C. CLIJMAN, *Het wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerp – Oxford/Brussels, Intersentia/Bruylant, 2006, pp. 458.

viously been proposed by *Drobnig*) as impractical because most if not all foreign PIL Acts at the time still adhered to the *lex situs* also with respect to motor vehicles; a solo effort by the German legislator would not enhance international cooperation and would not be of any use if German cars were sold or pledged abroad.⁸⁹ It goes without saying, that these arguments are no longer viable once a European regulation is on the table. Quite to the contrary, submitting real rights in motor vehicles to the state of registration would present a much more stable connecting factor compared to the *lex situs* and one which is visible for all interested parties through the number plate and the car licence. It would solve a larger part of concrete cases since motor vehicles are both highly valuable and highly mobile and often the subject of secured transactions.

V. CONCLUSION

It seems that the time has come to attempt a unification of international property law on the level of the EU. Like the previous PIL regulations, such act should take the form of a regulation of universal application. GEDIP has already submitted a concrete proposal, a second proposal will hopefully be on the table in the not too distant future. Although private international law cannot bridge gaps which are too wide to fill,⁹⁰ a European regulation can adopt some innovations such as the state of registration as connecting factors for rights in cars, and it will—most importantly—be uniformly interpreted by the Luxembourg court on the background of the fundamental freedoms of the TFEU.

⁸⁹ See K. KREUZER, „Gutachtliche Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Internationalen Privatrechts“, in HENRICH, D. (ed.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1991, p. 37 at 125 et seq.

⁹⁰ See ULRICH DROBNIG, „Entwicklungstendenzen des deutschen internationalen Sachenrechts“, in: LÜDERITZ, A. (ed.), *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende, Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt a.M., Metzner, 1977, pp. 141 et seq., 150: «*Stimmen die [beteiligten] Rechtsordnungen inhaltlich nicht überein, so vermag das Kollisionsrecht nur noch die Parole des Brückenbaus auszugeben, jedoch fehlt in seinem Arsenal das notwendige Baumaterial*».

HARMONISATION OF CONFLICT-OF-LAW RULES ON RIGHTS *IN REM*: A GUIDE TO THE PROPOSAL OF THE EUROPEAN GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW (GEDIP)*

Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ**
Universidad Autónoma de Madrid

SUMMARY: I. INTRODUCTION.— II. STRUCTURE OF THE PROPOSAL.— III. TERMINOLOGY: THE CONCEPT OF PROPRIETARY RIGHTS.— IV. SCOPE OF APPLICATION: 1. Material scope; 2. Universal scope; 3. Temporal scope.— V. GENERAL RULES: 1. *Lex situs* principle; 2. Goods in transit or to be exported and means of transport.— VI. SCOPE OF THE APPLICABLE LAW.— VII. CHANGE OF APPLICABLE LAW (*CONFLIT MOBILE*).— VIII. OTHER PROVISIONS.

I. INTRODUCTION

The purpose of this contribution is to analyse the proposal of the European Group for Private International Law (GEDIP) on the law applicable to rights *in rem* (the «Proposal»)¹. The origin of the project dates back to 2017, when GEDIP approved the suggestion of one of its members to prepare a text on the law applicable to rights *in rem*. Private International Law is largely harmonised in the European Union. In civil

* This paper offers a reduced version of my contribution to the Tribute to Professor S. Symeonides (forthcoming in the *Willamette Law Review*).

** Chair Professor of Private International Law at Universidad Autónoma of Madrid (francisco.garcimartin@uam.es).

¹ The text is accessible at Documents – GEDIP (gedip-egpil.eu) (last visited May 6, 2024)

and commercial matters, there are four main regulations: (i) the Brussels I Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters; (ii) the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations; (iii) the Rome II Regulation on the law applicable to torts; (iv) and the Insolvency Regulation. In addition, the EU Commission has recently presented a Proposal on the law applicable to third-party effects of assignments of claims². However, there is no instrument on rights *in rem* over corporeal assets. In 2017, GEDIP concluded that there was no justification for this gap and agreed to work on this issue. The Proposal was formally adopted in 2021. This first text excluded stolen goods and cultural objects, but in 2023 a consolidated text including a specific chapter on cultural objects was adopted. The intention is that this Proposal can be used by the European Commission as a basis for presenting a formal text in this area³.

II. STRUCTURE OF THE PROPOSAL

The Proposal follows a relatively classical and simple structure based on other EU PIL instruments, in particular the Rome I Regulation. It contains 18 provisions, which are divided into five chapters. Chapter I sets out the material scope of the instrument and its universal character; it also includes some definitions. Chapter II contains the general provisions and includes an article on the scope of the applicable law and another on the *conflict mobile* problem. Chapter III lays down special rules for cultural objects (due to its particularities, this chapter is outside the scope of this paper). And Chapter IV and V contain some provisions dealing with the general problems of the application of the conflict-of-laws rules and the application in time of the proposal.

In this context, it may be important to draw attention to the footnotes that accompany the various operative provisions. These footnotes propose several recitals to be inserted in the text. Their purpose is to clarify the meaning and purpose of the various provisions and thus to provide a framework for their interpretation and application.

III. TERMINOLOGY: THE CONCEPT OF PROPRIETARY RIGHTS

The title of the Proposal uses the term «rights *in rem*» and the provisions refer to «proprietary rights» but with the term «right *in rem*»

² Proposal for a Regulation on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims COM/2018/096 final - 2018/044 (COD) («Proposal on assignments of claims»).

³ It must be noted that the European Association of Private International Law (EAPIL) is also working on an EU instrument on rights *in rem*.

in brackets (see Art. 1(1)). In this respect, EU instruments use different concepts: property ownership⁴, rights *in rem*⁵, proprietary effects⁶ or third-party effects⁷. Taking into account this background, the Proposal contains a definition and a non-exhaustive list of typical proprietary rights in an attempt to reduce the uncertainties caused by this concept when considered from different legal cultures. According to Art. 2(1), «Proprietary rights» means rights over corporeal assets that are effective against third parties (*erga omnes*), such as ownership, security interests (possessory or non-possessory), mortgages, usufruct or servitudes. This definition is inspired by the case-law of the CJEU which refers to rights *in rem* as opposed to rights *in personam*: the difference between a right *in rem* and a right *in personam* is that the former, existing in an item of property (corporeal right), is effective *erga omnes*, whereas the latter can only be claimed against the debtor⁸. It may also include rights of retention, pre-emption rights or statutory liens in so far as they may be effective *erga omnes*.

IV. SCOPE OF APPLICATION

1. Material scope

Article 1 defines the material scope of the Proposal: it determines the law applicable to proprietary rights (rights *in rem*) in corporeal assets. As stated above, this Article must be read in conjunction with Article 2 which defines property rights and also corporeal assets. And with Article 7, which determines the scope of the applicable law. The law designated by the Proposal governs in particular the matters listed in that provision (*infra*).

The Proposal only determines the law applicable to rights *in rem* in corporeal assets. These are defined as assets that are able to be physically possessed, i.e. that exist in the real world (*res quae sunt*). They can be seen and touched, and therefore physical possession can play a

⁴ See Art. 345 Treaty on the Functioning of the European Union.

⁵ See Arts. 8(4) and 24 (1) Brussels I, 4(1)(c), 6(4)(c) or Art. 11(5) Rome I; Art. 8 Insolvency Regulation; Art. 1(2)(k) or 31 of the Succession Regulation (Regulation (EU) No 650/2012 of the European Union and of the Council of 4 July 2012, 27 July 2012, O.J., 107); Arts. 1(2) (g) and 39 of Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes.

⁶ Art. 9(2)(a) of Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements.

⁷ Art. 1(1) of the Proposal on assignments of claims.

⁸ See, for example, CJEU C-438/12, 30 January 2014, Irmengard Weber vs Mechthilde Weber ECLI:EU:C:2014:43; C-605/14, 17 December 2015, Virpi Komu vs Pekka Komu, ECLI:EU:C:2015:833; C-433/19, 11 November 2020, Ellmes Property Services Limited vs SP, ECLI:EU:C:2020:900

key role in protecting legal certainty and the circulation of assets (allocative efficiency). Of course, the term includes both movable and immovable property (see Art. 2(b)). As footnote 1 makes clear, stolen and illegally removed goods other than cultural goods are not covered by this instrument. So far, there has been no agreement within the Group as to whether the general provisions set out in the Proposal should also apply to stolen goods, in particular to the conflict between the original owner and a bona fide acquirer or collateral taker where the asset is stolen in State A and sold in State B. Personally, I see no reason to establish a special rule (as in the case of cultural goods) in this scenario. The *lex rei sitae* provides a balanced solution to the conflict between the original owner and a third party who, in good faith and relying on the *lex situs*, acquires the asset or obtains a security interest in it. The application of the *lex situs* should not depend on how the asset arrived at a particular place, regularly or irregularly⁹. The geographical origin of the asset may be unknown to third parties and therefore, any other solution would jeopardise legal certainty and the circulation of goods in international trade. It has been argued that this may encourage theft and the movement of goods to jurisdictions that are favourable to the protection of good-faith acquirors. In general, however, if theft is to be discouraged, it should not be at the expense of third parties acting in good faith. This is not the function of private law but of criminal law. Criminal law exists to deter theft and to protect property.

A particular problem arises in this respect where corporeal and incorporeal assets, e.g. claims or shares, are represented by a negotiable instrument, eg. a depository receipt, a bearer security or a bill of lading. Footnote 2 clarifies that the Proposal does not apply, in particular, to receivables, rights to the performance of obligations other than receivables, negotiable instruments or negotiable documents in electronic form, rights to payment of funds credited to a bank account, certificated and book-entry securities. This exclusion is merely a clarification as these assets are not corporeal. The only exception is “certificated securities” and negotiable instruments in the form of a certificate. These are corporeal asset that represent or in which a non-corporeal asset is “embodied”. Although there are reasons to apply the provision of this Proposal to the property rights over the certificate as such (i.e. “the piece of paper”), the Proposal excludes them in order to simplify the text. Article 7 (b) also deals with this issue (*infra*).

Article 1 (2) clarifies the material scope of application and contains a list of excluded matters. Apart from the classic exclusions common to other EU instruments, such as the status and capacity of legal and

⁹ Karl KREUZER, *La propriété mobilière en droit international privé*, 259 Recueil des Cours, 13, 54 (1966-III) (“How the asset has arrived at a place —...— has, in principle, no relevancy for a choice of law perspective”).

natural persons, the main purpose of this paragraph and the accompanying recitals is to clarify the relationship with other EU instruments, i.e. Rome I, Rome II, the Insolvency Regulation, the Succession Regulation or the Matrimonial Property Regime Regulation.

With regard to these exclusions, three points are worth mentioning. First, the exclusion of legal capacity means that the law applicable under this Proposal does not govern the question of whether the lack of legal capacity affects the acquisition of a right *in rem* over the asset in question.

Example: if a minor of State A grants a bona fide creditor a security interest in a movable asset situated in State B, the question of whether the creditor has acquired a right *in rem* in that asset due to the lack of capacity of the transferor falls outside the scope of this Proposal. The same applies to legal persons where the act of disposal has not been approved by the competent organ. The status or capacity and its consequences for the creation or transfer of property rights are therefore determined by the internal conflict-of-laws rules of each State (which may, of course, refer back to the *lex rei sitae*). In this respect, it should be noted that, probably inadvertently, the Proposal does not contain a rule similar to Article 13 of Rome I.

Second, footnote 3 seeks to clarify the application of the law designated by this instrument in the different legal systems on the transfer of property, in particular the German system based on the principles of abstraction and separation. The Proposal determines only the law applicable to the requirements for the transfer of proprietary rights, but not to the personal obligations of the parties arising from the underlying contract. According to this footnote, a recital should clarify that where the law applicable under the Proposal requires a valid contract as a condition for the creation, acquisition or transfer of a right *in rem*, the validity of the contract is governed by the law applicable under the Rome I Regulation. Thus, in jurisdictions such as Spain, where the transfer of a proprietary right over a corporeal asset requires both a valid title (e.g. a contract) and the delivery of the asset, the validity of the contract is not governed by this instrument but by the Rome I Regulation. However, this Proposal does determine the law applicable to the agreement transferring property («proprietary agreement» or Verfügungsgeschäft) in those jurisdictions where this is a condition independent from the underlying contract, that merely creates an *in personam* obligation.

Thirdly, several footnotes clarify the relationship between this Proposal, which deals with the law applicable to individual or single assets (*uti singuli*), and other EU instruments which determine the law applicable to a patrimony (estate) as a whole, i.e. a pool of assets and liabilities (*universitas rerum*). In particular, the relationships with the

Regulations on matrimonial property regimes, registered partnerships, succession or insolvency. Furthermore, Article 1 (2) (i) also excludes global transfers by operation of law as a consequence of corporate reorganisations, e.g. mergers or divisions.

Example: if a company of State A (the acquired company) is merged with a company of State B (the acquiring company), the transfer of all assets and liabilities takes place by operation of law (universal succession), and this includes all assets worldwide. In principle, the *lex situs* does not apply, since it only governs individual (or singular) transfers; in other words, the law applicable to the *universitas* prevails over the *lex situs*¹⁰.

2. Universal scope

Article 3 establishes the universal scope of application of the Proposal in line with other EU PIL instruments. According to this provision, any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State. Similarly, the special rules on cultural objects are of a universal application, and therefore not subject to any form of reciprocity: They protect the cultural heritage of third countries even if these countries do not have the same policy towards the EU's cultural heritage.

3. Temporal scope

Article 18 deals with the temporal scope of the Proposal. It is based on the principle of non-retroactivity: the Proposal applies only to proprietary rights created or acquired on or after the date of its application. However, it contains an exception. The law designated by the Proposal will determine the priority between a proprietary right acquired on or after the date of application of the Proposal and a competing proprietary right acquired before this date (see Art. 18.2).

Example. Assuming that the conflict-of-laws rules are different, if a security interest was created under the law applicable before the Proposal is applied, it will continue to be valid and effective thereafter.

¹⁰ See Directive (EU) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, O.J. 12 December 2019, L, see Arts. 131 or 160r. According to the former provision, for example, «A cross-border merger [...] shall, from the date referred to in Article 129, have the following consequences: (a) all the assets and liabilities of the company being acquired, including all contracts, credits, rights and obligations, shall be transferred to the acquiring company». The only exception to this principle of universal succession regards certain formalities that may be required by the *lex situs* (see. Art. 131 (3) or 160r (5)).

However, if a new security interest is created under the conflict-of-laws rules established by the Proposal, the priority between the first security interest and the second security interest will be determined by the law designated by the Proposal.

It should be noted, however, that a similar rule was included in the Commission Proposal on the assignments of claims but was deleted by the Council¹¹.

V. GENERAL RULES

1. *Lex situs* principle

The Proposal adopts the classic solution in this area: the principle of *lex rei sitae* (or simply *lex situs*), and lays down a very standard formulation of this principle. According to Article 4: «The proprietary rights in an asset are governed by the law of the State within the territory of which the asset is located». The connecting factor is the physical location of the asset (*situs naturalis*).

It is a very simple and straightforward rule that provides predictability and legal certainty in a field where this is an essential value, particularly in relation to security interests¹²: A key question for any secured creditor in providing finance is whether its security interest is valid and effective against third parties, and any uncertainty in this regard will be factored into the cost of the credit. Legal certainty in this area thus contributes to the reduction of this cost. The *lex situs* is also the prevailing conflict-of-laws rule in the EU Member States: Article 43 (1) of the German Introductory Law to the Civil Code¹³; Article 10:127 (1) of the Dutch Civil Code¹⁴; Article 41 of the Polish Private International Law Act¹⁵; Article 51(1) of the Italian Private International

¹¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims - General approach, Interinstitutional File: 2018/0044(COD). According to the new provision: «This Regulation shall apply to assignments of claims where the assignment contract has been concluded on or after [date of application]» with no exceptions.

¹² See, for example, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction (2010) at 384: «[...] the law applicable to the property aspects of a security right should be easy to determine. Certainty is a key objective in the development of rules affecting secured transactions, both at the substantive and at the conflict-of-laws levels. Another objective is predictability».

¹³ According to this provision: «(1) Interests in property are governed by the law of the State in which the property is situated».

¹⁴ According to this provision: «Unless provided otherwise in paragraph 2 and 3, the real property regime for things shall be governed by the law of the State on the territory of which that thing finds itself».

¹⁵ According to this provision: «1. Ownership and other property rights shall be governed by the law of the country in which the object thereof is situated».

Law Act¹⁶; Article 87 (1) of the Belgian Private International Law Act¹⁷; Article 46 (1) of the Portuguese Civil Code¹⁸; or Article 10 (1) of the Spanish Civil Code¹⁹; or outside the EU, Articles 99 and 100 of the Swiss Private International Law Act²⁰.

The *lex situs* is also very convincing from a functional perspective: since the rule deals with conflicting interests in a corporeal asset, it provides a common element—a focal point—for those interests. When different parties dispute a proprietary right in an asset, their common element is the asset and its location, and in this sense, the *lex situs* reflects the reasonable expectations of all potentially interested parties (owner, bona fide acquirer, creditor, grantor, debtor and third parties). The *lex situs* also facilitates the enforcement of formal and registration requirements; and the implementation of fundamental legal, social and economic policies: it protects the interest of States on determining the allocation of property rights over assets and the use of those assets within their own territory. Therefore, and after considering other possible alternatives (e.g. party autonomy or the closest connection), the Group did not find a sufficiently convincing reason to depart from the classical approach in this area. In particular, party autonomy is difficult to apply when it comes to effectiveness vis à vis third parties. For example, the grantor and the secured creditor are normally not allowed to choose the law applicable to the priority issue as this could not only affect the rights of third parties but could also result in a priority conflict between two competing security interests being subject to two different laws leading to contradictory results. The same may happen, *mutatis mutandis*, in the case of a double sale, i.e. where the same asset is sold to two different purchasers. If the law chosen in each case is different, the solution to the priority issue may be contradictory. Finally, no escape clause was included precisely in order to ensure the legal certainty and predictability that are essential in this area. In this respect, it may be worth mentioning that although escape clauses are common in other EU instruments (e.g.

¹⁶ According to this provision: «Possession, ownership and other real rights over movable and immovable property are regulated by the law of the State in which the property is located».

¹⁷ According to this provision: «Real rights over property are governed by the law of the State in whose territory the property is located at the time they are invoked».

¹⁸ According to this provision: «The regime of possession, property and other real rights is defined by the law of the State in which territory where things are located».

¹⁹ According to this provision: «Possession, ownership and other rights over immovable goods and publicity thereof shall be governed by the law of the place where such goods are located. The same law shall apply to movable goods».

²⁰ According to these provisions: «Rights *in rem* in immovable property are governed by the law of the place where the property is located» (Art. 99 (1)); «The acquisition and loss of rights *in rem* in movable property are governed by the law of the place where the property is located at the time of the event from which the acquisition or loss is derived» (Art. 11(1)). For more references, Karl KREUZER, fn 17, 44-46; Dieter MARTINY, *Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private International Law*, 2 IPRax-Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 119 (2012).

Rome I or Rome II), the Financial Collateral Directive or the Proposal on the assignments of claims do not include them²¹.

2. Goods in transit or to be exported and means of transport

Apart from cultural goods, the Proposal contains only two special rules that depart from the *lex rei sitae* principle: one for goods in transit or to be exported (Art. 5 of the Proposal), and another for means of transport subject to registration (Art. 6 of the Proposal).

In the first case, the *lex rei sitae* rule does not apply, but the law of the State of destination does. This rule is based on the fact that the current physical location of the asset is temporary, i.e. is transitory, or may be a territory not subject to state sovereignty, and basically allows the transfer or creation of proprietary rights in accordance with the law of the State of destination even if the asset has still to reach that State. In practice, one of the main purposes of this rule is to facilitate the acquisition of an asset with a loan given by a third party since the secured creditor can benefit from the anticipated application of the law of the State of final destination²². This rule is also common in some European States, albeit in different formulations, such as: Article 88 of the Belgian Private International Law Act²³; Article 52 of the Italian Private International Law Act²⁴; Article 10:133 of the Dutch Civil Code²⁵; Article 46 (2) of the Portuguese Civil Code²⁶; or Article 101 of the Swiss Private

²¹ Some EU national laws, however, allow for this possibility; for example Article 43 of the German Introductory Law to the Civil Code («If there is a substantially closer connection with the law of a State other than that which would apply under articles 43 and 45, then that law shall apply»).

²² See Louis D'AVOUT, «Property and Proprietary Rights», in *Encyclopedia of Private International Law* 1428, 1432 (Jürgen BASEDOW, Giesela RÜHL, Franco FERRARI, Pedro DE MIGUEL, eds., 2017) («In export transaction, the future location can be anticipated by the parties. The seller and the buyer, acting under a reservation of title clause, may decide in advance to respect the rules of the future country of location and ignore those of the location at the time of the transaction»).

²³ According to this provision: «The rights and titles to goods in transit are governed by the law of the State of destination».

²⁴ According to this provision: «Rights *in rem* on goods in transit are governed by the law of the place of destination».

²⁵ According to this provision, which follows a more sophisticated formulation: «1. The real property regime for a thing which is transported under an international contract of carriage of goods, shall be governed by the law of the State of destination.

2. If the transport meant in paragraph 1 takes place in the performance of a sale contract or another contract containing an obligation to transfer the transported thing, or in the performance of a contract containing an obligation to establish a real property right in that thing, then the designation of the law which is applicable to that contract, as inserted in that contract, is deemed to be, in derogation from paragraph 1, also to relate to the real property regime applicable to the transported thing».

²⁶ According to this provision: «In everything that concerns the constitution or transfer of real rights over things in transit, these are considered to be located in the country of destination».

Internal Law Act²⁷. The UNCITRAL Model Law on Secured Transactions²⁸ or the French Proposal of an Act on Private International Law also contain a similar rule²⁹. There is, however, a minority of EU States that have opted for the application of the law of the State of origin³⁰.

In order to overcome some of the difficulties in understanding this rule, the Proposal contains a proviso: the right *in rem* is effectively created only to the extent that the asset reaches that State. Otherwise, the *lex rei sitae* rule applies. It also solves a problem where a conflicting right *in rem* has been created under the *lex rei sitae* principle: both rights *in rem* are effective, but the priority is governed by the *lex rei sitae* (see Art. 11 (2) of the Proposal).

Example: The asset is being transported from State A to State C. A lender (Secured Lender X) can create and perfect a security interest on day 1 under the law of State C even though the asset has not yet reached that State, and once it reaches State C on day 30, the security interest is deemed to be perfected from day 1. However, if Secured Lender Y creates and perfects a security interest under the law of State B while the asset is temporarily in that State, the priority between Secured Lender X and Secured Lender Y will be governed by the law of State B.

The other special rule applies to means of transport. These assets are usually located in different States at different moments in time. The *lex rei sitae* rule therefore does not provide an adequate and functional solution in these cases. This explains why EU Member States have also established special rules for means of transport, albeit with different scopes. For example, Article 45 of the German Introductory Act to the Civil Code³¹; Article 89 of the Belgian Private International Law

²⁷ According to this provision: «The acquisition and loss, through legal transactions, of rights *in rem* in goods in transit are governed by the law of the state of destination».

²⁸ See Art. 85.4: «A security right in a tangible asset that is in transit at the time of its putative creation or intended to be relocated to a State other than the State in which it is located at that time may also be created and made effective against third parties under the law of the State of the asset's ultimate destination, provided that the asset reaches that State within [a short period of time to be specified by the enacting State] after the time of the putative creation of the security right»).

²⁹ According to Article 104 of the Proposal: «Goods in transit in France are subject to the law of the state of destination».

³⁰ See, Art. 43 of the Polish Private International Law Act («Property rights to the goods in transportation shall be subject to the law of the country from which they were sent. Where it follows from the circumstances that these rights are more strictly connected with the law of another country, this latter law shall apply»); or Art. 10. II Spanish Civil Code («For the purposes of creating or assigning rights over goods in transit, the latter shall be deemed to be located at their place of dispatch, unless the sender and the recipient were to have explicitly or implicitly covenanted to deem them to be deemed located at their place of destination»).

³¹ According to this provision: «(1) Interests in aircraft, watercraft and rail vehicles are governed by the law of the State of origin. This is:

1. as to aircrafts the State of their nationality,

Act³²; Article 10:127 (3) of the Dutch Civil Code³³; Article 42 of the Polish Private International Law Act³⁴; Article 46 (3) of the Portuguese Civil Code³⁵; or Article 10(2) of the Spanish Civil Code³⁶. However, and in order to ensure legal certainty, the special rules do not apply to all means of transport, but only to those subject to registration. In this case, the publicity provided for by the registration may be the “functional equivalent” of the publicity, and consequent legal certainty, provided for by physical possession. Thus, when the means of transport is subject to registration, the applicable law is «the law of the State under the authority of which the registered is kept» (this wording is taken from Art. 14 of the Insolvency Regulation³⁷). A footnote clarifies what is meant by the phrase «is subject to registration». Not any register will suffice, but only those that evidence proprietary rights. Typically, registries that establish or prove a presumption of ownership or the existence of security interests in the registered asset. Purely administrative registers do not qualify as such since they cannot be considered as «functionally equivalent» to physical possession.

The Group discussed the inclusion of other special rules, in particular where a corporeal asset is functionally linked to a business, i.e. it is part of a production unit carrying out a professional or economic activity. Article 87(2) of the Belgium Private International Law Act,

2. as to watercrafts the State where they are registered, otherwise the home port or home location,

3. as to rail vehicles the State of registration».

³² According to this provision: «Rights to an aircraft, ship, boat or other means of transport registered in a public register are governed by the law of the State in whose territory the registration took place».

³³ According to this provision: «3. The real property regime for registered aircraft and aircraft only registered in a nationality register as referred to in Article 17 of the Convention on International Civil Aviation, concluded at Chicago on 7 December 1944 (Government Gazette 1947, H 165), shall be governed by the law of the State where the aircraft is registered or is registered in the nationality register».

³⁴ According to this provision: «Property rights to the aircraft or to the ship, as well as to the rail vehicle shall be subject to the law of the country in which this aircraft, ship or rail vehicle is registered, and in the absence of the register or registration – to the law of the country where the mother harbour, rail station or any similar place is situated».

³⁵ According to this provision: «The constitution and transfer of rights over means of transport subject to a regime of registration are regulated by the law of the country where the registration was carried out».

³⁶ According to this provision: «Property rights to the aircraft or to the ship, as well as to the rail vehicle shall be subject to the law of the country in which this aircraft, ship or rail vehicle is registered, and in the absence of the register or registration – to the law of the country where the mother harbour, rail station or any similar place is situated».

³⁷ According to this provision: «The effects of insolvency proceedings on the rights of a debtor in immoveable property, a ship or an aircraft subject to registration in a public register shall be determined by the law of the Member State under the authority of which the register is kept».

for example, provides for such a rule³⁸. However, because of the uncertainties that such a rule may create in determining the functional link between an individual asset and a business, or in identifying the relevant connecting factor in these cases, the idea was ultimately rejected.

VI. SCOPE OF THE APPLICABLE LAW

Article 7 of the Proposal contains a rule on the scope of the applicable law. It is a non-exhaustive list of six issues. Four of them are undisputable. The law designated by the Proposal governs (i) the creation, transfer and acquisition, and (ii) the extinction of property rights in corporeal assets, (iii) the nature and content of those rights; and (iv) the priority between competing property rights over the same asset, for example the priority between two secured lenders or a secured lender and a bona fide purchaser.

There are, however, two issues that deserve further explanation: the incorporation of assets into a certificate or a negotiable instrument (letter (b)), and the enforcement of a security interest (letter (e)).

This first issue has already been mentioned above. In order to understand the scope of the Proposal in this respect, it may be helpful to recall briefly the conflict-of-laws problems raised by the so-called «incorporation» or «embodiment» of an asset in a negotiable instrument. In the case of corporeal assets, the law of their physical location (*lex situs*) determines whether title to the relevant assets can be embodied (or «incorporated») in a document —e.g. a receipt or a bill of lading— and transferred by delivery or endorsement of such a document. The negotiable document of title is thus assimilated to a tangible asset and may be possessed and delivered. In such a case, the transfer of ownership or the creation of security interests in the underlying assets would then be governed by the law of the place where the document is located and not by the law where those assets are located. The reasoning is similar in relation to non-corporeal assets. The *lex causae* (e.g. the *lex societatis* for shares or the *lex contractus* for bonds or other instrument that embodied an obligation of payment) will govern the “incorporation” of the underlying non-corporeal asset into a corporeal asset, i.e. the document. This law is the *lex creationis*, i.e. the law under which the negotiable instrument is created. Once the non-corporeal asset is embodied in a document, it is assimilated to a corporeal asset and therefore, the non-corporeal asset circulates through the delivery of the document. It is “as if” the underlying

³⁸ According to this provision: «When the property referred to in § 1 consists of an asset composed of a set of assets assigned to a particular destination, in particular a business, it is deemed to be located on the territory of the State with which the asset presents the closest connection».

asset were incorporated into the document, merely a legal fiction. Thus, in both cases, the process of incorporation raises three main questions: (i) which law governs whether an asset, corporeal or non-corporeal, is validly embodied or incorporated in a negotiable instrument; (ii) if incorporation has occurred under that law, which law governs the creation and transfer of negotiable instruments; (iii) and thirdly, which law would apply to resolve a priority dispute between, e.g., a creditor with a security interest in the document, and another creditor to whom the debtor may have granted a possessory security right in the tangible asset itself, where the document and the tangible asset are not held in the same State.

In order to keep the text as simple as possible, the Grupo opted to exclude the creation and transfer of rights in negotiable instruments from the scope of the Proposal (see footnote 13). The Proposal applies only to the first question and, of course, only in relation to corporeal assets. Conversely, questions (ii) and (iii) are not covered by the scope of the Proposal. However, since the function of this «incorporation fiction» is to treat the underlying asset «as if» it were embodied in a negotiable instrument which is in fact a corporeal asset, the conflict-of-laws rules for corporeal assets should generally apply to them.

The second paragraph of this provision, which is worth highlighting, addresses a problem that is very relevant in practice. Laws vary considerably as to the enforcement of security interests, e.g. by appropriation, private sale, public auctions, or the need for enforcement by a public notary or judicial authority. The means of enforcement is therefore of great importance to any secured lender as not all methods will maximise the price of the encumbered asset in the same way. In principle, Article 7 establishes the natural solution: that this issue is governed by the *lex rei sitae*. However, if there is a change of location, the relevant time is when the security interest is to be enforced (see Art. 8 *infra*).

Finally, a reference to statutory liens may be appropriate. Unlike an attachment or a consensual security interest, a statutory lien is a preference granted by operation of law. These preferences fall upon an asset and are generally effective *erga omnes*. The Proposal makes no express reference to these liens and they should therefore, in principle, be governed by the *lex situs* or, as the case may be, by the law designated by Articles 5 o 6³⁹.

³⁹ This, however, may require a further analysis. See, for example, Article 45 (3) of the German Introductory Act to the Civil Code with regard to means of transport: «The coming into existence of statutory security interests in these vehicles is subject to the law applicable to the underlying claim. The ranking among several securities follows Article 43 paragraph 1».

VII. CHANGE OF APPLICABLE LAW (CONFLIT MOBILE)

Article 8 of the Proposal deals with the problem of *conflict mobile*, i.e. a change in the location of the assets and hence of the *lex situs*. This provision has been particularly problematic, and understandably so, since the main difficulty with the *lex situs* in relation to movable assets is its mutability. Traditionally, this problem has been solved by referring to a moment in time, but in a neutral way: e.g. the law of the State where the asset was located «*at the relevant moment*» applies. And, indeed, Article 10 on cultural goods somewhat follows this approach, but expressly defines the relevant time. Paragraph 1 (b) refers to the law of the State where the object was located at the time of acquisition of possession by the defendant, and paragraph 3 establishes that this is the place the cultural object was delivered on the basis of a legal relationship underlying the acquisition. The Proposal on the assignments of claims referred to the «material time». According to Article 4 (1) «Unless otherwise provided for in this Article, the third-party effects of an assignment of claims shall be governed by the law of the country in which the assignor has its habitual residence at the material time». During the negotiations in the Council, the reference to the «material time» has changed to the «time of the conclusion of the assignment contract».

In principle, it is true that a reference to the «relevant» or «material» time is ambiguous and circular. Thus, for example, the reference to «[...] the law of the place where the property is located at the time of the event from which the acquisition or loss is derived» (see Art. 100 Swiss Private International Law Act or, in similar terms, Art. 42 of the Polish Private International law Act⁴⁰) leads to a circular reasoning. The *lex situs* is determined by the «event from which the acquisition is derived», i.e. by an act which gives rise to a legal consequence, but this act is in turn determined by the *lex situs*: it is not possible to determine whether a legal consequence has materialised without first identifying the applicable law. The approach reminds what mathematicians call iterated functions. Moreover, the reference to the «conclusion of the contract» or the «delivery of the asset based on a legal relationship» does not work well in all circumstances, e.g. when a property right is acquired by adverse possession or usucapion.

In view of these difficulties, Article 8 of the Proposal adopts a different approach, based on the «recognition method». In a different

⁴⁰ According to this provision: «The acquisition and the loss of the ownership, as well as the acquisition, the loss, the change of the content, or of the priority, of other rights *in rem* shall be subject to the law of the country in which the object of these rights was situated at the time when the fact causing the above-mentioned legal effects occurred».

context, this is also the approach taken by the HCCH Convention on Intermediated Securities (see Art. 7) or by the International Law Institute Resolution on human rights and private international law of 2021 (see Art. 18⁴¹). Article 8 has four paragraphs. The first is simply an obligation to recognise a right *in rem* validly created and perfected under the law of the former location of the asset (=old law). This rule also applies when there is a change of country of registration, where the applicable law is determined by Article 6. This is why the provision refers generally to a «change of the applicable» and not to a change of location. The obligation to recognise «a proprietary right» acquired abroad entails the recognition of its effectiveness *vis à vis* the current holder and third parties in general (e.g. the general body of creditors or the insolvency practitioner), and it covers ownership and security interests. This obligation is particularly relevant within the EU market since the non-recognition of a proprietary right created in another Member State may constitute an infringement of the fundamental freedom of movement of goods⁴²; at a universal level, it protects the free circulation of goods.

Example: If a property right is created under the law of State A in favour of X (an owner or beneficiary of a security interest) and is subsequently moved to State B by Y, X may invoke its proprietary right against Y, but also against its general creditors (e.g. an attaching creditor on the basis on an unsecured loan) or the insolvency practitioner if Y enters into insolvency proceedings in State B.

The second paragraph of Article 8 nuances this principle in two ways. The law of the new location («new law») governs (i) the extent and exercise of the proprietary right, (ii) and its priority *vis à vis* another proprietary right created and perfected under the new law. A similar rule, albeit with a different wording, may be found in the law of some European States; for example, Article 43 (2) of the German Introductory Act to the Civil Code⁴³; Article 100 (2) of the Swiss Private International Law Act⁴⁴; or Article 10:130 of the Dutch Civil Code⁴⁵.

⁴¹ According to this provision: «States shall respect private property and other proprietary rights encumbering tangible goods acquired in a foreign State in accordance with its laws».

2. Where a change of the applicable law resulting from private international law is conducive to the loss of rights referred to in paragraph 1, the forum State shall grant the holder an equivalent right to the extent possible».

⁴² See Eva M KIENINGER, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt. Zum Einfluß der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten* (1996).

⁴³ According to this provision: «If an asset, to which property interests attach, gets into another State, these interests cannot be exercised in contradiction to the legal order of that State».

⁴⁴ According to this provision: «The scope and exercise of rights *in rem* in movable property are governed by the law of the place where the property is located».

⁴⁵ According to this provision: «Real property rights in a thing that have been acquired or established in conformity with the present Title (Title 10.10), remain vested in that thing, also

The «extent» of the proprietary right may be relevant if, for example, the new law is based on a *numerus clausus* system into which the proprietary right created under the old law does not fit exactly. But, in such a case, the third paragraph of Article 8 establishes an obligation to transpose the proprietary right in question. According to this paragraph, where a person invokes a proprietary right to which he or she is entitled under the old law and the new law does not know the proprietary right in question, that right shall, if necessary and to the extent possible, be transposed into the closest equivalent proprietary right under the new law, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right and the effects attached to it. The wording of this provision is inspired by the rule on adaptation contained in other EU instruments⁴⁶, but the Group concluded that the term «*transposition*» was technically more correct than «*adaptation*»⁴⁷.

On the other hand, priority is also governed by the new law. The Proposal refers to a conflict between the proprietary right created under the old law, which must be recognised, and a proprietary right created under the new law. The term «competing proprietary right created under the new law» is intended to convey the idea that the effectiveness of a proprietary right against third parties in general (an attaching creditor or the insolvency administrator) is not covered by this paragraph but by the first one. A priority issue arises only where there is a new act of disposal, e.g. a transfer of property under the new law or a security interest perfected under the new law⁴⁸.

Example. If a proprietary right is created under the law of State A in favour of X (i.e. X is the owner of the asset or the beneficiary of a non-possessory security interest) and the asset is subsequently transferred by Y to State B, X may invoke its proprietary right against Y, but also against its general creditors (for example an attaching creditor under an unsecured loan) or the insolvency practitioner if Y falls bankrupt in State B. However, if Y creates a second security interest under the law

when that thing is moved to another State. These real property rights cannot be exercised in a way which is incompatible with the law of the State on the territory of which that thing finds itself at the moment that these rights are exercised».

⁴⁶ See, for example, Article 31 of the Succession Regulation («Where a person invokes a right *in rem* to which he is entitled under the law applicable to the succession and the law of the Member State in which the right is invoked does not know the right *vis à vis* in question, that right shall, if necessary and to the extent possible, be adapted to the closest equivalent right *in rem* under the law of that State, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right *vis à vis* and the effects attached to it»); or Article 29 of the Matrimonial Property Regimes Regulation, in similar terms.

⁴⁷ See H. LEWALD, *Règles générales des conflits de lois (Contribution à la technique du droit international privé)*, 69 Recueil des Cours (1939) 1.

⁴⁸ The term is used with the same meaning as in Art. 7.4 and 7.5 HCCH Securities Convention or Recommendations 76-109 of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions.

of State B in favour of Z, the priority (conflict) between X and Z will be governed by the new law. This paragraph is based on the rationale that the protection afforded by the new law requires an act of disposal in State B: only in such a case is the protection of a legitimate interest of a third party, who has paid or granted credit relying on that law, justified. Conversely, in the case of a simple attaching creditor or the insolvency practitioner there is no sufficient reasons to depart from the principle of recognition laid down in paragraph 1⁴⁹. Moreover, there may also be reasons to qualify the application of this rule where the acquisition of the proprietary right under the new law has been based on the mere passage of time, i.e. where it has taken place by liberative prescription or adverse possession.

Finally, the last paragraph of Article 8 deals with cases where the acquisition of a right *in rem* requires successive acts or a certain period of time, e.g. adverse possession, and the asset is moved from one State to another before the definitive acquisition of the proprietary rights has materialised, i.e. before the crystallization of the property right in accordance with the old law. In such a case, the rule makes it clear that the facts that took place under the old law are to be considered as if they had taken place under the new law. There is a similar provision in the laws of some European States: for example, and both formulated as unilateral rules, in Article 43 (3) of the German Introductory Act to the Civil Code⁵⁰; or Article 102 (1) of the Swiss Private International Law Act⁵¹. This rule is of a material-law nature, and this explains its unilateral formulation in the national laws, but since the Proposal is to be applied at supranational level, there is no objection to its bilateralisation, at least within the EU.

Example 1. The asset is transferred from State A to State B by the current holder (Y) who is not its legal owner. Under the law of State B, Y can acquire ownership by adverse possession for 15 years. This rule applies, but the period during which Y possessed the asset in State A is also counted for this purpose⁵².

⁴⁹ See, for a critical view on this approach and advocating for a «grace period», Rocio Caro Gandara, *La fiducia como garantía en el comercio internacional* 152-199 (2023).

⁵⁰ According to this provision: «If a property interest in an asset that is removed from another State to this country, has not been acquired previously, as to such acquisition in the country, facts that took place in another State are considered as if they took place in this country».

⁵¹ According to this provision: «When movable property arrives in Switzerland and the acquisition or loss of a right *in rem* has not yet taken place abroad, the events that have occurred abroad are deemed to have occurred in Switzerland».

⁵² It is debatable, however, whether the rule would apply in this other example: The asset is located in State A, whose law requires a valid contract and the physical delivery of possession for the transfer of ownership over it to occur. X (seller) and Y (buyer) concludes a sale contract when the good is in State A, but before its physical delivery, the good is transferred to State B, where the property is acquired by a mere agreement (a valid sale contract or *nulo consensu*). Under the literal meaning of this provision, since the asset enters State B, Y will be considered

VIII. OTHER PROVISIONS

Apart from the special rules on cultural goods, the Proposal contains six additional provisions dealing with (i) overriding mandatory rules (Art. 12), (ii) public policy (Art. 13), (iii) exclusion of renvoi (Art. 14); (iv) application in States with more than one legal system (Art. 15); (v) relationships with other EU instruments (Art. 16); and (vi) international conventions (Art. 17).

These provisions follow a traditional formulation common to other EU instruments⁵³; only the article dealing with overriding mandatory rules or provisions (OMP) has given rise to some discussion within the Group and is in fact not entirely closed. Article 12 contains the standard definition of OMP in EU instruments but refers only to the application of the OMP of the *lex fori*. Unlike the Rome I Regulation, it does not provide for the possibility of giving effect to the OMP of third countries (see Art. 9.3). Personally, I think this is the right approach. Firstly, a parallel provision to that in the Rome I Regulation does not make sense in this context. Article 9.3 Rome I imposes very strict conditions for its application which by definition cannot be met in the field of proprietary rights: they should be provisions of «the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed», and «in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful». It should also be noted that Article 9.3 of Rome I largely compensate for the fact that this Regulation is based on a principle of almost unlimited party autonomy to determine the applicable law, at least in contracts between professionals (see Art. 3.1). As the parties may select any law, irrespective of whether or not it has a connection with the contract, the possibility of giving effect to third-country OMPs may be justified. Conversely, the Proposal on rights *in rem* is based on an objective connecting factor which leaves no room for party autonomy. The *lex situs* provides a balanced and neutral focal point, and there seems to be no reason to interfere with its application by giving effect to another law.

the owner. See, on this issue, Kreuzer, fn 17, 60, 116-134. A similar conclusion may be reached if it qualifies as a good in transit or to be exported.

⁵³ The Proposal excludes renvoi (see also UNCITRAL Legislative Guide, at 386: «The doctrine of renvoi (under which a State's law includes its conflict-of-laws rules) is excluded, for the sake of predictability and also because renvoi may lead to results that run contrary to the expectations of the parties»). As regards multi-unit States, it makes a direct reference to the applicable law in the case of States with more than one legal system. These two provisions were not extensively discussed, and, in principle, they have the advantage of simplifying the application of the instrument. However, in the case of multi-unit States, the approach may require some additional considerations (see UNCITRAL Legislative Guide, at 409).

Second, and more importantly, in the area of rights *in rem*, predictability, legal certainty and the protection of validly acquired proprietary rights over an asset are of paramount importance. In particular, as noted above, the proper functioning of the credit market requires the protection of security interests. In a secured transaction, the secured creditor will normally want to ensure that its rights will be recognised in all jurisdictions where enforcement might take place, including a jurisdiction that is administering insolvency proceedings in respect of the grantor and its assets. Indeed, sophisticated secured lenders typically require legal opinions on the validity, effectiveness and enforceability of security interests. Regulators insist on risk management and compliance measures to assess and manage market, credit and liquidity risk. An open-ended clause allowing for the potential application of third-country OMP may jeopardise these objectives, and the costs associated with this uncertainty are likely to be passed on to debtors⁵⁴.

⁵⁴ See UNCITRAL Legislative Guide, p. 384.

CHOICE OF LAW IN LAND SECURITY RIGHTS – AN IMPOSSIBLE SOLUTION?

Afonso PATRÃO*
Universidade de Coimbra

SUMMARY: I. SCARCITY OF INTERNATIONAL MORTGAGES IN THE EUROPEAN UNION.— II. LEGAL DISPARITY IN MORTGAGE LAW AND *SITUS RULE*: AN UNAVOIDABLE OBSTACLE TO THE EUROPEAN MORTGAGE MARKET?— III. THE FOUR MAIN GROUNDS OF THE *SITUS RULE*: 1. *Lex rei sitae* as a consequence of territorial sovereignty: 1.1. *Imposition of (public) international law*; 1.2. *Effectiveness reasons*; 1.3 *Economic sovereignty and economic policy reasons*; 2. The nature of things; 3. Third party protection: 3.1. *Do third parties really need protection?*; 3.2. *Protection of third parties in mortgage: Land Registry, more than the applicable law*; 4. International Consistency.— IV. CONCLUSIONS.

I. SCARCITY OF INTERNATIONAL MORTGAGES IN THE EUROPEAN UNION

«*Less than 1% of European mortgage credit is cross-border*»¹. It was these statistics that alerted me to the existence of an obstacle for the creation of a European market of land security rights. Within the European Union, which is supposed to guarantee free movement of capital, the volume of international mortgage credit is surprisingly low, contrary to what we would be led to believe by the progressive European integration (i) and by the importance of mortgage credit in

* Professor of Private International Law at the University of Coimbra; Member of the UCILeR — University of Coimbra Institute for Legal Research

¹ M. JARDIM, «A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXV, 2009, pp. 743-763, p. 743.

domestic transactions (ii). In fact, 99% of all mortgage-backed credit is *exclusively domestic*.

If mortgages are considered the most important security rights in internal transactions, for some reason they don't enjoy the same status when it comes to international transactions (even intra-European). Economic actors shy away from mortgages and prefer other security rights. To put it in concrete terms: if a Portuguese company wants to take out a loan from a German bank² and offers a mortgage on the premises of its head office (in Coimbra) as security, the most likely reaction from the German bank will be to *refuse* such security right; or, at the very least, to set the cost of the loan so high as to make the contract unviable. As a result, the company will either get finance from a national bank (creating internal mortgage credit); or it will offer the German bank a different security right; or it will be prevented from taking out the loan, perhaps giving up a certain investment it was planning to make.

This is unexpected, because of the quality of mortgages and hypothecs as security rights. If a loan is associated with the risk of debtor's failure, security rights have historically arisen in this context, giving the lender greater confidence. When it comes to long-term loans, Land security rights are usually preferred, because the durability and the stability of value of immoveable property tend to be greater than those of personal assets³.

In fact, mortgages or hypothecs offer important advantages to both parties: for the debtor, it allows to keep possession, using the asset, enjoying its utilities and allowing it to be used in an economic activity; for the creditor, it provides the security of assigning immovable property (which tends to be perennial) to guarantee a certain sum, granting the right of being satisfied at cost of the property with preference over other creditors. The mortgage has thus taken on enormous social importance: it favours economic development by allowing access to credit for investments, since the property built or acquired will *itself* provide as a security right for the loan and, at the same time, the asset can be put at the debtor's control. For this reason, it is traditionally considered the «queen of security rights» and it is directly related to property investments⁴.

² In fact, most mortgages are held by banks — cfr. M. B. AALBERTS, «The Globalization and Europeanization of Mortgage Markets», *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 33, n.º 2, 2009, pp. 389-410, p. 394.

³ Cf. B. FOËX, «L'Eurohypothèque», *L'Européanisation du droit privé: Vers un Code civil européen?*, ed. F. WERRO, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1998, pp. 481-496, p. 482 («en raison de la stabilité de la valeur des biens qu'ils grèvent, les gages immobiliers sont des garanties particulièrement sûres»).

⁴ Cf. JOÃO ANTUNES VARELA, «Constituição de Hipoteca a favor de bancos prediais», *Colecção de Jurisprudência*, Ano XVI, Tomo III, 1991, pp. 47-54, p. 50; LAURENT AYNES E PIERRE CROQ, *Les Sûretés — La publicité foncière*, Editions juridiques associées, Paris, 2003,

This is not only an historical fact, but it is still a reality nowadays. Even though there is a setback of classic security rights since the second half of the 20th century, mortgages and hypothecs continue to play a key role in bank financing in the EU. By the end of 2013, the amount of mortgage credit for house purchase granted in EU was 46.2 per cent of the total GDP of these countries (rising to 51 per cent if we look only at the Eurozone), numbers that increase if we consider credit for other purposes secured by mortgage⁵.

In an economically integrated market (the European Union) it would be expected that the statistical figures for international mortgage credit would be alike. However, if we look at the volume of mortgage credit in cross-border transactions, the result is clearly different. In fact, mortgage credit is almost exclusively a domestic reality, and the volume of cross-border bank financing in the EU backed by mortgages is practically irrelevant: less than 1% of all international credit granted, even when we consider relations between creditor and debtor from the same Member State: “*like Nessie, the famous Loch Ness dweller,*

p. 241; G. C. CHESHIRE, E. H. BURN e J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's modern law of real property*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 718; ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca: caracterização, constituição e efeitos*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 11 e 21; ULRICH DROBNIG, “Security Rights in Movables”, *Towards a European Civil Code*, 3.^a Edição, ed. ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 741-755, p. 745 (“*the decisive advantage of a non-possessory security is that the debtor may retain the charged goods*”); MANUEL B. AALBERTS, “The Globalization...”, *cit.*, p. 390 (“*Mortgage markets are not just important due to their sheer volume — € 4.7 trillion outstanding mortgage loans in the European Union at the end of 2004; €11.3 trillion worldwide (EMF, 2005) — but also because most homeowners depend on them, because they fuel the economy both directly and indirectly (through equity withdrawal)*”); DORA MARTINS DE CARVALHO, “A comercialização da hipoteca”, *Revista Forense*, Ano 79, vol. 282, 1983, pp. 43-65, p. 43; ANDREA BONOMI, “La nécessité d’harmonisation du droit des garanties réelles mobilières”, *L’Européanisation du droit privé: Vers un Code civil européen?*, ed. FRANZ WERRO, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1998, pp. 497-515, p. 499; JÜRGEN BAUR e ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, 17.^a Edição, Beck, Munique, 1999, p. 386 (“*Als Kreditsicherungsmittel bedeutsam sind schließlich Grundstücke. Auf sie bezieht sich das Grundpfandrecht*”).

⁵ Cf. HYPOSTAT 2014 — *A review of europe's mortgage and housing markets*, disponível na internet via http://www.hypo.org/PortalDev/Objects/6/Files/Hypostat_2014.pdf, consultado em 9 de Julho de 2015, p. 88 (vide também a nota explicativa pp. 96-97); GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets — Report of the Forum Group on Mortgage Credit*, Comissão Europeia, disponível na internet via http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf, consultado em 20 de Agosto de 2012, p. 11; THOMAS WACHTER, “La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l’Union européenne — L’Eurohypothèque”, *Notarius International*, vol. 4, n.º 4, 1999, pp. 174-188, p. 176; COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a integração dos mercados de crédito hipotecário na UE — COM(2007)807 Final*, Bruxelas, 2007, p. 2; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca: Exposição da proposta e suas características principais*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (policopiado), Coimbra, 2008, p. 64; ARMINDO SARAIVA MATIAS, *Garantias Bancárias Activas e Passivas*, Edições Scripto, Lisboa, 1999, p. 48; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, “El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca”, *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, n.º 93, 2001, pp. 369-383, p. 369, nota n.º 2.

everybody speaks about cross-border residential mortgage financing but nobody has really seen anything"⁶.

II. LEGAL DISPARITY IN MORTGAGE LAW AND SITUS RULE: AN UNAVOIDABLE OBSTACLE TO THE EUROPEAN MORTGAGE MARKET?

As explained elsewhere⁷, there are several obstacles to the acceptance of a land security right on an asset located abroad. There is not much controversy about this problem: the reasons for the scant use of security rights in immoveable property in intra-European transactions

⁶ Cf. ERIC KLESTA, "Experience in Cross-Border Residential Mortgage Lending in the EU: Examples from Portugal and Greece", *Housing Finance International*, December 2003, 2003, pp. 15-20, p. 15.

Vide also AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, "Foreword", *Basic Guidelines for a Eurohypothec — Outcome of the Eurohypothec workshop November 2004/April 2005*, ed. AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 3-4, p. 3 ("there is no internal market of mortgage loans, it is mostly national one"), apesar de a sublinhar que o volume total de crédito hipotecário ultrapassa "more than four 3 trillion euros"); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Las garantías contractuales (fianza, garantías autónomas y cartas de patrocinio en el comercio internacional)", *Contratos Internacionales*, ed. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1186-1274, p. 1187 ("Una de las especialidades más destacables del comercio internacional, en el plano fáctico, se concreta en la preferencia de los operadores internacionales por las garantías personales"); OTMAR STÖCKER, "Real estate liens as security for cross-border property finance. The Eurohypothec — a security instrument with real prospects", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 703, 2007, pp. 2255-2277, p. 2267 ("It is not yet possible to talk of a pan-European single market in mortgage loans, however; indeed, the mortgage market is mostly nationally orientated"); MANUEL CASERO MEJIAS, "La Eurohipoteca", tradução de «Die Eurohypothek», OTMAR STÖCKER, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 620, 1994, pp. 91-182, p. 91 ("No puede olvidarse cómo el crédito hipotecario es el que mayor volumen de financiación genera, singularmente en la construcción y consiguiente adquisición de viviendas"); ANDREAS LUCKOW, "Charts on business structures", *Basic Guidelines for a Eurohypothec — Outcome of the Eurohypothec workshop November 2004/April 2005*, ed. AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 24-38, p. 25; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothec: a common mortgage for Europe", *The Conveyancer and the Property Lawyer*, 2005, pp. 32-52, p. 35 e *Looking for a model for a Eurohypothec*, European University Institute, disponível na internet via <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Background%20Paper%20Eurohypothec.pdf>, consultado em 9 de Outubro de 2012, p. 2 ("trans-national mortgage lending is practically non-existent") e "The Integration of the Mortgage Markets in Europe (part 1)", *Silesian Journal of Legal Studies*, vol. 3, 2011, pp. 39-57, p. 47; GARY WATT, "The Eurohypothec and the English Mortgage", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, n.º 2, 2006, pp. 173-193, p. 176 ("The EU internal market for banks has been established since 1 January 1993, but cross border financing of real estate investments continues to be an exception"); BRAM AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Intersentia, Antuérpia, 2008, p. 506; KLESTA, *cit.*, p. 16.

⁷ AFONSO PATRÃO, *Autonomia conflitual na hipoteca e reforço da cooperação internacional: removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias*, Livros Horizonte, Lisboa, 2017, pp. 67ss.

are undisputed, so the quarrels are only about what the *main cause* is: legal disparity of mortgage law, associated with the *situs rule*; inflexibility of mortgage law; legal uncertainty on insolvency or enforcement rules; discrepancy of Land registry legal effects; difficulties on contracting a land security right outside the territorial State.

On the first problem, the fact that land security rights are subject to *lex rei sitae*, coupled with the profound disparity between national laws (both in substantive law and in registry protection) and the rigidity of their regulation, leads to very different levels of protection depending on what is the territorial state. Since mortgages and hypothecs tend to be governed by *mandatory rules*, there is significant variation in the legal position of the mortgage creditor depending on the law applicable to the legal relationship (which cannot be chosen by the parties).

Therefore, the lack of substantive uniformity and the compulsory application of *lex rei sitae*⁸ discourages the use of international mortgages, since the creditor is hounded by uncertainty as to the protection afforded by a foreign jurisdiction. The creditor will need information and advice to assess the level of protection granted by foreign law, passing such costs to the debtor (which can be significant, as in the territorial state there can be several types of mortgages, difficult for a foreign operator to understand). Accepting a foreign mortgage means taking on the risk of accepting an *unknown security right*, which could be “*tan aleatoria que resultará no solo ineficaz sino gravosa*”⁹.

⁸ Legal disparity would not in itself be an insurmountable obstacle, because it is a *fact of life* in several domains (A. V. M. STRUYCKEN, “Co-ordination and co-operation in respectful disagreement”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 311, 2004, pp. 9-552, p. 55). The specificity is that this legal disparity is associated with a compulsory application of *lex rei sitae*, preventing the feasibility of opting for a law more suited to the claims of the parties (AFONSO PATRÃO, *Hipoteca e Autonomia Conflitual*, Gestlegal, Coimbra, 2018., p. 200).

⁹ Cfr. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “Las Garantías...”, *cit.*, p. 1188. Emphasizing the disparity of mortgage law as an obstacle to cross-border mortgage credit, cfr. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Ed. Comares, Granada, 2011, p. 77 (“*En efecto, si la Ley aplicable a una situación jurídica es más severa o, simplemente, es diferente en los distintos Estados miembros, los particulares pueden sentirse «desincentivados» a circular por la UE. La diversidad de Leyes aplicables a una misma situación privada internacional en los Estados miembros opera, en estos casos, como un auténtico obstáculo a las libertades de circulación de la UE*”); JEAN-FRANÇOIS GOJON, “Loi réelle et loi de la créance dans le crédit hypothécaire: un concours encore incertain”, *Mélanges en l’Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 169-181, p. 170 (stating that Banks often regard the security right “*comme un «corps étranger» par rapport au reste du contrat*”); SERGIO NASARRE AZNAR, “The Eurohypothec: a common...”, *cit.*, p. 32 (“*The main problems are the differences between the laws on mortgages in the different European countries*”); ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, “Garantías sobre Bienes Inmuebles: La Eurohipoteca”, *Derecho Privado Europeo*, ed. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 987-1007, pp. 990-993 (“*De entre todas ellas, hay una que destaca sobre el resto: las grandes diferencias que existen, por una parte, en la regulación de los derechos reales de garantía sobre inmuebles —en concreto, de las hipotecas— que se contemplan en los distintos Estados miembros y, por otra, en los sistemas de publicidad*”).

registral”); ULRICH DROBNIG, “The law governing credit security”, *The Private Law Systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code*, ed. PARLAMENTO EUROPEU — DIRECTORATE GENERAL FOR RESEARCH, Bruxelas, 2000, pp. 57-82, p. 57 (“rooted in the strong traditions in the domain of land law and influenced by the close connection that exists between land law and the prevailing system of land registration, these provisions diverge very sharply”); THOMAS WACHTER, “La garantie...”, *cit.*, p. 174 (“le marché commun européen des sûretés n’a pas encore pu être réalisé en raison des différences des systèmes hypothécaires qui sont traditionnellement marqués par les droits nationaux”) and “Die Eurohypothek — Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt”, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM — Wertpapier Mitteilungen)*, vol. 53, n.º 2, 1999, pp. 49-70, p. 49; GARY WATT, “The Eurohypothec...”, *cit.*, p. 176 (“This is attributable in large part to differences between national laws governing security over immovable assets”); LONDON ECONOMICS, *The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets — Report for European Commission, DG-Internal Market and Services*, London, 2005, p. 9 (“lenders tend to be discouraged from lending across borders by the fact that they would be bound by the legal system of the borrowers’ country”); MÓNICA JARDIM, “A euro-hipoteca...”, *cit.*, p. 743; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 49; ARMINDO SARAIVA MATIAS, “Obrigações Hipotecárias e Titularização de Créditos Hipotecários”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXV, 2009, pp. 621-637, p. 623; ISABEL MENÉRES CAMPOS, “O Direito Português da Hipoteca”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pp. 725-742, p. 725; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, *cit.*, p. 42; AGNIESZKA DREWICKS-TULODZIECA, “Foreword”, *cit.*, p. 3; ANDREAS LUCKOW, “Charts...”, *cit.*, p. 25; ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, “Derechos de Garantía sobre Bienes Muebles”, *Derecho Privado Europeo*, ed. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 967-985, p. 967; EVELINE RAMAEKERS, *European Union Property Law — From Fragments to a System*, Intersentia, Cambridge — Antwerp, 2013, p. 5; , pp. 54 e 81; ROY GOODE, “The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment”, *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ed. ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 757-767, p. 757; HENDRIK PLOEGER e BASTIAAN VAN LOENEN, *Response to the Green Paper on Mortgage Credit in the EU*, disponível na internet via http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/comments/priv-nl_ploeger_vanloenen-en.pdf, consultado em 9 de Julho de 2015, p. 1; BRAM AKKERMANS, “Property law and internal market”, *The Future of European Property Law*, ed. SJEF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS e BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 199-246, p. 223; DOMINIQUE SERVAIS, *Intégration des marchés financiers*, Commentaire J. Mégret, 3.ª Edição, Editions de l’Université de Bruxelles — Institut d’Études Européennes, Bruxelles, 2007, p. 364; NINA SCHERBER, *Europäische Grundpfandrechte in der nationalen und internationalen Insolvenz im Rechtsvergleich*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004, p. 152; CLAUDIO SEGRÉ, *The Development of a European Capital Market*, Comissão Europeia, disponível na internet via http://aei.pitt.edu/31823/1/Dev_Eur_Cap_Mkt_1966.pdf, consultado em 9 de Julho de 2015, p. 177; NURIA BOUZA VIDAL, “Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea”, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, ed. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS e SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 551-570, p. 551; ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT e ALFONSO YBARRA BORES, “La armonización del crédito hipotecario en la Unión Europea”, *Revista Análiza de Derecho del Turismo*, n.º 5, 2011, pp. 115-145, p. 122; WULF-HENNING ROTH, “Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU’s Mandate for Legislation”, *The Future of Secured Credit in Europe*, ed. HORST EIDENMÜLLER e EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 36-67, p. 38; OLIVA ROCÍO DIÉGUEZ, *La eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria*, eScholarship, disponível na internet via <http://escholarship.org/uc/item/2s48r5vn>, consultado em 9 de Julho de 2015, p. 3; ALAIN GOURIO, “Le nouveau cadre juridique juridique du crédit aux particuliers en Europe”, *Revue de droit bancaire et financier*, vol. 4, n.º 2, 2003, pp. 128-147, p. 142; EUROHYPOTHEC RESEARCH GROUP, *Response*

Basically, the rigidity of *lex rei sitae* throws creditors to an *unidentified security right*, ruled by foreign law (written in a language not understandable to the creditor) and which contours are unfamiliar. This security right (intended, after all, to reassure the creditor's fears) will necessarily be different from the one idealised by the creditors on the basis of the law of the state where they usually do business: it will provide different powers, different deadlines, different allocations to the secured obligation, unequal admissibility of covenants that shape the security, inclosing the foreign mortgage in the haze of a truly unknown legal figure. All this is aggravated by the mandatory nature of mortgage rules throughout Europe, restricting private autonomy and the feasibility of adapting the institute to the interests of the parties.

It is this context that brought me to a simple question: would it be impossible to allow a *different connecting factor* in mortgage law? Would it be possible for mortgagor and mortgagee to *choose* the applicable law to a Land security right? The question brought is, in simple terms, whether the application of *lex rei sitae* is truly inevitable. Or, differently, if it is possible to foster the European mortgage market by allowing *party autonomy* — the possibility for creditor and owner to *choose* the applicable law to a land mortgage.

In fact, some legal literature stresses out the answer to that question is not as obvious as anticipated. Is it debatable whether the grounds of the *situs rule* for rights *in rem* are always transposable to *security rights*. In fact, the application of *lex rei sitae* to security rights was as

to the *Green Paper on Mortgage Credit in the EU*, disponível na internet via http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/comments/priv-es_eurohypothec-es.pdf, consultado em 24 de Março de 2015, p. 9.

The widespread conviction that this disparity *exists* seems to justify a huge contrast between the vast number of comparative law studies in the field of obligations and the rarity of works dedicated to comparing property law in the EU (cfr. SJEFF VAN ERP, "A Comparative Analysis of Mortgage Law: searching for principles", *Land Law in Comparative Perspective*, ed. ELENA SÁNCHEZ JORDÁN e ANTONIO GAMBARO, Kluwer Law International, Haia, 2002, pp. 69-86, p. 69). In fact, disparity in applicable law associated with the *situs rule* is precisely one of the problems in the field of security interests in movable assets (cfr. EVA-MARIA KIENINGER, "Securities in Movable Property within the Common Market", *European Review of Private Law*, vol. 4, n.º 1, 1996, pp. 41-66, p. 47; ROTH, *cit.*, p. 39).

On land registry disparity, *vide* ADRIANO VAZ SERRA, "Hipoteca", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 62 e 63, 1957, pp. 5-364 e 193-396, p. 7; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do Registo Predial — Terceiros para efeitos do Registo Predial*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 175ss; JAAP ZEVENBERGEN, *Systems of Land Registration — Aspects and Effects*, NGG — Nederlandse Commissie voor Geodesie, Delft, 2002, p. 6; OTMAR STÖCKER, "Real...", *cit.*, p. 2257; GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 29; HENDRIK PLOEGER e BASTIAAN VAN LOENEN, *Response...*, p. 1; SJEFF VAN ERP, "A Comparative...", *cit.*, p. 86; OLIVER REMIEN, "Immobiliarsachenrecht in Europa — Skizze eines unvermessenen Gebiets", *Festschrift Tugrulansay zum 75. Geburtstag*, ed. SABİH ARKAN e YONGALIK AYNUR, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 307-321, p. 309.

only a consequence of the creation of creating a *general rule* for all property rights, prior to the *dépéçage* trend¹⁰.

Therefore, the question arises: is it *really* an impossible solution to allow (limited) party autonomy on the applicable law to land security rights?

III. THE FOUR MAIN GROUNDS OF THE *SITUS RULE*

As explained elsewhere¹¹, there are four main reasons sustaining the *situs rule* in property rights on immoveable property: (i) public law requirements — possible imposition from international law; effectiveness reasons; public policy and articulation with public law; (ii) the nature of the things; (iii) third party protection; (iv) international consistency.

The purpose of this article is to test if, with the aim of favouring a European mortgage market, those reasons make impossible to replace the *situs rule* by *limited party autonomy*, through a European regulation, limiting the choice do Member States laws.

1. *Lex rei sitae* as a consequence of territorial sovereignty

Territorial sovereignty is one of the grounds for applying the *lex situs* to rights *in rem*. This idea is supported by three lines of reasoning.

1.1 *Imposition of (public) international law*

The necessary application of *lex rei sitae* can be rooted in the *internationalist theses* of the late 19th century, according to which the rules on the conflict of laws are national expressions of general commands deriving from international law. According to these arguments, the *situs rule* is mandatorily imposed by norms of (public) international law, but the authors differ as to its basis — obligation to guarantee security

¹⁰ Cfr. DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit international privé*, Vol. II, Partie spéciale, 2.^a Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 38 (“*le fondement historique du rattachement du statut réel à la lex rei sitae, du moins dans sa configuration contemporaine, est largement discutable*»); ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, “Introduction”, *Party Autonomy in International Property Law*, ed. ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 1-7, p. 6 (“*It is doubtful whether traditional objections to the idea of party autonomy in [international] property law still hold*”).

On the application of *lex rei sitae* to security rights as a consequence of a *general rule* for all property rights, cfr. GIULIO DIÉNA, “Les conflits de lois en matière de droits réels à l’Institut de Droit International”, *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, vol. VII, 1911, pp. 561-586, p. 562; ANNA GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 20ss.

¹¹ AFONSO PATRÃO, *Hipoteca e Autonomia...*, cit., pp. 174ss.

(MANCINI), existence of a true connection (FRANKENSTEIN) or social purpose of the rules (PILLET)¹².

These theses are overcome. There are no longer those who support the existence of an international obligation on establishing *lex rei sitae* as a connecting factor and who claim there is state liability if a national lawmaker decides on a different rule. In fact, this has been confirmed by international law itself, while some international conventions hamper the scope of application of *lex rei sitae*¹³. Furthermore, the supposed existence of *ius gentium* rules establishing a comprehensive system of private international law is clearly contradicted by the divergence of national jurisdictions on private international law¹⁴.

The thesis according to which the *situs rule* has become a customary norm of public international law — the modern reasoning sustaining an *international obligation* of applying *lex rei sitae* — is also unfounded. The mere fact that certain rules are widely used does not turn them into commandments of public international law¹⁵: the existence

¹² Vide AFONSO PATRÃO, *Hipoteca e Autonomia*..., cit., pp. 179ss.

¹³ Consider, for example, the 2006 Hague Convention on the law applicable to securities held by intermediaries.

¹⁴ Cf. LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 201; OTTO KAHN-FREUND, “General Problems of Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1974-III, Tomo 143, 1974, pp. 139-474, p. 170; JÜRGEN BASEDOW, “The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 360, 2012, pp. 9-516, p. 108; ROBERTO BARSOTTI, “Diritti reali nel diritto internazionale privato”, *Digesto delle Discipline Privatistiche — Sezione Civile*, Tomo V, UTET, Torino, 2002, pp. 409-436, p. 416.

The universalist theses began to be questioned at the very beginning of the 20th century. Vide FRANZ KAHN, *Die einheitliche Kodifikation des internationalen Privatrechts durch Staatsverträge*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1904, pp. 11ss (arguing that the international negotiations in The Hague prove that it is the state lawmaker that diplomatically exercises the conflictual options) and, *Gesetzeskollisionen — Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, Vol. I, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, org. por OTTO LENEL e HANS LEWALD, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1928, pp. 15ss; e ÉTIENNE-ADOLPHE BARTIN, *Principes de Droit International Privé*, Tomo I, Éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1930, pp. 24ss; ROBERTO AGO, *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 39ss.

It should be that some legal authors state there is an international obligation for States not to refuse to apply foreign law (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 24; MARTIN WOLFF, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3.^a Edição, Springer-Verlag, Berlin, 1954, p. 10), an idea that dates back to the 17th century - BASEDOW, cit. p. 107. This is not in conflict with what we are dealing with here: we are only realising the failure of the theses that developed a complete system of conflict of laws, from a customary source.

¹⁵ A careful analysis of the alleged existence of impositions from public international law on private international law was drawn up by por KURT LIPSTEIN, *Principles of the Conflict of Laws National and International*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1981, pp. 64. LIPSTEIN found, in literature and case law, *eight* putative impositions of international law: the obligation for each state to have a system of private international law (i); the prohibition on states refusing to apply foreign law in all situations [an international obligation recognised by FERRER CORREIA,

of similar connecting factors in different jurisdictions is the outcome of a choice of lawmakers (national, conventional or European) and not any customary obligation. At the very least, the subjective element of *custom* is missing, which can be demonstrated by the significant discrepancy of the scope of *lex rei sitae* in different jurisdictions, without any state liability arising to the states that chose *not to apply lex rei sitae* to certain rights *in rem* (such as trusts or financial security rights)¹⁶.

But even if one were to accept the universalist theory of Zitelmann (which finds some support in the ICJ *Lotus* judgement)¹⁷, it wouldn't

cit., p. 24, and MARTIN WOLFF, *Das Internationales...*, *cit.*, p. 10]; (ii); the possibility of excluding foreign law for reasons of public policy (iii); the impossibility of applying *lex fori* to people who are occasionally in the State of the forum (iv); the submission of real estate to *lex rei sitae* (v), of the form of contracts, to *lex loci* (vi), of procedural law to *lex fori* (vii) and of contractual obligations to the law chosen by the parties (viii).

LIPSTEIN notes that the first four are linked to the position of the legal order with regard to multi-localised relationships: we will not discuss their validity as it is not linked to the subject of our study. The last four, on the other hand, impose conflict rules and their possible existence directly constrains the conflict legislator. The conclusion is that they do not constitute commands of the law of nations, since on the one hand, they are not universally accepted with the same scope (just think that the notion of procedural law is not univocal and that *lex rei sitae* is not uniformly applied to real estate, especially with regard to the succession of real estate, the capacity to transfer and the form of contracts on immovables) and on the other hand, the international responsibility of the State has never arisen when it does not follow them (LIPSTEIN, *cit.*, p. 65; KAHN-FREUND, *cit.*, p. 170).

A similar study, focusing on analysing the German doctrine on this problem, was developed by ROBERTO AGO, "I principi generali del diritto internazionale privato nella più recente dottrina germanica", *Rivista di Diritto Internazionale*, Anno XXVI — Serie III, vol. XIII, 1934, pp. 197-232, pp. 197ss.

¹⁶ Cfr. A. V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination..." *cit.*, p. 180 ("There is not such a rule saying that international contracts are governed by the law designated by the parties nor a rule saying that property issues are governed by the *lex rei sitae* nor a rule saying that issues of procedure are governed by the *lex fori*. Such rules are widely adhered to but nobody will pretend that a rule of public international law is infringed upon by a State that departs from such rules or restricts their scope"); ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, *cit.*, p. 23; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado — Lições*, Vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1958, pp. 211 e 216; HENRI BATIFFOL e PH. FRANCESCakis, "L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 48, 1959, pp. 259-276, p. 260; MARC FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré — L'expérience de la Communauté Européenne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 253, 1995, pp. 9-282, p. 25 ("le droit international public n'impose aux États une limitation de leur compétence en matière de droit privé"); J.-P. NIBOYET, *Traité de Droit International Privé Français*, Tomo IV, La Territorialité, Recueil Sirey, Paris, 1947, p. 199; ROBERTO AGO, "Règles Générales des Conflits de Lois", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1936-IV, Tomo 58, 1936, pp. 243-469, pp. 276 e 291, nota n.º 1 ("Il ne s'agirait donc jamais de l'existence de cette norme coutumière internationale concernant directement le droit international privé"); ULRICH DROBNIG e ALEXANDER MAKAROV, "Chapter 2: Sources", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III — Private International Law, ed. KURT LIPSTEIN, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2011, pp. 3-34, p. 34; ROBERTO BARSOTTI, "Diritti..." *cit.*, p. 416.

¹⁷ On the *Lotus* decision, cfr. PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit international privé*, LGDJ, Paris, 1997, pp. 199ss.

explain the mandatory application of *lex rei sitae*. According to Zitelmann, the *situs rule* on immovable property would be the only connecting factor compatible with the international principle of *state sovereignty*: this standard allows states to enact laws either on personal criteria or on tangible connection; since property law supposes a power to exclude anyone not owning a right on the same asset, only *territoriality* satisfies the principle of sovereignty¹⁸.

Firstly, this thesis only considers mandatory rules excluding *non-owners*. However, rights *in rem* go far beyond this scope: their main dimension is the satisfaction of an individual interest through a certain asset (regardless of any inter-subjective legal relationship) and encompasses positive obligations committed to the holders (obligations *propter rem*)¹⁹.

Secondly, the claim that the applicable rules are necessarily *territorially enforceable* does not imply that these rules have inevitably been issued by the territorial state. Even if we accept that sovereignty implies the duty of each state to exercise power over assets, this would be granted by exclusive jurisdiction of the territorial authorities. There is no reason why a state could not, if it wanted to, use its authority to apply foreign law. In fact, this argument would prevent the application of foreign law in any subject²⁰.

Finally, it should be noted that the scope of *lex rei sitae* embraces not only rules on the legal status of the assets, but also the system of creation, transferral and extinction of property rights — a topic which cannot be understood as *rules of conduct that are necessarily committed to the territorial state*²¹.

In the specific case of mortgages, the inadequacy of this thesis as a justification of an international obligation to apply *lex rei sitae* is clearer, since there is no necessity of ensuring the *physical* exclusion

¹⁸ Vide AFONSO PATRÃO, *Hipoteca e Autonomia...*, cit., pp. 179ss, for a deeper analysis.

¹⁹ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado*, McGraw-Hill, Lisboa, 1991, pp. 110-112; M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ônus Reais*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 55-56; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, cit., p. 31; ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 128-129 e 183-184.

²⁰ JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos Reales (Capítulo XXIX)”, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 12.^a Edição, ed. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 863-912, p. 871; PIETRO FRANZINA, “The proposed new rule of special jurisdiction regarding rights *in rem* in moveable property: a good option for a reformed Brussels I Regulation?”, *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 25, n.º 3, 2011, pp. 789-808, p. 271; ROBBY ALDEN, “Modernizing the Situs Rule for Real Property Conflicts”, *Texas Law Review*, vol. 65, 1986-1987, pp. 585-633, p. 594; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Thomson — Civitas, Madrid, 2004, p. 560; ROBERTO BARSOTTI, “Diritti...”, cit., p. 416.

²¹ Cfr., LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, cit., p. 111.

of third parties. In fact, mortgage only grants powers to the holder *at the time of foreclosure*, allowing the right to be enforced against any parties who acquire rights on the same asset. To that extent, there is no need for territoriality, since the powers conferred by the security right do not involve physical contact with the asset and therefore do not imply the physical removal of third parties.

Thus, *situs rule* does not appear to be an imposition from public international law, a thesis that seems to have disappeared from the doctrinal landscape²².

1.2. *Effectiveness reasons*

The second justification of the *situs rule* deriving from *state sovereignty* is based on the principle of effectiveness: opting for any another applicable law would provoke *non recognition* in the state where the effects are sought. In fact, *lex rei sitae* is in the best position to decide the solution to a given dispute involving assets located in a certain state; choosing any other law would embrace the risk of the mortgage to be void in the state where the property is located²³.

It isn't necessarily like that.

Firstly, concerning immoveable property located within the European Union, the assessment of a different applicable law in a European regulation would not influence the recognition of judicial decisions, because of the exclusive jurisdiction of territorial courts. Only Member State courts —bound by such private international law instrument— would exercise jurisdiction over property within the EU. In fact, effectiveness is more related to *jurisdiction* (it is important that the case is judged by a court with the necessary means to enforce the judgement) than to what is the *applicable law*: «*sob o manto da efectividade, o que se esconde é a tendência para maximizar o âmbito de aplicação da lei do foro*»²⁴.

On the other hand, the possibility of party autonomy in *mortgages* must not be confused with freedom of choice *in all property rights* and

²² In contemporary literature, we found only one author supporting the customary nature of the *situs rule*: LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *L'immeuble et le droit international privé — Étude des méthodes*, Defrénois, Paris, 2006, pp. 123ss.

²³ Cfr. references AFONSO PATRÃO, *Hipoteca e Autonomia...*, cit., pp. 186ss.

²⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, cit., p. 113; RUSSEL J. WEINTRAUB, "An inquiry into the utility of «situs» as a concept in conflicts analysis", *Cornell Law Quarterly*, vol. 52, 1966, pp. 1-42, p. 4 ("If the situs courts believed that a more rational result would be reached in such a case by applying the law of some other state, they would be free to apply that other law"); PIERRE LALIVE, *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws: a comparative study*, Clarendon Press, Oxford, 1955, p. 105.

On the foundations of the exclusive jurisdiction of the territorial courts on immoveable property, cfr. AFONSO PATRÃO, *Autonomia Conflitual...*, cit., footnote n.º 597.

to *the full extent of the scope of property law*: differently, the question I ask is whether it is impossible to sustain limited *professio iuris* for a single right *in rem* that does not confer dominion over the property, and only allowing for the choice of application of the law of *another Member State*. Therefore, there is no risk for *effectiveness* difficulties: party autonomy would be implemented *centrally* throughout the EU (by European regulation), so that in all Member States, *professio iuris* would be allowed in mortgage law —and, therefore, the mortgage being recognised in accordance with the designated law. All other subjects of property law (nature and classification of the property; physical limits; powers of the owner; etc) would remain within the scope of *lex rei sitae*, which is simultaneously the law of the forum.

1.3. *Economic sovereignty and economic policy reasons*

The last publicist line of reasoning sustaining the mandatory application of *lex rei sitae* lies in the political interests of the territorial state: the application of the law of situs is necessary to fulfil the territorial state's interests in economic organisation. The sovereign choice of the economic system is attached to the organisation of property; specifically regarding mortgage law, there are political choices on credit and indebtedness which are followed by mortgage rules. Furthermore, the exercise of rights *in rem* is fundamentally connected to branches of public law (town planning, territorial organisation, protection of cultural heritage, tax law), so any other connecting factor would jeopardise the smooth application of public law, implying a loss of control by the state over its own territory²⁵.

The validity of these arguments has been questioned. Louis D'avout claims that sovereignty is not really expressed in the application of territorial law to real estate, but "*en choisissant librement la règle de rattachement*": although the hypothesis is merely theoretical, true sovereignty lies in the fact that the territorial state can, if it wishes, submit rights *in rem*, for example, to the personal law of the owner. Similarly, Daniela Caruso points out that few aspects of the law of property are really linked to any legal-constitutional dimension (the definition of assets that can be the subject property rights; the definition of private property and public property; the requirements for exercising rights) while the rest would be technical rules submitted to the discretion of the lawmaker²⁶.

²⁵ Vide AFONSO PATRÃO, *Hipoteca e Autonomia...*, cit., pp. 188ss.

²⁶ Cfr., LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, p. 143; DANIELA CARUSO, "Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property", *European Law Journal*, vol. 10, n.º 6, 2004, pp. 751-765, p. 759.

In any case, even without questioning the validity of those foundations of the *situs rule*, the idea of *professio iuris* in mortgages is not put aside. In fact, the only conclusion that follows from such claims is that territorial law shall rule rights *in rem*. However, this is not what I am asking: the idea I am testing is limited party autonomy in the strict scope of *mortgage law*. Therefore, it is not true that any another law ruling the powers of the holder would hinder the political and economic organisation of property or its interaction with public law.

In fact, the mortgagee has no physical powers over the land; this circumstance turns the security right neutral to any limitations imposed by public law in terms of town planning, territorial organisation or protection of cultural heritage. Even if the exercise of public prerogatives were to affect the value of the estate, the law applicable to the mortgage (that could be chosen by the parties) would provide for the consequences of the reduction of the asset's value. And even if tax law of a certain European state were to levy tax on the mortgage, it doesn't seem that submitting the security right to a different applicable law would create any additional obstacle, since mortgage is a security right known to all Member States²⁷.

As far as economic policy is concerned, the state's interest is governing property rights on immovable property is somewhat different in mortgages from that of other rights *in rem*. In fact, in the discipline of security rights, territoriality is not so much aimed at the political and economic organisation of property, but rather at protecting transactions, which will depend on the characteristics of the security rights²⁸. Therefore, since I am only discussing the ability to choose one of the Member States' laws to be applicable to mortgages, a problem here is not foreseeable. Firstly, because mortgage requires Land registration in all Member States, which ensures publicity; secondly, because, by establishing a freedom of movement of capitals, Member States have recognised the position of the laws of other Member States, just like in the scope of other European freedoms; finally, because the only question I am asking is whether it is possible for *situs rule* to be derogated in *international transactions*, maintaining the absolute power of the domestic lawmaker in internal relations.

²⁷ In fact, as CARLO ANGELICI, "Garanzie Reali — II", *Enciclopedia giuridica*, Vol. XV, Roma, 1989, pp. 1-10, p. 1, puts it, these claims are designed to support *lex rei sitae* to rights *in rem* which grant *enjoyment* of the property, and do not necessarily serve to justify the same rule in the area of security rights.

On the existence of mortgage in the law of all Member States, cfr. AFONSO PATRÃO, *Autonomia Conflitual...*, *cit.*, p. 206.

²⁸ Cf. ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, *cit.*, pp. 20ss; MICHEL GRIMALDI, "Le garanzie reali in Francia. Problemi e prospettive", *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XVII, n.º 3, 1999, pp. 391-414, p. 391.

It is true that the possible removal of some mortgages from the scope of *lex rei sitae* could weak the influence of national lawmaker on credit regulation. But this consequence doesn't seem to be a decisive obstacle to changing the connecting factor: on the one hand, because in the scope of personal security rights (which are now more important in international trade) this control no longer exists, as they can be submitted to foreign law; on the other hand, because accepting the legitimacy of the laws of other Member States is a transversal consequence of European integration.

2. The nature of things

Another reasoning usually mobilised for the *situs rule* is the idea that rights *in rem* are independent of any intersubjective relationship (they are only linked to the asset), a thesis that stems from objectivist theories on the nature of rights *in rem*. Basically, this branch of law would be aimed at ruling the status of assets — and that is why there are rules excluding certain assets from commerce; and there are norms disciplining the existence of several rights on the same asset.

Of course, for those who don't follow the objectivist theory of rights *in rem* (and take them as ruling relationships between the holder and third parties, burdened with a *general duty of abstention*) this thesis loses its meaning and, as a result, the claim falls apart. In fact, there are, within a *right in rem*, intersubjective relationships that are not “naturally” comprised in the asset, since it is not particularly relevant to the external side of the right²⁹.

However, it is possible to dismiss the thesis of the *natural territoriality* of rights *in rem*, even within the framework of the objectivist doctrine of property rights. According to this reasoning, since the powers included in the content of the right *in rem* can only be exercised in the state where it is located — and the asset (the object of the rules) is physically located —, it must be the law of that state that defines its

²⁹ Cfr. LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, cit., pp. 69ss.

On the (controversial) concept of right *in rem*, cfr., among others, M. HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, (policopiado), Coimbra, 1967, pp. 7ss, e *Obrigações...*, cit., pp. 41ss; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, 5.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 38ss e 597ss; ORLANDO DE CARVALHO, *Direito...*, cit., pp. 95ss; CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Direitos Reais — Segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. Mota Pinto ao 4.º Ano Jurídico de 1970-71 (por Álvaro Moreira e Carlos Fraga)*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 27ss; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, 1991, pp. 188ss; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Direitos Reais*, 6.^a Edição, Quid iuris, Lisboa, 2010, pp. 39ss; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 14ss; RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 3.^a Edição, Princípia, Cascais, 2013, pp. 17ss; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, cit., pp. 29ss, e “Os direitos reais e os direitos pessoais: distinções e aproximações”, *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 1, 2013, pp. 45-82, pp. 47ss.

extent and scope. There would be a *natural territoriality* of property law, because its object “*occupies a certain place in space*” and such rules are directed at its organisation, abstracting from the persons of its holders. Assets would, *by nature*, be submitted to the sovereignty of the territorial state, since it is the latter that clearly and inescapably organises the things located in its territory (i) and since it is the place where the holder of the right *in rem* acts materially (ii)³⁰.

The claim is not decisive.

On the one hand, (and even considering the *objective theory* of rights *in rem*), property law always involves intersubjective relationships, governing people’s behaviour. In fact, the attribution of powers over assets is aimed at social coexistence and the rules on its legal status are premises of personal rights. This means that the link to tangible assets would not, *by nature*, exclude another connecting factor. Basically, the aim of this branch of the law is to rule people’s access to *assets*, so a subjective dimension to its rules cannot be ignored. Consequently, as Lima Pinheiro puts it, “*o Direito das Coisas não é «naturalmente»*”

³⁰ Cfr. GIULIO DIÉNA, “Les conflits...”, *cit.*, p. 566 (“*La nécessité d’observer en principe la lex rei sitae en matière de droit réels résulte de la nature même des rapports juridiques dont il s’agit*”); ARMAND LAINÉ, *Introduction au Droit International Privé*, Tomo II, Librairie Cotillon, Paris, 1892, p. 221 (“*il n’est rien dit de la condition des immeubles. Il n’en est rien dit parce qu’il n’y avait rien à dire*”); J.-P. NIBOYET, *Traité...*, *cit.*, Tomo IV, pp. 200-203, and *Des Conflits de Lois relatifs à l’acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier*, Recueil Sirey, Paris, 1912, p. 18; ÉTIENNE-ADOLPHE BARTIN, *Principes de Droit International Privé*, Tomo III, Éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1935, p. 9; ERNST ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, Dunker & Humblot, Leipzig, 1897, p. 134; ERNST FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht*, Vol. I, Dr. Walther Rothschild, Berlin, 1926, p. 50, and vol. II, p. 4; ÁLVARO MACHADO VILLELA, *Tratado Elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado*, Livro II, Aplicações, Coimbra Editora, Coimbra, 1922, p. 62; HERBERT F. GOODRICH, “Two States and Real Estate”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 89, n.º 4, 1941, pp. 417-429, p. 419; EVA-MARIA KIENINGER, “Securities...”, *cit.*, p. 47 (“*it is both natural and practical to apply the law of the country where the piece of land is situated*”); TREVOR C. HARTLEY, *International Commercial Litigation — Texts, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 696 (“*the application of the lex situs to land is so obvious that almost nothing needs to be said about it*”); BERNARD AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1984-III, Tomo 186, 1984, pp. 219-397, p. 282 (“*du fait que les biens occupent une place dans l’espace s’offre une localisation matérielle évidente et il faudra de bonnes raisons pour ne faire coïncider la localisation juridique avec elle*”); ANDREAS BUCHER E ANDREA BONOMI, *Droit International Privé*, 2.^a Edição, Helbing & Lichtenhahn, Zurique, 2004, p. 229; STEFAN LEIBLE, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro de los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 214-233, p. 219; MAX GUTZWILLER, *Internationalprivatrecht*, Das Gesamte Deutsche Recht in Systematischer Darstellung (org. por Rudolf Stammeler) — vol. VIII, Stilke, Berlin, 1931, p. 1593; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, *cit.*, p. 203.

This thesis is criticised by LUIS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, *cit.*, p. 108; LOUIS D’AVOUT, *Sur les solutions...*, *cit.*, p. 39; ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, *cit.*, p. 17; LEO RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5.^a Edição, Franz Vahlen G. m. b. H., Berlin, 1961, pp. 586ss; LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *L’immeuble...*, *cit.*, p. 2.

territorial. Se ele tem um domínio de aplicação territorial, tal deve-se a uma norma de conflitos que emprega um elemento de conexão que aponta para um dado lugar no espaço”³¹. From the assumption that the powers of sovereignty are only exercised over things located in the territory of the state, a *natural territoriality* of legal cannot be inferred³².

Secondly, the argument proves too much: to say that rights *in rem* are subject to the law of the state where the assets are located because assets are located in a certain state would lead to the absurdity that the law of the state where the people are located applies to personal status, because they are also located in a certain area. However, it is not the place where the addressee of a legal rule is located that determines its applicability: Private International Law is guided by its own interests underpinning the selection of the applicable law — which are not “naturally” indicated by the place where the object of the legal relationship is located.

Thirdly, the foundations of this thesis are not unassailable, since it assumes that the Law of Things exclusively rules the legal status of assets. On the one hand, the rules on the existence and interaction of several property rights on the same asset discipline relationships between *rights*, not exclusively with *in rem* kind (as in the context of two tenants or lessees). On the other hand, the rules excluding the possibility of individual appropriation of certain goods (*res extra commercium*) can be seen not as the impossibility of any rights *in rem* over such assets but creating *public property law* which determine their own scope of application. Finally, the direct and immediate power over an asset (a right *in rem*) enacts a general duty of abstention; an intersubjective relationship that, although consequential, is decisively ordered by property law³³.

Fourthly, the thesis of the *nature of things* leaves several problems unresolved: when faced with a certain asset located in an international area (not submitted to the sovereignty of any state) which law is “naturally” appropriate? In fact, if the *situs rule* is physically defined (with no possibility of considering any other option), it would not be admissible to establish other criteria in these cases³⁴. These connecting factors which have always been accepted, show that in this field (as in all others) there is only a question of *choosing of the law with the closest connection* — and not some kind of inevitability.

³¹ Cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, *cit.*, p. 109.

³² Cf. ANTÓNIO FERRER CORREIA, “A venda internacional de objectos de arte e a protecção do património cultural”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Anos 125 e 126, n.º 3823 a 3831, 1993-1994, pp. 289-293, 321-325, 353-357 (Ano 125); pp. 288-212, 234-237, 266-270, 296-103, 162-166 (Ano 126), n.º 3827, p. 36.

³³ Cfr. LOUIS D’AVOUT, *Sur les solutions...*, *cit.*, pp. 56-58 ; M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações...*, *cit.*, pp. 57ss; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, *cit.*, p. 31; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Direitos...*, *cit.*, p. 47.

³⁴ LOUIS D’AVOUT, *Sur les solutions...*, *cit.*, p. 85.

The nature of mortgages makes the inadequacy of such arguments even more evident: neither are mortgage rules aimed at the physical ordering of things, nor does the holder is granted any physical power over the asset. In fact, looking at the purpose of the mortgage, it would even be more *natural* to submit it to the law governing the secured credit, given the accessory nature that characterises the security right in most national laws.

3. Third party protection

The most impressive claim supporting the *situs rule* lies is the protection of general interests of a plurality of people. The protection of third parties (specifically, of all persons who deal with the owner or who wish to acquire rights on the asset) will imply the choice of a purely *objective* and *easily ascertainable* connecting factor: it is necessary for any third party to be able to inform themselves quickly and reliably about the status of the asset they wish to acquire or over which they wish to create a property right. The *situs rule* is expression, within private international law, of the principle of publicity of property rights: it allows any third party to know the legal status of the asset and it is based on the same reasoning justifying the *numerus clausus* principle in domestic law.

Given this need, it seems that only the *situation of the property* fulfils such goal: the location of a plot is easily recognisable and determinable, and, in immoveable property, it also has the advantage of immutability. Any other connecting factor would affect legal transactions, because the interested party “*teria de suportar o ónus de se informar acerca da espécie e características peculiares do regime legal*”³⁵.

³⁵ Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos de leis em matéria de direitos sobre coisas corpóreas”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 117 e Ano 118, n.o 3728 a 3732, 1985-1986, Vol. 117: pp. 298-302, 325-329, 357-361; Vol. 118: pp. 115-119, 138-142 e 165-169, n.o 3727, p. 300, and *Lições de Direito Internacional...*, *cit.*, pp. 42 e 197; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, *cit.*, p. 115; EVA-MARIA KIENINGER, “Securities...”, *cit.*, p. 63 (“*Private International Law thus mirrors the principles of domestic property law of each jurisdiction*”); JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation des Règles de Droit International Privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 287, 2000, pp. 9-426, p. 347.

For this reason, KARL KREUZER, “La propriété mobilière en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 259, 1996, pp. 9-317, p. 123, stresses out that most of the proposals for conflictual autonomy in the statute *in rem* that we have analysed above (see the list on p. 81) restrict the application of the law applicable to relations between parties or maintain *lex rei sitae* as a limit, protecting third parties from a law that they could not know about.

And that is also why some authors refuse party autonomy in the field of security rights *on property* — cfr. A. CURTI GIALDINO, “La volonté des parties en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1972-III, Tomo 137, 1972, pp. 743-938, p. 840;

Therefore, if a foreign law was to be applicable to a mortgage, how could third parties be assured that the security right *exists* (under foreign law, can a mortgage be recognised as a mere effect of the contract?) and what are secured credits? How can an third party assess the specific meaning of a security right created under foreign law³⁶?

3.1. Do third parties really need protection?

This claim (which I believe is the strongest in justifying the *situs rule*) has been questioned. Some authors have been arguing that the protection of third parties does not justify the application of *lex rei sitae* to rights *in rem*.

On the one hand, it is argued that choosing a connecting factor because of third-party interests gives prominence to the position of those who are not connected to the relationship, imposing an *inconvenient law* on the parties. This is more obvious in cases that do not involve any third parties, still forbidding the parties to conform the relationship to their will. Basically, the hypotheticalal interests of *potential* third parties are overestimated, to the detriment of the *real parties* to the deal³⁷.

Secondly, it is argued that the *situs rule* does not always fulfil the purpose of protecting third parties: if the creation of rights *in rem* is submitted to a law (such as the French, Portuguese, Polish, Italian) that enshrines the *consensus principle*, the fact that rights *in rem* are transferred and created *secretly* (without any registration or possession)

MICHEL DESCHAMPS, "Conflict-of-Laws Rules for Security Rights: What Should Be the Best Rules?", *The Future of Secured Credit in Europe*, ed. HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 284-296, pp. 285-286.

³⁶ These are, in essence, the reasons compiled by BERND VON HOFFMANN E KARTSTEN THORN, *Internationales Privatrecht*, 9.^a Edição, C. H. Beck, Munique, 2007, p. 515, *against* party autonomy in property rights: "Gegen die Zulassung einer solchen unbeschränkten Rechtswahl spricht aber, wie auch die Befürworter der Parteiautonomie einräumen im Internationalen Sachenrecht das Verkehrsinteresse. Publizitätserfordernisse (Traditionsprinzip, Registereintragung) der jeweiligen *lex rei sitae* sollen bestehende Rechte an einer Sache auch für Dritte insbesondere Gläubiger (Zwangsvollstreckung, Insolvenz), offenlegen. Dies gebietet die zwingende Anknüpfung sachenrechtlicher Fragen an die *lex rei sitae*; Für die Parteiautonomie bleibt kein Raum".

³⁷ Cfr. LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, *cit.*, pp. 191ss; ROBBY ALDEN, "Modernizing...", *cit.*, p. 592; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "Acción Pauliana e Integración Europea: Una propuesta de ley aplicable", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, n.º 1, 2012, pp. 43-72, p. 60; ILARIA PRETELLI, "Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets — *Actio Pauliana* in the Conflict of Laws", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 589-640, p. 624]; JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 1091; AXEL FLESSNER, "Choice of Law in International Property Law — New Encouragement from Europe", *Party Autonomy in International Property Law*, ed. ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 11-39, p. 22.

leaves third parties more unprotected than if the applicable law requires publicity. In other words, *lex situs* does not fulfil its supposed goal of protecting third parties³⁸.

I disagree from these ideas. To my understanding, in most rights *in rem*, third party protection demands for the application of *lex rei sitae*: it is a connecting factor that ensures that the content of the holder's powers and the nature of property can be easily *known*, protecting the security of transactions. The *erga omnes* effects of rights *in rem* and the universal passive obligation will always imply that third parties must be aware of the powers that oppose them.

To my view, the argument according to which «*if there are no third parties, the real parties are harmed*» is not impressive. As it is well known, a right *in rem* implies the exercise of powers over an asset and, consequently, the prerogative to remove any other person from the object of the right. To that extent, it is illusory to sustain that there are rights *in rem* with no third parties to protect.

This conclusion is not challenged by the fact that, in certain jurisdictions, a *consensus* system applies to the creation and transferral of property rights, allowing for *hidden transactions*: it is precisely the fact that publicity is not always required for the transaction of property rights that demands a connecting factor which allows any interested party to enquire about the legal status of the asset and about the system of creation and transferral of rights *in rem*. The fact that third parties are easily aware of the system gives them the tools they need to avoid being surprised, even if such applicable law allows for *hidden transactions*³⁹.

³⁸ Cfr. LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, *cit.*, pp. 191ss; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, Paris, 1984, p. 20; AXEL FLESSNER, "Choice...", *cit.*, p. 26.

³⁹ I disagree from ROLF WEBER, "Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 44, 1980, pp. 510-530, pp. 521ss, who favours party autonomy in security rights on the grounds that many legal systems do not concern themselves with publicising the right - as is the case with pledges without dispossession. To my understanding, it is precisely because such jurisdictions do not publicise security rights that third parties must be sure of the applicable law to the status of the asset and, therefore, foresee any hidden rights *in rem*.

Accepting this line of reasoning, although recognising in the *situs rule* an overprotection of third parties, cfr. AXEL FLESSNER, "Choice...", *cit.*, p. 23.

3.2. *Protection of third parties in mortgage: Land Registry, more than the applicable law*

Therefore, I believe it is necessary to submit rights *in rem* on immovable property to *lex rei sitae*, since this is required for the protection of third parties, to whom rights *in rem* are enforceable⁴⁰.

However, in the strict scope of mortgages⁴¹ there are no obstacles ruling out the possibility of other connecting factors. In fact, in mortgage law, it is possible for third parties to be effectively aware of the applicable law.

As a starting point, it should be recognised that third parties' interests are somehow different in mortgages from those of rights *in rem* granting the use of the property. In fact, third parties (purchasers or creditors) worry primarily whether the property is liable for a certain credit. Basically, third parties just need to be aware of the existence of the encumbrance and the aspects of the mortgage that may influence the property's ability to ensure payment⁴².

But it is not this conclusion that supports the admissibility of party autonomy. What really makes party autonomy viable in mortgage law is *the system of publicising the mortgage*. In fact, in all the laws that could be eligible for choice (the laws of the Member States), mortgage must be registered, otherwise it will have no effect⁴³. Thus, the recog-

⁴⁰ According to ROLF WEBER, "Parteiautonomie...", *cit.*, p. 520, this is the most serious argument *against* party autonomy in the field of rights *in rem*.

⁴¹ Basically, security rights are not *all the same* and therefore require differentiated treatment from private international law — cfr. GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, *cit.*, p. 5.

⁴² For third parties, the legal regime on the admissibility of *lex commissoria*, inalienability clause, right to demand the reinforcement or replacement of the security right is of little importance: they just need to be certain of the *existence* of the security right and of the *accessory* or *independent* nature of the security right. Their interest lies, firstly, in knowing for sure what is the secured credit; secondly (of particular interest to holders of other mortgages on the same asset) whether the extinction of the first mortgage means that the following mortgages will be extended (accessory or independent nature of the guarantee); thirdly, the existence of *lex commissoria*, since common creditors are interested in knowing whether the property is liable for the owner's other debts in the event of default on the mortgaged debt; fourthly, the regime for *reduction* of the security right, should the third party decide to acquire the mortgaged property. Cfr. ANNA GARDELLA, "La legge applicabile alle garanzie finanziarie tra localizzazione e autonomia privata: una prima ricognizione dopo l'attuazione della Direttiva 2002/47/CE", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, vol. LXVIII (Nuova Serie), n.° 5, 2005, pp. 583-625, p. 597; ANNA VENEZIANO, "Attachment/Creation of a Security Interest", *The Future of Secured Credit in Europe*, ed. HORST EIDENMÜLLER e EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 113-134, p. 130.

⁴³ Cfr. AFONSO PATRÃO, *Autonomia Conflitual...*, *cit.*, pp. 136ss. Even in France, the mortgage is an exception to the regular effects of Land Registry: "*De même, en droit français, alors que le système de publicité foncière n'est pas généralement constitutif des droits réels mais seulement confortatif, il semblerait pourtant que les hypothèques sont prétorieusement soumises à un régime d'enregistrement constitutif*". Cfr. LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, *cit.*, p. 628.

nisability of the aspects of the mortgage that concern third parties *is not ensured by possession*, nor by *the applicable law*; but, instead, by the very function of Land Registry —which publicises the legal status of property—. Basically, the principle of publicising rights *in rem* (which has its conflict-of-laws expression in the *lex rei sitae* criterion) is not achieved by traditional means (like possession) but *by Land Registry*⁴⁴.

This feature makes the *situs rule* disposable, when it comes to the protection of third parties: registration will protect them *better and more efficiently* than subjecting the mortgage to *lex rei sitae*, making its application unnecessary.

In fact, in *internal transactions*, registration ensures there is no hidden mortgage (despite the lack of possession) and safeguards the holder that an incompatible or conflicting right with no prior registration is not enforceable against him (even in mere opposability registry systems). Registration is an essential tool for security because any interested party can quickly be aware of the encumbrance on the property.

If this is the case domestically, the same is true in international transactions: the ability of the property's value to pay for debts and the legal regime of the encumbrances on the property are publicised *by Land registration*, much more than by the applicable law. If opting for the *lex situs* is “*uma projecção conflitual do princípio da publicidade dos direitos reais*”⁴⁵, there is no such need in the case of mortgages: the fact that all Member States require registration for its creation means that submitting it to a foreign law does not create uncertainty. In fact, in each Member State, registration is a prerequisite for its creation, ensuring that the mortgage is fully publicised in a particularly effective way⁴⁶.

⁴⁴ Comparing the publicising capability of *possession* and *Land Registry*, cfr. MARGARIDA COSTA ANDRADE, “(Alguns) Aspectos Polémicos da Posse de Bens Imóveis no Direito Português”, *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 1, 2013, pp. 83-120, p. 111.

⁴⁵ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, *cit.*, p. 115. Also, DOROTHEE EINSELE, “Rechtswahl-freiheit im Internationalen Privatrecht”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 60, n.º 3, 1996, pp. 417-447, p. 436; JÜRGEN BASEDOW, “Spécificité et coordination du droit international privé communautaire”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2002-2004, pp. 275-305, p. 279; BERND VON HOFFMANN E KARTSTEN THORN, *Internationales...*, *cit.*, p. 515.

⁴⁶ Cf. LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCO, *Les sûretés...*, *cit.*, p. 245; ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, “Of Property and Federalism”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2005, pp. 72-115, p. 108; DORA MARTINS DE CARVALHO, “A comercialização...”, *cit.*, p. 46; AXEL FLESSNER, “Choice...”, *cit.*, p. 37.

This is why, in the field of security rights on moveables, the establishment of a registration system is advocated — cfr. ANNA VENEZIANO, “The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group”, *The Future of European Property Law*, ed. SJEF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 123-135, p. 130; CHRISTIAN MOULY, “La publicité des sûretés réelles mobilières”, *European Review of Private Law*, vol. 6, n.º 1, 1998, pp. 51-70, p. 55.

On the other hand, the publicity offered by registration (compared to other forms of publicity) is not only more effective *but also more functional*. In addition to identifying the holder of a right, registration allows access to *more information* (physical characteristics of the property, history of the rights that have been levied on it, etc.), which can overcome any disadvantages of subjecting the mortgage to a foreign law. Thus, the aspects of the mortgage regime that need to be known *can be publicised in Land Registry* (accessory or independent nature of the mortgage; consequences of the extinction of the first mortgage for the degree of the remaining mortgages; reduction or purge regime; existence of *lex commissoria* and its terms). Although informing interested parties about the applicable law is less intuitive than the traditional way (applying the *lex situs*), the Registry counterweighs by offering greater clarity, quality and depth of information⁴⁷.

What is being said is not new. There are plenty of authors who, in several subjects, accept the abandonment of the *situs rule* when this is offset by an effective publicity mechanism. Thus, Von Bar defended the necessary imposition of *lex rei sitae* “*unless each particular article is accurately registered by authority*”; Bell and Parchomovsky’s proposal for party autonomy in rights *in rem* is associated with the necessary registration of rights submitted to a foreign law; Lima Pinheiro approves the party autonomy in the 2006 Hague Securities Convention “*contanto que seja assegurada a publicidade da escolha*”; Bonomi congratulates *professio iuris* in securities held by an intermediary, given the publicity given by the financial intermediary; Roth explains that the protection of third parties through the obligation to register satisfies the public order concerns inherent to publicity; Anna Gardella states that it is publicity (rather than the application of *lex rei sitae*) that protects third parties in the field of security rights *in rem*; Lurger argues that the transparency of rights *in rem* is ensured by registration and not by the rules of *lex rei sitae*⁴⁸.

And these registration systems are being created (cfr. EVA-MARIA KIENINGER, “Introduction: security rights in movable property within the common market and the approach of the study”, *Security rights in Movable property in European Private Law*, ed. EVA-MARIA KIENINGER, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 6-37, p. 10).

⁴⁷ Cfr. ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, “Of Property...”, *cit.*, p. 108.

⁴⁸ Cfr. LUDWIG VON BAR, *The Theory and Practice of Private International Law*, tradução de GILLESPIE, 2.^a Edição, William Green & Sons Law Publishers, Edimburgo, 1892, p. 485; ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, “Of Property...”, *cit.*, p. 108; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito aplicável às operações sobre instrumentos financeiros*, Vol. II — Contratos, Obrigações Extracontratuais, Insolvência, Operações Bancárias, Operações Sobre Instrumentos Financeiros e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Estudos de Direito Internacional Privado, Almedina, Coimbra, 2009, p. 388; ANDREA BONOMI, “La Convention de la Haye sur les titres, une nouvelle avancée de l’autonomie des parties en droit international privé”, *La loi applicable aux titres intermédiaires: La Convention de la Haye du 5 juillet 2006 — une opportunité pour la place financière suisse?*, ed. ANDREA BONOMI, ELEANOR CASHIN RITAINE E BART VOLDERS, Schulthess, Genebra, 2006, pp. 9-13, p. 12; WULF-HENNING ROTH, “Secured...”, *cit.*, p. 52; ANNA GARDELLA,

Moreover, this is precisely the reasoning behind the abandonment of *lex rei sitae* in the scope of means of transport: if there is another connecting factor capable of effectively publicising the legal status of the asset (registration, pavilion, etc.), the *situs rule* is no longer necessary⁴⁹. In the case of mortgages, it is indisputable that publicity is ensured by land registry — and not by the situation of the property —, and it is therefore possible to disregard the traditional connection.

Finally, the critics of the 2006 Hague Securities Convention (which established party autonomy in rights over securities held by an intermediary), argue that *professio iuris* should not be applied *in the absence of publicising the choice*⁵⁰. *A contrario*, it seems that an effective publicity mechanism (such as the Land Registry) ensures third party protection

4. International Consistency

The widespread choice of *lex rei sitae* creates a new basis for the traditional connecting factor: if the *situs rule* is in force in *all* countries, the lawmaker has really no choice but to enshrine the same rule, in order to achieve stability. The use of any other connecting factor would undermine international consistency, jeopardising the stability of relationships and contradicting one of the most important principles of private international law (especially in the field of credit) — in an

“La legge...”, *cit.*, p. 597; BRIGITTA LURGER, “The Unification of Property Law in the European Union”, *Festschrift Tuğrulansay zum 75. Geburtstag*, ed. SABİH ARKAN E YONGALIK AYNUR, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 167-187, p. 186; MARC FALLON, PATRICK KINSCH E CHRISTIAN KOHLER, *Le droit international privé européen en construction — Building European Private International Law*, Vingt ans de travaux du GEDIP — Twenty Years’ Work by GEDIP, Intersentia, Cambridge, 2011, p. 92, e MARC FALLON, “Groupe européen de droit international privé — Quatrième réunion, Barcelone, 29septembre - 1er octobre 1994”, *Revue Belge de Droit International*, vol. XXVII, n.º 2, 1994, pp. 717-721, p. 720.

Also, cfr. HANS-JÜRGEN LWOWSKI, “«Quiet» Creation of Security Interests or Filing”, *The Future of Secured Credit in Europe*, ed. HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 174-179, pp. 174ss

⁴⁹ Cfr. MICHEL CABRILLAC, “La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constitués à l’étranger”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 68, 1979, pp. 487-505, p. 491; AFONSO PATRÃO, *Hipoteca e Autonomia...*, *cit.*, pp. 67ss..

⁵⁰ Cfr. ANTONIO LEANDRO, “La legge regolatrice degli effetti reali del trasferimento di strumenti finanziari tramite intermediari”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXIX, n.º 2, 2006, pp. 383-404, pp. 403ss; HERBERT RÖGNER, “Inconsistencies between the Hague Securities Convention and German Law”, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, n.º 2/06, 2006, pp. 98-106, p. 104; MAISIE OOL, “The Hague Securities Convention: a critical reading of the road map”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, n.º 4, 2005, pp. 467-490, p. 471; PASCALE BLOCH E HUBERT DE VAUPLANE, “Loi applicable et critères de localisation de titres multi-intermédiés dans la Convention de la Haye du 13 décembre 2002”, *Journal du Droit International*, Ano 132, n.º 1, 2005, pp. 3-40, pp. 25-40; JEAN-PIERRE DEGUÉE E DIEGO DEVOS, “La loi applicable aux titres intermédiés: l’apport de la Convention de la Haye de décembre 2002”, *Revue de Droit Commercial Belge*, n.º 1 (Janeiro), 2006, pp. 5-32, p. 24.

area where *uniformity of applicable law* has already been sought⁵¹. Admitting choice of law could lead to disastrous results if the creditor, at the moment he wants to enforce the mortgage created under law X, sees the security right being void, because in that country *lex rei sitae* is mandatorily applied.

First of all, the claim must be put in context: international consistency, although a structuring purpose of private international law, “*não resume em si toda a axiologia do DIP*”⁵², and other interests must be valued. In fact, considering mortgages, the uniform valuation of international relationships through the *situs rule* is hindering the creation of international mortgages. There is no point in establishing a universal connecting factor if international mortgages disappear as a result. The law must find “*um sistema que facilite tanto quanto possível o desenvolvimento da sua vida jurídica e lhes conceda inclusive o direito de escolher, em certos domínios, a lei aplicável às relações que constituem*”⁵³.

However, even without accepting this reasoning, an affirmative answer to the question I am asking would not jeopardise international consistency (stability of legal relations and uniformity of applicable law). In fact, because European rules stipulate exclusive jurisdiction of the courts of the location of the property for rights *in rem*, the party autonomy idea I am testing (decided in a European Regulation and limited the choice for mortgages on estate located inside the European Union) prevents the risk of disharmony⁵⁴.

⁵¹ Cfr. WILHELM WENGLER, “The General Principles of Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1961-III, Tomo 104, 1961, pp. 279-469, p. 365, “if a single car driver saw that most other car drivers keep to the left hand side of the street, it would certainly be unwise for him to keep to the right”. P.

On the principle of international consistency, cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 111; PAOLO PICONE, “Caratteri ed Evoluzione del Metodo Tradizionale dei Conflitti di Leggi”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXI, n.º 1, 1998, pp. 5-68, p. 28; WILHELM WENGLER, “The General...”, *cit.*, pp. 364ss.

⁵² ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, *cit.*, p. 34; and *Direito Internacional...* (1997), *cit.*, p. 112; PIERRE GANNAGÉ, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 81, n.º 3, 1992, pp. 425-454, pp. 450ss.

In addition, differences of the applicable law do not necessarily endanger international consistency, since in Private International Law there are mechanisms for resolving the conflict (like *renvoi* or *vested rights theory*).

⁵³ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, *cit.*, p. 41. Accordingly, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, *cit.*, Vol. I, p. 354.

⁵⁴ In other words, it should be emphasised that party autonomy would only be an option in a context of private international law unification Cfr. FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Regulatory Competition: A Private International Law Approach”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 8, n.º 3, 1999, pp. 251-270, p. 256: “The benefits derived from parties’ autonomy (choice-of-law rule) [...] can only be ensured if the rules are uniform for all the states connected with a transaction”.

Establishing party autonomy for mortgages on properties situated in a Member State, there is absolute certainty on who has jurisdiction to hear cases about the validity of the mortgage or its foreclosure: the court of the Member State where the property is located. Given that *professio iuris* would be endorsed in a European Regulation, there would be no diversity, since all Member States would uniformly allow freedom of choice: in the State where the property is located, the choice of law would be allowed⁵⁵.

IV. CONCLUSIONS

The answer to the question asked in this article is, therefore, necessarily this: the *situs rule* in mortgages is not *unquestionable*. Notwithstanding if it *best* to keep the application of *lex rei sitae* to mortgages, the connecting factor is not undisputable.

In fact, within the European Union — and considering the *intelligent* publicity that Land Registry provides — it would be possible to have party autonomy in the *content* of immoveable security rights: registration would inform third parties of the applicable law and of the characteristics of the hypothec governed by foreign law.

This opens a new question: if party autonomy is *possible*, we must discuss if it is *preferable* to the *situs rule*.

⁵⁵ In fact, as explain PETER HAY, OLE LANDO E RONALD ROTUNDA, “Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration”, *Integration Through Law — Europe and the American Federal Experience*, Vol. I, Tomo II, ed. MAURO CAPPELLETTI, MONICA SECCOMBE E JOSEPH WEILER, Walter de Gruyter, Berlin, 1986, pp. 161-258, p. 163, the major problem with the stability of legal relationships lies in the fact that the parties do not know where a case will be heard, in which case the options for conflict are not foreseen. This is not the case with the question I am testing, as the courts of the country where the property is located have *exclusive jurisdiction*.

WHAT ROLE FOR OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS OF THIRD COUNTRIES IN CONFLICTS OF LAWS RELATING TO RIGHTS *IN REM* IN MOVEABLE NON-CULTURAL PROPERTY?

Pietro FRANZINA*

Catholic University of the Sacred Heart, Milan

SUMMARY: I. THE CURRENT REFLECTION ON A POSSIBLE EU INSTRUMENT ON THE LAW GOVERNING RIGHTS *In rem*.— II. THE UNILATERALIST FLAVOUR OF THE *LEX REI SITAE* RULE: IS THERE ANY ROOM LEFT FOR OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS IN THE FIELD OF RIGHTS *In rem*?— III. THE RECOVERY OF ILLEGALLY TRANSFERRED NON-CULTURAL OBJECTS.— IV. THE ENFORCEMENT OF DUTIES PERTAINING TO THE MOVEABLE ASSETS IN QUESTION.— V. CONCLUDING REMARKS.

I. THE CURRENT REFLECTION ON A POSSIBLE EU INSTRUMENT ON THE LAW GOVERNING RIGHTS *IN REM*

Two scientific projects are currently being carried out to reflect on the articulation and contents of a possible legislative measure of the European Union that would deal with the law applicable to rights *in*

* Full Professor of International Law at the Catholic University of the Sacred Heart, Milan (pietro.franzina@unicatt.it). This study has been conducted in the framework of the research Project I+D+i PID2020-112609GB-I00 «Property rights system over tangible goods in the field of European Private International Law: aspects of international jurisdiction and applicable law» funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation (MICIU/AEI/10.13039/501100011033). Websites mentioned in this study were visited on May 2024.

rem over tangible property. One project is led by the European Group of Private International Law (GEDIP)¹, while the other unfolds in the framework of the European Association of Private International Law (EAPIL)².

The experts involved in both projects agree that the main rule in this area should be that rights *in rem* are governed by the law of the country where the assets are located, that is, the law of the situs, or *lex rei sitae*. They also agree, albeit with some nuances, that special rules are needed to complement, or deviate from, the situs rule, as regards particular kinds of assets or situations, such as goods in transit, goods to be exported and means of transport subject to registration. Cultural property, the experts further agree, should also be dealt with under special rules, aimed to combat illegal removal and preserve the national heritage to which the concerned assets belong.

The texts that the two team are preparing are expected to address, among other things, the issue of the role that overriding mandatory provisions should be permitted to play in this area. According to a generally accepted definition, codified in Article 9(1) of the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations³, overriding mandatory provisions are substantive provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the situation under the pertinent conflict-of-laws rules⁴. Overriding mandatory provisions are allowed to interfere, in appropriate circumstances, with the normal operation of conflict-of-laws rules. This way, the substantive policies served by such provisions are thus implemented in the forum, whatever the law specified under the applicable conflict-of-laws rules.

The latest draft released by GEDIP specifies that nothing in the proposed conflict-of-laws rules would restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum. In addition, but only as regards claims for the recovery of stolen or illegally removed cultural objects, the court seized «may give effect» to the overriding mandatory provisions adopted for the protection of the national

¹ Information on the project is available in the «Documents» section of the Group's website, under the heading 'Goods —Intellectual Property — Insolvency': <https://gedip-egpil.eu>.

² See further, within the website of the Association, the page of the working group charged with project, in the «What we do» section: <https://eapil.org>.

³ Regulation (EC) No 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, p. 6.

⁴ On the notion of overriding mandatory provisions, as understood in EU law (and the law of Member States), see, generally, in the vast literature, F.M. Wilke, *A Conceptual Analysis of European Private International Law* (Intersentia 2019), p. 135 ff.

treasures by a foreign State other than the one whose law governs the matter, and with which the situation has a close connection.

This paper aims to contribute to the reflection on whether, in which circumstances and subject to which conditions, the overriding mandatory provisions of a law other than the *lex fori* and the *lex causae* (hereinafter, the law of a third country) should be allowed to interfere with the operation of a possible set of EU conflict-of-laws rules relating to rights *in rem*, as regards corporeal moveable property other than cultural property.

II. THE UNILATERALIST FLAVOUR OF THE *LEX REI SITAE* RULE: IS THERE ANY ROOM LEFT FOR OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS IN THE FIELD OF RIGHTS *IN REM*?

Conflict-of-laws rules are shaped by multiple factors. These may include a concern for the realisation of the substantive policies of the State, or States, that the legislator regards as the most affected by the situation, or the most interested in governing the social or economic reality considered. The *lex rei sitae* rule fits into this description, insofar as it reflects an understanding that the policies of the State of the situs carry a special weight when proprietary rights are at issue⁵. The situs rule may be clothed in bilateral words, but it reflects a logic that rather reminds of unilateralism⁶.

Things could hardly be otherwise. The regulation of proprietary rights reflects a combination of individual and collective interests. Due to their *erga omnes* effect, ownership and other rights *in rem* in tangible property have a crucial role to play in the functioning of the market where the property is sold, leased or used as a security. Thus, to effectively govern that market, a State must be able to shape, by its rules, the legal entitlements that individuals are granted over the items exchanged in that market. It follows that the State of situation of property, that is, the State whose economy and society are primarily or immediately concerned with the property in question, has a special title to determine the form and content of the rights in such property, the ways in which those rights may be created or transferred, and the remedies available for their protection.

Against this background, one may wonder whether there is any need, in practice, to accord any weight to the substantive policies of

⁵ See extensively on this topic L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens* (Economica 2006), p. 417 ff.

⁶ S. FRANCO, «Unilateralism», in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar 2017), p. 1779 ff.

a State other than the State where the assets are located, unless it is the State of the forum⁷.

It is hard to see how the law of that State which is not the State of the situs could claim a strong title to regulate the rights over an item of property, so strong that its mandatory provisions would be able to override the law of the situs.

A similar alteration might be conceivable, in particular, where the assets concerned have acquired, in their State «of origin», a special status, one that the right holder, or any interested third party, may want to claim after the situs of the property, and the law applicable thereto, has changed. In other words, reference is made to a situation where, pursuant to the law of State A, ownership in an item of property, connected with that State, entails special rights and obligations, the enforcement of which is regarded as crucial by State A for safeguarding its public interests. The question, then, is whether, and to what extent, those rights and obligations may still be enforced at a time when the item of property concerned is found in State B, in circumstances where, having regard to the rules on *conflict mobile*, the form and content of the rights in that item, and the remedies available to ensure their enforcement, are governed by the law of State B in accordance with the situs rule.

Two situations will be considered below for the purposes of analysing the described scenario.

III. THE RECOVERY OF ILLEGALLY TRANSFERRED NON-CULTURAL OBJECTS

The transfer of moveable assets located in a State, and/or their removal from that State's territory, may be restricted on a variety of grounds. These include, but are not limited to, a concern for the preservation of the national heritage of the latter State, on account of the cultural value of the assets concerned. Restrictions may also be justified on the ground that the availability of the property in question on the territory of the State is regarded as important for the State's national security (as it may occur, for example, with armaments) or for reasons of public health (as may be the case with medical devices).

These restrictions are normally enforced through «contractual» remedies. Contracts that purport to transfer the assets concerned by such restrictions are null and void, under the law of the State which

⁷ The forum State has an inherent interest in seeing its substantive policies enforced. The unrestricted application of the overriding mandatory provisions of the forum highlights in this respect the similarities that exist between overriding mandatory provisions and the public policy exception: A. BONOMI, «Article 9», in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds), *Rome I Regulation – Commentary* (Otto Schmidt, 2017), p. 614.

enacted the restrictions, unless they comply with the conditions set out for this purpose. Their nullity entails that the transferee has no title retain the assets.

The rules that provide for the nullity of these contracts would be enforced by the courts of the enacting State regardless of the law applicable to the contract. According to Article 9(2) of the Rome I Regulation, nothing in that Regulation limits the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum. Restrictions affecting the validity of contracts for the transfer of the goods in question may also be given effect — again, whatever the law applicable to the contract — in all other Member States. Article 9(3) of the Rome I Regulation stipulates that effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract are to be performed, in so far as such provisions render the performance of the contract unlawful. The latter conditions are fulfilled in the case considered, since the performance of a contract aimed at transferring an asset is obviously unlawful if effected in breach of the provisions that restrict such a transfer.

While the described approach is likely to be effective in a number of cases, situations might arise where contractual remedies are unavailable (e.g., because the removal did not occur on the basis of a contract, but rather by accident or theft), or prove insufficient.

Other avenues may then be explored, depending in the circumstances, to recover the property in question. The remedies provided under the rules on non-contractual obligations will likely be sufficient in a broad range of cases, although their effectiveness could be questioned in some scenarios, due to the fact that, unlike the Rome I Regulation, the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations is silent as regards the effect, if any, that may be given to the overriding mandatory provisions of third States.

What about recovery based on proprietary remedies, assuming that the recovery itself is sought before the courts of State other than the State that enacted the restrictions? The availability of proprietary remedies will then likely depend on the law applicable to the rights *in rem* in the assets concerned. It will depend, in other words, on whether the governing law is the law of the State that enacted the restrictions, or the law of a different State. In the latter case, the enforcement of the restrictions may not be ensured unless the court seised is ready to give effect to the restrictions in questions, either as a set of local data, if appropriate, or on the ground that the restrictions in question are overriding mandatory provisions of the State with which the assets concerned have a close connection.

If a future regulation on rights *in rem* were to contemplate this possibility, this would arguably need to be accompanied by a proviso to the one found in Article 9(3) of the Rome I Regulation. In considering whether to give effect to the provisions of the third country in question, the court should have regard «to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application». One key element that the court would assess is the degree by which the policies served by the restrictions concerned may be deemed to be consonant with the policies of the forum (or those of the applicable law).

IV. THE ENFORCEMENT OF DUTIES PERTAINING TO THE MOVEABLE ASSETS IN QUESTION

Under the classical liberal conception of ownership, property may essentially form the object of rights, i.e., entitlements to a benefit. Those rights are limited only by the rights of others and the public interest. The idea that ownership may involve a social function, and entail as such duties and responsibilities, while not new, is still seen by some as something close to an aspiration, rather than a principle capable of practical applications⁸.

In fact, rules are found in domestic legal orders whereby ownership entails certain duties for the owner, including duties the observance of which may be sought, in appropriate circumstances, by other individuals. Reference is made, here, to duties imposed on the owner because of ownership itself, not on some other grounds, such as negligence in the use of the assets. They are thus «proprietary» duties, for they relate to the property concerned in the same way as proprietary rights do⁹. Arguably, the law applicable to the proprietary rights in an asset should also determine the duties that pertain to that asset, provided they

⁸ See generally M. MIROW, «The Social-Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem, and Others», 22 *Florida Journal of International Law* (2010), p. 191 ff., and B. AKKERMANS, «Sustainable Ownership – New Obligations towards Achieving a Sustainable Society», 10 *European Property Law Journal* (2021), p. 277 ff. See also, skeptically, C. VON BAR, *Foundations of Property Law* (Oxford University Press 2023), p. 15-16. The idea that proprietary rights may entail duties and responsibilities rests on an understanding whereby the regulation of property, if property itself is viewed as a relational concept, calls for appropriate consideration of the interest of relevant non-owners. See generally on the debate surround this topic, E. VAN WAGNER, «Notes from the Periphery», in N. GRAHAM, M. DAVIES, L. GODDEN (eds.), *The Routledge Handbook of Property, Law and Society* (Routledge, 2023), p. 217 ff., and J. NEDELSKY, «A Relational Approach to Property», *ibid.*, p. 325 ff.

⁹ The Louisiana Civil Code, for instance, includes provisions dealing with «real obligations», to be understood as duties «correlative and incidental to a real right» (Article 1763). A real obligation, as stated in Article 1764 of the Code, «is transferred to the universal or particular successor who acquires the movable or immovable thing to which the obligation is attached, without a special provision to that effect».

are also capable of *erga omnes* effects (which should be assessed on a case-by-case basis).

Duties of this kind are found, *inter alia*, in the Member States' legislation regarding liability for environment damage. Directive 2004/35/EC, for example, requires an undertaking whose activity is carried out on a plot of land to remedy such environmental damage as may occur on that land¹⁰. In some Member States, like Italy, legislation enacted to implement the Directive provides that, where the undertaking concerned fails to take the required remedial measures, the person who owns the site, whether he contributed to the pollution, or not, must bear the costs of the measures taken by the competent authorities, as a last resort, on the land in question. The duty arises because of the person's status as owner, not because the pollution is to be attributed to that person on grounds of negligence or otherwise, and is considered by the Italian legislation to constitute an encumbrance («onere reale») on the site¹¹.

The legislation on waste management also contemplates situations where the owner of an item of property has duties that inherently relate to the item in question. Relevant here is Directive 2008/98/EC on waste¹². Its purpose, as stated in Article 1, is to protect the environment and human health by preventing or reducing the generation of waste, the adverse impacts of the generation and management of waste and by reducing overall impacts of resource use and improving the efficiency of such use. According to Article 3, point 1, of the Directive, «waste» means «any substance or object which the holder discards or intends or is required to discard». There is little doubt that waste, as understood by the Directive (and EU law, generally), is in fact a special kind of moveable property. Now, items of waste are not only the object of proprietary rights. They also entail proprietary duties, insofar as the owner is responsible of their management. While those duties are imposed, literally, on the «holder of waste», the Court of Justice acknowledged that the latter expression, as used in Directive 75/442/EEC of 15 July 1975 on waste¹³, the predecessor of Directive 2008/98/EC, is to be construed broadly, as referring not just to the possessor but also to the owner of the waste¹⁴.

¹⁰ Directive 2004/35/CE of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, OJ L 143, p. 56.

¹¹ For an analysis of the Italian legislation in question, against the backdrop of Directive 2004/35/EC, see Court of Justice, 4 March 2015, *Fipa Group*, Case C-534/13, ECLI:EU:C:2015:140.

¹² Directive 2008/98/EC of 19 November 2008 on waste, OJ L 312, p. 3.

¹³ Directive 75/442/EEC of 15 July 1975 on waste, OJ 1975 L 194, p. 39.

¹⁴ Court of Justice, judgment of 7 September 2004, *Van de Walle*, Case C-1/03, ECLI:EU:C:2004:490, para 55. In her Opinion, Advocate General Kokott had suggested that the term ought to be referred to the owner, rather than the possessor. The duties in question, she argued, are such that they «can only be met if there is not only actual possession of the waste but

All in all, the owner of an item of waste (which can consist, incidentally, of excavated contaminated soil), may have, as such, both rights and duties that pertain to that item.

And while his proprietary rights in the waste in question do not display any peculiar feature, his duties reflect a concern for the protection of the environment and human health. The provisions that contemplate the duties in question may fit, on this ground, into the definition of «overriding mandatory provisions» examined above.

If they do, situations might arise where the property in question, encumbered by the said duties when it was on the territory of State A, was later transferred to State B. Insofar as the law applicable to the proprietary rights (and duties) is the law of State B, the observance of the duties stipulated in the law of State A may not be ensured (in a State other than A) unless the court seised is permitted to give effect to the overriding mandatory provisions of a third State (State A, in the circumstances).

V. CONCLUDING REMARKS

The *lex rei sitae* rule, if complemented by a set of special rules dealing with particular kinds of assets, is likely to ensure in the vast majority of cases a balanced consideration of the different substantive policies underlying property rights in cross-border cases. The room left for overriding mandatory provisions is accordingly very limited, in practice, especially as regards the mandatory provisions of a State that is neither the forum nor the State whose law is to govern the situation pursuant to the applicable conflict-of-laws rules.

Situations may nevertheless arise where it would make sense to permit the seised court to give effect to the latter provision. This would only occur rarely, and the usual safeguards that surround recourse to the overriding mandatory provisions of a third State would apply.

It is open to debate whether such a rare occurrence would justify the introduction of a provision similar to Article 9(3) of the Rome I Regulation in a future EU instrument on the law applicable to rights *in rem*. Admittedly, further analysis is needed on the topic.

also an entitlement to dispose of it»: Opinion of 29 January 2004, *Van de Walle*, Case C-1/03, ECLI:EU:C:2004:67, para 56.

RETHINKING *CONFLIT MOBILE*: APPLYING THE LAW OF COMI TO RIGHTS *IN REM*

Gilles CUNIBERTI*
University of Luxembourg

SUMMARY: I. INTRODUCTION.— II. JUSTIFYING THE APPLICATION OF THE LAW OF COMI: 1. Challenging the rationales for the application of the *lex situs*; 2. The alternative choice of law rule in more details; 3. Comparing the merits of the two choice of law rules: 3.1 Stability of Connecting Factor and Legal Certainty; 3.2 Insolvency.— III. SCOPE OF THE NEW CHOICE OF LAW RULE: 1. Assets; 2. Actors; 3. Conflicts; 4. Third States.

I. INTRODUCTION

One of the major issues raised by the application of the *lex rei sitae* to *in rem* rights is that the connecting factor on which the choice of law rule relies can be unstable. If the relevant asset is moveable, it can be moved to another jurisdiction, which would result in the connecting factor designating another law. This is a traditional problem in the conflict of laws, that French scholars have labelled *conflit mobile*. It is not peculiar to property law, as many other connecting factors (nationality, residence, seat of companies, etc.) can change and trigger a change in the applicable law. But it is probably in property law that the problem is the most acute, because assets cross borders routinely, in particular in the context of international trade (goods and raw materials for instance), international transportation (planes, trains and trucks for instance) or workers commuting (cars).

* Professor of Private International Law and Comparative Law, President of the European Association of Private International Law.

A change of the applicable law creates the need to delineate the respective scopes of the old and new applicable laws. In principle, this should mean that certain issues, which arose at the time when the old law applied, should be governed by the old law, and other issues, which arose after the change of applicable law, should be governed by the new law. Experience has shown, however, that this model can require a certain degree of similarity between the two laws and that, otherwise, the new law might simply ignore the prior applicability of the old law and claim exclusive application. In the context of *in rem* rights, the French Supreme court has famously held that a security interest unknown of French law could not produce effect in France after the relevant assets was moved to France¹. While the court left open whether the law of the old *lex situs* might govern the validity and constitution of the security interest, it held that “French law alone governs *in rem* rights over property situated in France” and that, as a result, a foreign security based on the transfer of the ownership of the asset to the creditor, could not produce effect in France. In effect, the French supreme court had applied French law to determine whether such security interest could exist, and had denied any room to the old *lex situs*. The two laws were simply too different.

The purpose of this paper is to explore whether the problem of *conflit mobile* could be addressed by moving away from the *lex situs* and applying instead the law of the centre of the main interests of the owner of the relevant asset².

II. JUSTIFYING THE APPLICATION OF THE LAW OF COMI

1. Challenging the rationale for the application of the *lex situs*

The essential reason justifying the application of the *lex rei sitae* to *in rem* rights is to protect third parties. Unlike obligations, *in rem* rights produce effect *erga omnes* and thus directly affect third parties. This explains why, under the law of many jurisdictions, new *in rem* rights cannot be freely established by the parties to a particular transaction. Third parties should be able to determine which *in rem* right might

¹ Cass. req., 24 May 1933, *Sirey* 1935, 1, p. 253, note Batiffol ; Cass. 1re civ., 8 July 1969, *Sté DIAC*, *Journal Droit International (JDI)* 1970, p. 916, note Derruppé ; *Rev. crit. DIP* 1971, p. 75, note Fouchard ; *JCP G* 1970, II, 16182, note Gaudemet-Tallon. – Cass. 1re civ., 3 mai 1973, *Sté hollandaise de Banque*, *JDI* 1975, p. 74, note Fouchard ; *Rev. crit. DIP* 1974, p. 100, note Mezger.

² This proposal was developed in the context of the EAPIL Working Group on international property law (which includes: Eva-Maria Kieninger (Chair), Janeen Carruthers, G. Cuniberti, Morten M. Fogt, Ivan Heredia, Teemu Juutilainen, Afonso Patrão, Jonathan Schenk, Teun Struycken, Anna Wysocka-Bar). The details of the proposal are still being discussed by the members of the working group. This paper expresses the views of the author alone.

have been constituted over a particular asset, because it would affect them. The types of *in rem* rights available to the parties should thus be limited (*numerus clausus* principle). In addition, most states require that third parties be offered the possibility to inform themselves about the constitution of *in rem* rights by requiring that the parties constituting such rights comply with certain publicity requirements. Again, third parties willing to inquire about the existence of a certain type of *in rem* right over a particular asset should be able to do so by trusting the publicity that their state might have organised for *in rem* rights constituted over this particular category of assets.

It is commonplace that international economic relations have increased dramatically in the last decades. This is particularly so in the European Union, where the internal market was established. Before this evolution, it is possible that most third parties only contemplated domestic economic relations, and would not expect that the assets that they might find within their jurisdiction could have been imported from another jurisdiction. In today's world, however, this is hard to believe. Many economic actors are involved in international trade, and all of them know that assets cross borders on a regular basis. It is very doubtful that they assume that an asset belonging to a foreign corporation is necessarily governed by local property law for the sole reason that it is found within their jurisdiction at any given moment. What is more likely is that the fact that they are dealing with a foreign actor will lead them to wonder about whether the law of origin of the foreign actor might apply. It will be obvious to them that it cannot be enough to just check local registers and that, if a security interest was constituted over the relevant asset, it might well have been registered in another country, whether the country of origin of the actor, or possibly the country where the asset was manufactured. If the transaction is worth it, they will incur the costs of consulting a lawyer to clarify the situation. Otherwise, they will just take the risk, or seek to secure the payment of their claim differently, for instance by asking for downpayments.

The justification for the application of the *lex rei sitae* is thus much less solid and obvious than it used to be. This is particularly so where the likelihood of the application of the law of another state is signalled to third parties. The most obvious signal of the potential applicability of foreign law could be that the fact that the owner of the asset would be a foreign actor, and that this foreign actor would have recently transported the asset from his home jurisdiction to the current situs, where the owner would be dealing with the third party. Arguably, however, a similar signal would also be sent by the mere fact that the owner of a moveable asset would be a foreign actor, irrespective of any additional information with respect to recent transportation of the asset from the home state of the owner to the current situs. The signal could also be sent by appropriate information appearing on the asset itself. If

the assets are bottles of champagne, or Bordeaux wines, one does not need to be a rocket scientist to realise that they were transported from France to the current *situs*. One could also imagine that an inscription could appear on an asset stating that it is subject to a security interest constituted under foreign law to the benefit of a particular creditor.

Even if alerted about the potential relevance of foreign law, one could wonder whether it would not be complicated for a third party to inquire about the status of a particular asset under foreign law. An argument could be made that third parties could be expected to know how to inquire about the existence of local *in rem* rights, but that they could not be expected to know how to inquire about foreign rights. This argument would be based on the assumption that third parties are generally knowledgeable about property law, but know only their own property law. The argument might be appealing for lawyers, who are knowledgeable in one system of property law, the one in which they are qualified to practice, and typically only that one. For them, whether the applicable law is their own or a foreign one makes a big difference. But the third parties themselves are not lawyers, but economic actors. They will typically not be knowledgeable in any system of property law, because they will not have studied law. They will thus seek advice from, and rely on, lawyers. While they will likely first turn to their habitual lawyers, those of their jurisdiction, this will not mean that the clients will expect to hear that the law of their jurisdiction applies. As already underscored, they will suspect that the situation is complicated, and that the law of the foreign actor with whom they are dealing might apply. If this is confirmed to them, they will turn to a foreign lawyer. If one does not look at this situation from the point of view of lawyers, who never like to advise their client to go and see another lawyer, but rather of economic actors, this will not create any issue.

It is submitted, therefore, that the rationale for the application of the law of the *situs* is not as strong as it might first appear. It could be replaced with another law which could equally advance the central purpose of property law, namely the protection of third parties. If such an alternative existed, the issue would then arise of whether it would have benefits which would justify preferring it over the traditional *situs* rule.

This paper will argue that the protection of third parties could be achieved by the application of the law of the COMI of the owner of the assets. Although a more extreme and far reaching system could be imagined, the proposal would be to make the competence of the law of the COMI conditional upon the registration of the existence of the relevant *in rem* right in a public registry maintained in the State of the COMI of the owner. As a result, third parties dealing with the owner in other jurisdictions (or their lawyers) could verify whether *in rem* rights were constituted under the law of the COMI over the relevant asset. As already

underscored, third parties dealing with a foreign actor should intuitively consider that his moveable assets might be subject to *in rem* rights which were constituted before the assets were moved to another jurisdiction. When turning to their lawyers, third parties would be advised that they should verify this in the public registry established in the State of the COMI of the owner of the asset.

In a large ensemble such as the European Union, the new rule, if adopted through EU legislation, could enter into force at the same time in all the Member States, and thus change at the same time the expectations of all economic actors. After the entry into force of such legislation, all EU commercial actors should know that commercial parties have the possibility of registering any interest that they grant in a registry established in the State of their COMI, and that this would result in full extra territorial application (as the case maybe) of the law of the State of the COMI throughout the EU. The EU could also assist in the establishment of an interconnected system of national registries which could be accessed from all Member States, as it has done in other fields of commercial law³. The new EU legislation could require or encourage⁴ all Member States to either establish such registry, or indicate which existing national register could be used for that purpose. Each Member State would then be required to communicate which registry would be available for the purpose of the operation of the new rule and trigger the application of the law of the COMI.

2. The alternative choice of law rule in more details

The new choice of law rule would provide for the application of the law of the COMI of the owner of the relevant asset to all aspects of the regime of property rights registered in the designated registry in the State of the COMI of the owner of the asset. The law of the COMI of the owner would thus govern the acquisition, the creation, the content and third party effects of the property right constituted over the asset and registered in the designated registry. In principle, the choice of law rule could apply to all property rights. Experience has shown, however, that it is primarily security interests which have been jeopardised by the application of the *lex situs*, and that it is primarily creditors constituting security interests over moveable assets who suf-

³ For instance, in the context of the insolvency: see Arts. 24-27 of Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) ('EIR').

⁴ Member States could be left free to establish such a registry to offer the possibility to local economic actors to benefit from the possibility to submit *in rem* rights to the law of COMI. In case they would not, they would report to the Commission that no registry has been established for the purpose of the rule, which would be advertised on the appropriate website of the Commission.

fer from the application of the *lex situs* as they face considerable legal uncertainty. It could thus be envisaged to limit the scope of the new choice of law rule to security interests.

The choice of law rule would provide for the application of the law of the COMI of the owner of the asset, who would typically be the grantor of the security interest, only for those property rights or security interests actually registered in the designated registry in the State of the COMI. In the absence of registration of the relevant property right, the law of COMI would not apply. The traditional rule would apply instead.

Registration of property rights in the relevant registry would thus be a possibility, but not an obligation. It would be for the parties to the relevant transaction, for instance the lender and the borrower, to decide whether the security interest granted by the borrower to the lender should be registered and benefit from the application of the law of COMI. This would be a commercial decision to be made by those parties, which would depend on the value of the transaction, and the chances that the assets might be moved to another jurisdiction.

The essential benefit for the parties would be to ensure that the law of the COMI would be the only law governing the property regime of the property right, and that this would not change for the sole reason that the asset would be transported or otherwise moved to another country. The law of the new *situs* would not apply, and it would thus not be necessary to coordinate its application with the law of the COMI. There would be no issue of «recognition» of the property right constituted under the law of COMI in the legal system of the new *situs*, because the law of the new *situs* would not apply. This is what would provide legal certainty to the parties who would have constituted the property right and cared to register it in the relevant registry in the State of the COMI.

Third parties operating in the State of the new *situs* would be protected by the possibility to inquire, from that State where they would presumably reside, into the relevant registry established in the State of the COMI, whether the foreign actor with whom they would be dealing would have already established property rights over the asset. The registries should thus be public registries, i.e. registries which would be publicly accessible. Critical to the protection of third parties would be that the relevant registries in all Member States would be clearly identified. The EU could require from all Member States that they declare which registry would be used for that purpose,⁵ and would trigger the application of the law of the relevant State.

⁵ Or, as the case may be, that a given Member State would have decided not to establish such registry.

As already underscored, the EU could also mandate that all national registries be interconnected⁶.

An important consequence would thus follow, which would be quite revolutionary from a private international law perspective. The EU legislation adopting this system should expressly provide that the Member States would be prohibited to use the public policy exception or overriding mandatory provisions for the purpose of denying the recognition of property rights constituted under the law of COMI and registered into the designated registry of that State on the ground that the property right would not exist under the local property law (*numerus clausus* principle) or on the ground that the local publicity requirements would not have been fulfilled. The public policy exception would remain available, and the overriding mandatory provisions of the forum could still be applied for protecting other interests of the Member States, such as public law interests (protection of cultural property, environmental legislation, etc.). But it could not be used to reintroduce the application of the *lex situs* for the purpose of requiring the completion of local publicity requirements, or prevent a foreign *in rem* right unknown in the new situs from producing any effect.

The establishment of a registration system would only aim at addressing a choice of law issue, i.e. triggering the application of the law of the COMI to the property right throughout the EU. It would not aim at changing the substantive law of the Member States and, in particular, at requiring that certain property rights be registered to come into existence or produce third party effects. Registration would only trigger the application of the law of COMI, and any other effect that the substantive law of COMI would attach to such registration⁷.

In Member States where the law requires that certain property rights be registered for either ensuring the continuing existence of the property right, or for that right to produce third party effects, the same registry used for those purposes could be designated by the relevant Member State to the European Commission for the purpose of the operation of the new choice of law rule, and thus for triggering the application of the law of the COMI. Registration would thus serve both the purpose of

⁶ The EU has done so in the context of insolvency: see art. 25(1) of the EIR: «*The Commission shall establish a decentralised system for the interconnection of insolvency registers by means of implementing acts. That system shall be composed of the insolvency registers and the European e-Justice Portal, which shall serve as a central public electronic access point to information in the system. The system shall provide a search service in all the official languages of the institutions of the Union in order to make available the mandatory information and any other documents or information included in the insolvency registers which the Member States choose to make available through the European e-Justice Portal*».

⁷ See art. 24(5) of the EIR : «*The publication of information in the registers under this Regulation shall not have any legal effects other than those set out in national law and in [the EIR]*».

triggering the application of the law of the COMI and the purpose of producing any substantive effect provided by the property law of the State of the COMI.

In Member States where the law of property does not require any form of publicity for the relevant property right to be fully effective, this would not change. However, if grantors established in those States wanted to benefit from the new choice of law rule, they would have to register their property right in a registry for that purpose. Experience has shown that it is precisely such property rights, and in particular security interests fully effective without any form of publicity, which were denied recognition in other European States. The main example is probably the German *Sicherungsübereignung*, which is a property based security interest which is fully effective despite being non possessory and not subject to any form of publicity. German grantors of *Sicherungsübereignungen* would need to register them in a registry established for that purpose in Germany and declared as such to the European Commission. It would be for German grantors and their creditors to assess whether it would be worthwhile, or whether they would prefer to bet on the recognition of their right in other Member States under the *lex situs* rule. It would also be for the German State to assess whether offering this option to German grantors would be important enough to invest the resources to establish such a registry.

3. Comparing the merits of the two choice of law rules

3.1. *Stability of Connecting Factor and Legal Certainty*

The fundamental issue raised by the application of the *lex situs* to property rights is the potential instability of the connecting factor. The issue is not only that the situs of moveable assets can change. Other connecting factors used for other choice of law rules can also change. Natural persons can change nationality, residence or domicile. Companies can change their seat, or indeed their COMI. The real issue with the *situs* of moveable assets is that it can be changed very easily, by merely bringing physically the asset to another country. Changing nationality, residence or even the seat of a company is much more complicated and requires to take numerous steps, some of which are very burdensome. As a result, while certain persons change residence or nationality, they rarely do so, and even less do so frequently. In contrast, the *situs* of certain assets changes very frequently. Certain moveable assets cross borders on a daily basis.

The proposed choice of law rule would rely on a connecting factor, the COMI, which would be incomparably more stable than the *situs*

of moveable assets⁸. It is true that the COMI of a company can be changed. But this is very burdensome. It requires that numerous steps be taken, in particular to ensure that the decisional organs meet in a new country, and that these change be verifiable by third parties. As a result, while it can happen, it does not happen frequently. Resorting to the COMI instead of the situs of moveable assets would thus bring much more stability to the connecting factor, and much more legal certainty to economic actors. This being said, a rule addressing the possibility of change of COMI should be included in a future EU legislation adopting the choice of law rule advocated in this paper.

3.2. *Insolvency*

A second advantage of the application of the law of the COMI of the owner of the asset is that it will typically coincide with the law governing insolvency proceedings. The main choice of law rule in the EU and in many other countries is that the law applicable to insolvency proceedings is the law of the State where the debtor has its COMI. This is because the law applicable to insolvency proceedings and their effects is the law of the State within the territory of which such proceedings are opened (*lex concursus*),⁹ and the court of the COMI of the debtor has exclusive jurisdiction to open main insolvency proceedings against the debtor.¹⁰

In practical terms, the main reason why creditors are granted security interests over the assets of their debtor is to ensure payment where the debtor is confronted with financial difficulties. The opening of insolvency proceedings is thus likely, and the *lex concursus* would apply to determine “the assets which form part of the insolvency estate”¹¹ and “the ranking of claims and the rights of creditors who have obtained partial satisfaction after the opening of insolvency proceedings by virtue of a right *in rem*”.¹²

The advantage, however, is limited within the scope of EU insolvency law. Full European integration could not be achieved in the context of insolvency. The political compromise which was reached instead is that of ‘modified universalism’,¹³ which allows for the opening of secondary insolvency proceedings and insulate *in rem* rights over assets

⁸ As will be developed below, this means that the application of the new choice of law rule to immovable assets is much harder to justify.

⁹ See art. 7(1) of the EIR.

¹⁰ See art. 3(1) of the EIR.

¹¹ See art. 7(2)(b) of the EIR.

¹² See art. 7(2)(i) of the EIR.

¹³ See, e.g., A. LEANDRO, in CUNIBERTI, G. and LEANDRO, A. (eds), *The Insolvency Regulation and Implementing Legislations – A Commentary*, Edward Elgar, 2024, para. 3.001.

situated in Member States other than the State of COMI from the reach of the *lex concursus*.¹⁴

Although the European Insolvency Regulation does not govern the law applicable to *in rem* rights, which is an issue outside of its scope, it seems clear that part of the compromise which led to the adoption of the model of ‘modified universalism’ was based on the same assumption which justifies the application of the *lex situs*. Local creditors assume that the law of the situation of the asset will apply, and their expectations should be protected. If it was recognised that this rationale is not really convincing, and if the law governing *in rem* rights became the law of the COMI of grantor of security interests, one could then reflect on whether the political compromise could be revisited, and whether what is essentially a failure of European integration could be remedied.

III. SCOPE OF THE PROPOSED CHOICE OF LAW RULE

1. Assets

It should first be underscored that in many legal systems, the *lex rei sitae* has already been replaced by another more appropriate choice of law rule for certain specific categories of assets which are subject to registration. This is the case, for instance, of property rights in ships and in aircrafts, which are governed by the law of the country where the relevant asset is registered.

There are several reasons why these assets should be left outside of the scope of the new rule proposed in this paper.

The first reason is that the application of the law of the country where the asset is registered already offers the advantages that the new rule is purporting to offer. It is a stable connecting factor which offers legal certainty to economic actors. The registration of the relevant rights allows third parties to inquire about the existence of the rights by consulting the relevant registries. These advantages explain why the application of the law of the country of registration is often used for means of transportation which frequently cross borders (and often circulate beyond any national sovereignty). Indeed, one could reverse the discussion and make the argument that the existence of this rule and its rationale demonstrate that the shift from the *lex situs* to the law of a place where the relevant asset could be registered is an appropriate solution.

¹⁴ See art. 8 of the EIR. For a critical assessment of art. 8, see T.H.D. STRUYCKEN, in CUNIBERTI, G. and LEANDRO, A. (eds), *op. cit.*, paras 8.072 – 8.108.

The second reason is that the competence of the law of the place of registration is recognised by widely ratified international conventions¹⁵. It is also indirectly recognised by Article 14 of the EU Insolvency Regulation, which provides that the “*effects of insolvency proceedings on the rights of a debtor in immovable property, a ship or an aircraft subject to registration in a public register shall be determined by the law of the Member State under the authority of which the register is kept.*” It would thus be complex and probably unrealistic to change the rule on such a large scale, and changing it only at regional level would introduce confusion and legal uncertainty.

The exclusion should also cover property rights in immovable assets, for three reasons. The first is that, because immovable assets cannot move, the application of the *lex rei sitae* does not raise the issues that it raises for moveable assets. The second reason is that most property rights in immovable assets are typically subject to registration. The third reason is that the competence of the *lex rei sitae* to immovable property has traditionally been perceived as a matter of course, possibly justified by sovereignty arguments.

An open question is whether the exclusion should extend to cars. Cars are assets registered through a matriculation system. They are also highly mobile assets, and some cars (and trucks) cross borders on a daily basis. Many of the most famous cases on *conflict mobile* were concerned with property rights in cars which had crossed borders¹⁶. Yet, it has rarely been proposed to submit the property regime of cars to the law of the country where they are matriculated, as evidenced by, inter alia, Article 14 of the EU Insolvency Regulation. There are no international convention on point, and national PIL legislations have rarely provided a special regime for cars. There are exceptions, however. Article 46(3) of the Portuguese Civil Code, for instance, provides for the application of the law of the State under the authority of which the register is kept to all means of transport submitted to a registration regime. And it is indeed hard to see why the rationale justifying the application of the law of the country of registration to ships and aircrafts should not apply to cars¹⁷.

¹⁵ See, e.g., for ships, Protocol No. 1 concerning rights *in rem* in inland navigation vessels to the UN Convention on the registration of inland navigation vessels of 25 January 1965; UN Maritime Liens and Mortgages convention of 6 May 1993, and for aircrafts, UN Convention on the International Recognition of Rights in Aircraft of 19 June 1948.

¹⁶ In France, see Cass. 1re civ., 8 July 1969, *Sté DIAC*, supra n. 1. In Germany, see BGH, 11 March 1991, II ZR 88/90. In the Netherlands, see Hoge Raad, 17 September 2016 (Daytona), ECLI:NL:HR:2016:2118 (for a report in English, see T.H.D. STRUYCKEN, «Daytona (a cross-border story on acquiring Ferraris)», in FABER, D., SCHUIJLING, B. and VERMUNT, N. (eds.), *Trust and Good Faith Across Borders (Liber Amicorum for prof.dr. S.C.J.J. Kortmann)*, Kluwer Legal Publishers, 2017 p. 239-255).

¹⁷ A justification which is sometimes offered for the application of the law of the country of registration is that registration under the applicable substantive law has far reaching effects, such as creating the relevant *in rem* right. Against this background, cars could be excluded on

2. Actors

Another issue is whether the scope of the proposed new rule should be limited to cases involving certain categories of actors.

An argument could be made that the new rule could only benefit sophisticated actors. One could argue that only sophisticated actors would understand globalisation and its consequences. Only such actors might understand that the assets that foreign actors would hold might have been recently imported from the country of origin of the foreign actor, and might be subject to foreign property rights constituted abroad. Additionally, sophisticated actors would also have the financial resources to consult a lawyer if alerted about the possibility that a given asset belonging to a foreign actor might be subject to a foreign property right. In contrast, the argument would go, a consumer could not be expected to understand globalisation. He might simply assume that an asset situated on the territory of his country of residence could only be subject to local property law. In other words, consumers might be surprised by the application of the law of the COMI instead of the *lex rei sitae*.

If one was convinced by this argument, one way to address it would be to limit the scope of the proposed COMI rule to transactions involving professional actors, and exclude its application where one of the parties involved, for instance a third party who would benefit from a competing property right over the asset created under the *lex rei sitae*, would be a consumer. An alternative view, however, would be that the issue could be addressed by the applicable substantive law. If a consumer deserved special protection in such a case scenario, this protection should be afforded by the applicable substantive law, and there is no reason to believe that the law of the COMI would necessarily offer a lower protection in this respect. Indeed, international consumer law has traditionally posited that consumers expect the application of the law of their habitual residence¹⁸, not of the *lex rei sitae*.

The argument in favour of excluding consumers from the COMI rule, and the problem that it identifies, are not very convincing, however. The main reason is that they assume that unsophisticated parties have expectations about the law governing their property rights in an international context. As argued above, it does not seem realistic to expect from

the ground that matriculation of cars is only administrative in nature, and has no impact on their property regime. The justification, however, is flawed. It is based on a confusion between substantive law and private international law. And it posits that the substantive law of all States will associate the relevant effects to the registration of the relevant assets. But this is not the case: under French law, registration of *in rem* rights in immoveable assets only triggers third party effect of the right, and does not impact their existence.

¹⁸ See, e.g., Rome I Regulation, art. 6(1).

unsophisticated parties any knowledge of property law, and even less any knowledge of private international law. In other words, consumers have no clear idea about the property rights that they might have over a certain asset, and even less of the applicable law to these rights.

3. Conflicts

The main purpose of the new rule would be to designate the law of the COMI of the owner of the asset, or the grantor of the security right, to all aspects of the property regime of the relevant property right. The law of the COMI would thus govern the acquisition, the creation, the content and the third party effects of the property right constituted over the asset and registered in the designated registry of the State of COMI.

The law of the COMI of the grantor of a security interest should also govern priority conflicts with any security interests created after the registration of the security interest in the designated registry in the State of COMI. It should, in particular, govern priority conflicts with security interests created subsequently on the territory of another State and thus, in principle, pursuant to the law of that other State. Any person dealing with the debtor should be aware that his assets might be subject to security interests, and thus ready to accept that such security interest might take precedence to the new security interest if so provided by the law of COMI. Before taking a new security interest over the relevant asset, creditors in the State of the new *situs* should inquire whether a prior security interest was constituted in the State of COMI.

Imagine, for instance, that company A grants and registers a security interest in an excavator pursuant to the law of COMI. The excavator is used in another Member State, where it is brought to a garage for repair. The law of the *situs* grants a statutory interest over the asset to the garage for payment of the repair services. The priority conflict between the security interest granted by company A under the law of COMI and the subsequent statutory interest arising under the *lex situs* should be governed by the law of COMI.

It should be noted that the resolution of the priority conflict would require that the new security interest be adapted for the purpose of characterization under the priority rule of the COMI. In this example, the statutory interest afforded under the *lex situs* should be adapted and characterized under the law of COMI for the purpose of application of the rule of the law of the COMI on priority conflicts.

Another type of conflict could arise between the holder of a security interest constituted under the law of the COMI of the grantor of the security interest and third parties claiming new property rights over the asset pursuant to general rules of property law. For instance, the

asset could be affected by certain operations such as commingling, accession or incorporation into an immoveable asset. Likewise, the asset could be sold to a good faith purchaser. For instance, to come back to the previous example, the excavator could be sold in another Member State than the COMI at the end of the project. It would be necessary to determine whether the effect of the sale on the security interest constituted under the law of COMI and the conditions under which the purchaser might be protected as a good faith acquirer are governed by the law of the *situs* or the law of the COMI. One could conceive that these conflicts be governed by the law of the COMI, or that they be considered outside the scope of the new rule and thus subject to the traditional choice of law rule. A related issue would be that of the law applicable to the determination of whether the creditor who had taken the security interest over the asset under the law of COMI would be entitled to assert his right over the claim for the payment of the price owed by the debtor to the acquirer, or over the proceeds of the sale.

4. Third States

Finally, the geographical scope of the new choice of law rule should be determined.

In principle, EU regulations establish choice of law rules of universal application. They apply irrespective of the connections between the parties and the relevant legal relationship to Member States of the EU. The proposed choice of law rule, however, would rely on a registration system that the EU would mandate, or at least encourage. It would seem, therefore, that the rule could only apply as between the Member States of the EU which would have established the relevant registries and declared them to the European Commission for the purpose of the determination of the applicable law.

Limiting the scope of the rule to owners of assets, or grantors of security interests, established in the EU would be one possibility. It would be perfectly conceivable, however, for the EU to recognise registries established in third States as functionally equivalent to the registries established for the purpose of the new rule in the Member States, and thus to grant the benefit of the new rule to parties established in those States. One could also imagine that the EU invites declarations of third States willing to participate in and benefit from the rule to inform the EU of the registries that they would consider as equivalent to the designated registries in the EU. This would not be the first time that EU legislation produces indirectly effects in third States¹⁹.

¹⁹ See generally A. BRADFORD, *The Brussels Effect – How the European Union Rules the World*, Oxford, 2019.

DRAFTING AN EU CHOICE-OF-LAW RULE FOR PROPERTY RIGHTS IN MEANS OF TRANSPORT: SOMETHING OLD, SOMETHING NEW

Jonathan SCHENK*
University of Antwerp

SUMMARY: I. INTRODUCTION.- II. WHY AND FOR WHICH KINDS OF MEANS OF TRANSPORT IS A SPECIAL CHOICE-OF-LAW RULE DESIRABLE?.- III. TERMINOLOGY.- IV. CONNECTING FACTOR: 1. Connecting factor for watercraft.- 2. Connecting factor for aircraft.- 3. Connecting factor for railway vehicles.- 4. Connecting factor for motor vehicles.- V. CONCLUSION.

I. INTRODUCTION

1. Since the Treaty of Amsterdam, the EU has increasingly adopted private international law (PIL) instruments¹. While many of these

* PhD candidate at the University of Antwerp (jonathan.schenk@uantwerpen.be), funded by the Research Foundation Flanders (FWO - 1118422N). Parts of this study have been conducted in the framework of the Working Group on International Property Law of the European Association of Private International Law (EAPIL). The author extends his gratitude to this Working Group's members for sharing their valuable insights during the discussions on the topic of this paper. Special thanks are due to prof. dr. Eva-Maria Kieninger for her input to the section on motor vehicles. In addition, the author thanks his colleagues from the University of Antwerp, prof. dr. J. Meeusen, dr. Wout De Cock, Helga Luku, and Fien Van Reempts, for providing valuable feedback on an earlier draft of this text. All the websites mentioned in this study were visited on 5 May 2024.

¹ For a more comprehensive discussion of this topic with additional context, see C. S. RAPATZ, *Das Internationale Privatrecht der EU Vorbild oder Vormacht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023, pp. 1-32.

instruments contained conflict-of-law rules on a wide range of issues², choice-of-law rules regarding property law matters have largely³ remained untouched. However, despite the absence of legislative proposals in this field, considerable attention has been devoted to academic work⁴ on a comprehensive EU instrument concerning property rights in tangible assets in recent years. This research will prove valuable should the EU legislator indeed decide to adopt such an instrument.

2. If the EU legislator were indeed to decide to embark on that path, it is highly probable that the *lex situs* (*lex rei sitae*) principle would be chosen as the ‘general’ rule for determining the applicable law to tangible assets⁵, given its ancient lineage and widespread global application as the fundamental principle in choice-of-law rules concerning tangible property⁶. According to the *lex situs* principle, the assets’

² For example, contractual obligations (Regulation 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)), non-contractual obligations (Regulation 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)), and insolvency proceedings (Regulation 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (Insolvency Regulation)).

³ Several EU PIL instruments have touched upon property law matters. See, e.g., Art. 22 Council Regulation 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (Matrimonial Property Regime Regulation), providing the possibility for spouses to designate the applicable law to their matrimonial property regime. Art. 22 Council Regulation 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships (Registered Partnership Regulation) offers a similar approach for the property consequences of partners’ registered partnerships. Art. 31 Regulation 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (Succession Regulation) imposes the obligation of ‘adaptation of rights *in rem*’ on Member States. This entails that a Member State must adapt a property right to the closest equivalent property right under its own law, whenever a property right, to which a person is entitled under the law applicable to the succession, is not known to the law of that Member State.

⁴ Numerous (groups of) legal scholars have been conducting research on one single comprehensive EU instrument regarding choice-of-law rules for property rights in tangible assets in recent years. See, e.g., the ongoing work conducted by GEDIP (Working Paper «The law applicable to rights *in rem* in corporeal assets» of 17 September 2023, accessible on gedip-egpil.eu), and by the Working Group on Property Law of the European Association of Private International Law (eapil.org). See also the recent Spanish research project «Regime of rights *in rem* over tangible property in European private international law: issues of international jurisdiction and applicable law».

⁵ This choice was also made by GEDIP. Art. 4 (General rule) of its Working Paper (reference in footnote 4) stipulates: «The proprietary rights in an asset are governed by the law of the State within the territory of which the asset is located».

⁶ B. AKKERMANS and E. RAMAEKERS, «Lex rei sitae in perspective: national developments of a common rule?», in AKKERMANS, B. and RAMAEKERS, E. (eds.), *Property Law Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 125-128; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Rights *in rem*, property and trust», in CALVO CARAVACA, A.-L. and CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (eds.), *European Private In-*

location (*situs*) serves as the connecting factor, thereby governing property rights in an asset according to the law of the state in which the asset is located.

However, the question arises whether means of transport, as specific types of assets, should be subject to the *lex situs* principle as well. One drawback of the *lex situs* rule is the successive change of the applicable law whenever the asset is moved to another jurisdiction, leading to mobile conflict⁷ (*conflit mobile*⁸ or *Statutenwechsel*⁹) situations. Consequently, one may contemplate whether means of transport should be afforded a distinct, ‘special’ choice-of-law rule (*lex specialis*), utilizing a different and more stable connecting factor than the *situs*.

3. The first section of this contribution explains why such a specialised choice-of-law rule is indeed desirable, while also identifying specific types of means of transport to which this applies. The second section delves into the terminology that could be employed for this specialised choice-of-law rule: should the EU legislator opt for a broader or narrower terminology (e.g., ‘aircraft’ *versus* ‘aeroplane’)¹⁰? The third section centres on determining the most suitable connecting factor for each type of means of transport: as will be elucidated, while the ‘state of registration’ is commonly utilised as a connecting factor for the choice-of-law rule in many Member States, it may indeed not always be the most effective choice for *every* category of means of transport. The fourth and final section encapsulates the conclusion of this contribution.

4. This contribution aims to capitalise on the insights that can be gained from assessing the diverse choice-of-law rules currently in place within the Member States. Furthermore, it explores various international conventions and EU instruments that include substantive law provisions, yielding insight into the practical operational dynamics of certain categories of means of transport. As will be demonstrated, this serves to balance the *pros* and *cons* of the various approaches to designing the special choice-of-law rule.

ternational Law, Granada, Comares, 2022, pp. 384, no. 892; H.-P. MANSSEL, «Connecting factor», in BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. and DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, I, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 442 and 449.

⁷ L. D’AVOUT, «Property and proprietary rights», in BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. and DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, II, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 1431-1432; F. RIGAUX and M. FALLON, *Droit International Privé*, Brussels, Larcier, 2005, pp. 681.

⁸ More elaborately on this term: M-L. NIBOYET and G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit International Privé*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 212-218.

⁹ J. BASEDOW, «Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis», *RebelsZ*, vol. 59, 1995, no. 1, pp. 41.

¹⁰ *Infra* no. 9.

This paper does not aim to provide an exhaustive examination of a potential future EU choice-of-law rule for means of transport: it refrains from delving into questions regarding the EU's competence to adopt such a rule¹¹, the scope of the applicable law determined by the rule¹², or engaging in the literally drafting of the rule.

II. WHY AND FOR WHICH KINDS OF MEANS OF TRANSPORT IS A SPECIAL CHOICE-OF-LAW RULE DESIRABLE?

5. Several compelling arguments are traditionally put forward in support of a special choice-of-law rule for means of transport. Firstly, means of transport are inherently designed to cross borders regularly. Consequently, as previously mentioned, applying the *lex situs* rule would inevitably result in numerous mobile conflict situations¹³. Secondly, various types of means of transport have the capability to operate beyond the territorial jurisdiction of any state, particularly¹⁴ evident in the cases of water- and aircraft¹⁵. In the absence of (almost any¹⁶)

¹¹ At first glance, Art. 81(2)(c) TFEU seems the right choice for the legal basis of this rule. When assessing the EU's competence, one should, however, also give due consideration to Art. 345 TFEU («The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership»).

¹² See, e.g., Art. 7 of GEDIP's Working Paper (reference in footnote 4), stipulating that the applicable law governs i.a. the requirements to create, transfer, encumbered or acquire a proprietary right, the priority between competing proprietary rights over the same asset, the nature and content of the proprietary rights, the enforcement of security interest over an asset, and the extinction or loss of a property right.

¹³ *Supra* no. 2.

¹⁴ One could also think about space objects in outer space. The exact scope of Art. VIII Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (Outer Space Treaty) is rather unclear: «A State Party to the Treaty on whose registry an object launched into outer space is carried shall retain jurisdiction and control over such object, and over any personnel thereof, while in outer space or on a celestial body. Ownership of objects launched into outer space, including objects landed or constructed on a celestial body, and of their component parts, is not affected by their presence in outer space or on a celestial body or by their return to the Earth».

¹⁵ C. CLIJMANS, «Artikel 89 – Recht toepasselijk op transportmiddelen», in ERAUW, J., FALLON, M., GULDIX, E., MEEUSEN, J., PERTEGAS, M., VAN HOUTTE, H., WATTÉ, N. and WAUTELET, P. (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd - Le Code de droit international privé commenté*, Antwerp-Oxford/Brussels, Intersentia/Bruylant, 2006, pp. 457; F. RIGAUX and M. FALLON, *Droit International Privé*, Brussels, Larcier, 2005, pp. 681.

¹⁶ See, e.g., the Exclusive Economic Zone (EEZ) which is an area located outside any state's territory, but where the coastal state has certain limited 'sovereign rights' for the purpose of i.a. exploring and exploiting, conserving and managing natural resources (Art. 55-75 UN Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (UNCLOS)). It is much debated *whether* and *to which extent* state law can apply in these areas. See B. A. SCHUIJLING, «Zekerheid op buitengaats installaties: *horror vacui*?», *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, vol. 182, 2021, no. 1, pp. 15-25; W. WURMNEST, «Windige Geschäfte? Zur Bestellung von Sicherungsrechten an Offshore-Windkraftanlagen», *RabelsZ*, vol. 72, 2008, no. 2, pp. 236-263.

applicable laws in such instances, these means of transport would find themselves in a legal vacuum. A third argument pertains to the significant economic value often associated with means of transport, emphasising the necessity for consistency and certainty regarding the applicable law governing property rights in these assets. This aspect becomes especially crucial for property rights that establish security interests¹⁷. Ensuring consistency and certainty in the applicable law governing these security interests facilitates access to credit related to means of transport, thereby promoting cross-border commerce. Lastly, the precise location of means of transport may be unknown in certain circumstances due to technical challenges. In such scenarios, applying the *lex situs* rule would be impractical, if not impossible, as the exact location cannot be determined¹⁸.

For means of transport encompassing one or more of the aforementioned aspects, adopting a special choice-of-law rule with a different connecting factor than the *situs* is advantageous. This holds true for four main categories¹⁹ of means of transport: watercraft, aircraft, railway vehicles, and motor vehicles.

6. Currently, most Member States have a special choice-of-law rule for water- and aircraft within their set of choice-of-law rules²⁰. However, a special rule for railway vehicles²¹ and motor vehicles²² is

¹⁷ H-P. MANSEL, «Artikel 45 EGBGB», in HENRICH, D. (ed.), *Staudinger BGB - EGBGB/ IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR*, Berlin, De Gruyter, 2015, no. 8.

¹⁸ H-P. MANSEL, «Artikel 45 EGBGB», in HENRICH, D. (ed.), *Staudinger BGB - EGBGB/ IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR*, Berlin, De Gruyter, 2015, no. 3.

¹⁹ Section III elaborates on the terminology of these four categories.

²⁰ See, e.g., the choice-of-law rules of Austria (§ 33(1) Federal Statute on Private International Law), Bulgaria (Art. 68 Private International Law Code), Czechia (§ 69(2) Act on Private International Law), Estonia (§ 22(1) Private International Law Act), Germany (Art. 45(1) Introductory Act to the Civil Code), Hungary (Section 42(1) Act on private international law), the Netherlands (Art. 127(2) and (3) Book 10 Civil Code), Poland (Art. 42 Act on Private International Law), Portugal (Art. 46(3) Book 1 Civil Code), Romania (Art. 2620(1) Book 7 Civil Code), Slovenia (Art. 18(3) Private International Law and Procedure Act), Spain (Art. 10(2) Civil Code), for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, Cheltenham, Edward Elgar, 2017. See, however, the recent French draft code of private international law, that does not include such a special rule. The draft is accessible via the website of *Le Comité français de droit international privé* (cf dip.fr).

²¹ See, e.g., the choice-of-law rules of Belgium (Art. 89 Code of Private International Law), Bulgaria (Art. 68 Private International Law Code), Estonia (§ 22(1) Private International Law Act), Germany (Art. 45(1) Introductory Act to the Civil Code), Hungary (Section 42(2) Act on private international law), Poland (Art. 42 Act on Private International Law), Portugal (Art. 46(3) Book 1 Civil Code), Romania (Art. 2620(1) Book 7 Civil Code), Spain (Art. 10(2) Civil Code), for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, F. and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

²² See, e.g., the choice-of-law rules of Bulgaria (Art. 68 Private International Law Code), Portugal (Art. 46(3) Book 1 Civil Code), Romania (Art. 2620(1) Book 7 Civil Code), for which

less common. When comparing these last two types, it is interesting to note that motor vehicles are by far the least common. Nevertheless, it is advisable to establish a special rule for both railway vehicles and motor vehicles. Similar to water- and aircraft, railway vehicles²³ and motor vehicles typically possess considerable economic value and are frequently involved in cross-border activities. Notably, concerning motor vehicles, an additional consideration arises from their historical susceptibility to theft²⁴ and subsequent relocation to other countries. Implementing a special rule with a more stable connecting factor than the *situs* of the motor vehicle can simplify matters for owners seeking recovery and for other parties holding a (security) interest in it²⁵.

III. TERMINOLOGY

7. If the EU legislator indeed would intend to restrict the special choice-of-law rule's scope to watercraft, aircraft, railway vehicles, and motor vehicles, the next consideration is whether the terms 'watercraft', 'aircraft', 'railway vehicles', and 'motor vehicles' accurately depict these categories of means of transport. This section explores

a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.* Although Spanish PIL also has an explicit choice-of-law rule for 'automobiles and other road transport vehicles', it uses the *situs* of these vehicles as the connecting factor (Art. 10(2) Spanish Civil Code, for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*). As a result, the choice-of-law rule is merely a confirmation of the 'general' *lex situs* rule enshrined in Art. 10(1) Spanish Civil Code, due to which this rule is not further discussed in this contribution. The Belgian choice-of-law rule for means of transport (Art. 89 Code of Private International Law, for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*) also encompasses motor vehicles, since it applies to «[...] an aircraft or other means of transportation which is registered in a public register», which includes motor vehicles that are registered in a vehicle register. However, this is not entirely undisputed. *Pro*: F. RIGAUX, and M. FALLON, *Droit International Privé*, Brussels, Larcier, 2005, pp. 681. *Contra*: C. CLIJMANS, «Artikel 89 – Recht toepasselijk op transportmiddelen», in ERAUW, J., FALLON, M., GULDIX, E., MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., VAN HOUTTE, H., WATTÉ, N. and WAUTELET, P. (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd - Le Code de droit international privé commenté*, Antwerp-Oxford/Brussels, Intersentia/Bruylant, 2006, pp. 458.

²³ Although major differences exist between national regulations and technical specifications applicable to railway vehicles, which may prevent these vehicles from running without hindrance throughout the Union (Recital 9 Directive 2016/797 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the interoperability of the rail system within the European Union (Directive on the interoperability of the rail system)), more and more railway vehicles are nowadays designed to operate across borders, fostering cross-border transportation of freight and passengers (e.g. Eurostar).

²⁴ See, e.g., A.H. PERSSON, «Bona Fide Acquisition of Cars and other Motor Vehicles», *Scandinavian Studies In Law*, vol. 57, 2012, pp. 273-282.

²⁵ It goes without saying that other rules such as a 'special' choice-of-law rule for stolen goods or a 'special' rule for good faith (*bona fide*) acquirers must be taken into account as well.

this matter in question for all four categories and examines alternative terminology.

8. 'Watercraft' is a broad term encompassing various²⁶ means of transport capable of traveling under, in, or on water²⁷. However, this term is not commonly used in international conventions concerning watercraft or in national choice-of-law rules. Instead, terms such as 'ships'²⁸ and 'vessels'²⁹ are more prevalent³⁰. Another potential alternative is 'boats'. Nonetheless, these terms lack precise definitions³¹, leading to ambiguity in distinguishing between them³². Furthermore, some of these concepts appear to exclude certain types of means of transport, such as submarines, due to their narrow scope. However, it is desirable for submarines to also be covered by the special choice-of-law rule for means of transport, considering their ability to (frequently) navigate in different territorial waters, and operate in Exclusive Economic Zones (EEZs)³³ and international waters³⁴. Given these considerations, owing to its umbrella nature, the term 'watercraft' emerges as appropriate.

²⁶ In no. 15 it is suggested that the state where the owner registers the watercraft should serve as the connecting factor. So, despite the extensive reach of the term 'watercraft', the choice-of-law rule's scope will be limited to watercraft that are subject to registration.

²⁷ See, e.g., the very broad definition for 'watercraft' in the Oxford Dictionary: «A boat or other vessel that travels on water».

²⁸ For an international convention that uses the term 'ship', see, e.g., the UN Convention on Conditions for Registration of Ships of 7 February 1986 (UN Convention on Conditions for Registration of Ships). Examples of Member States that have integrated the term into their national choice-of-law rules: Bulgaria (Art. 68 Private International Law Code), Poland (Art. 42 Act on Private International Law), for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

²⁹ Two international conventions that use the term 'vessel' are the UN International Convention on Maritime Liens and Mortgages of 6 May 1993 (UN International Convention on Maritime Liens and Mortgages) and the UN Convention on the registration of inland navigation vessels of 25 January 1965. Examples of Member States that have integrated the term into their national choice-of-law rules: Czechia (§ 69(2) Act on Private International Law), Hungary (Section 42(1) Act on private international law), the Netherlands (Art. 127(2) Book 10 Civil Code), Spain (Art. 10(2) Civil Code), for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

³⁰ UNCLOS refers to both 'ship' (e.g., Art. 23) and 'vessel' (e.g., Art. 211).

³¹ For instance, consider the UNCLOS, which, although it utilises the terms 'ship' and 'vessel', does not offer a specific definition for these concepts.

³² Typically, it is asserted that 'vessel' encompasses a broader scope than 'ship'.

See in this regard, e.g., the definition of 'ship' in Art. 2 UN Convention on Conditions for Registration of Ships: «any self-propelled sea-going vessel used in international seaborne trade for the transport of goods, passengers, or both with the exception of vessels of less than 500 gross registered tons».

³³ *Supra* footnote 16.

³⁴ It is not uncommon that a submarine is deployed in Exclusive Economic Zones or international waters, for scientific research, for instance.

9. 'Aircraft' is a term widely used in international conventions³⁵, EU law³⁶, and national choice-of-law rules³⁷. Just like 'watercraft', it is a broad term that can cover all kinds of means of transport that can travel in the air. It includes, for example, airplanes, helicopters, and drones³⁸. Narrowing down the scope of the rule to, for example, (light type³⁹) 'aeroplanes'⁴⁰, would be too restrictive and would exclude certain categories that should be covered by the rule as well. Helicopters, for instance, are destined to enter different international air spaces and can fly in international airspace. 'Aircraft' is therefore an appropriate term.

10. In the same vein as water- and aircraft, 'railway vehicles' is a broad term⁴¹ encompassing all sorts of vehicles capable of movement along a fixed railway track, such as locomotives, wagons, and carriages.

³⁵ See, e.g., the Convention on International Civil Aviation of 7 December 1944 (Chicago Convention) and the Convention on the International Recognition of Rights in Aircraft of 19 June 1948 (Convention on the International Recognition of Rights in Aircraft).

³⁶ See, e.g., Regulation 1008/2008 of the European Parliament and of the Council of 24 September 2008 on common rules for the operation of air services in the Community (Regulation on the operation of air services).

³⁷ See, e.g., the choice-of-law rules of Austria (§ 33(1) Federal Statute on Private International Law), Bulgaria (Art. 68 Private International Law Code), Czechia (§ 69(2) Act on Private International Law), Estonia (§ 22(1) Private International Law Act), Germany (Art. 45(1) Introductory Act to the Civil Code), Hungary (Section 42(1) Act on private international law), the Netherlands (Art. 127(3) Book 10 Civil Code), Poland (Art. 42 Act on Private International Law), Romania (Art. 2620(1) Book 7 Civil Code), Spain (Art. 10(2) Civil Code), for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

³⁸ Interestingly, neither the Chicago Convention, the Convention on the International Recognition of Rights in Aircraft, nor the Regulation on the operation of air services provides a definition for 'aircraft'. The Cambridge Dictionary defines the term as «any vehicle, with or without an engine, that can fly, such as a plane or helicopter». The Oxford Dictionary defines it as «an aeroplane, helicopter, or other machine capable of flight».

³⁹ Note that Art. I(2)(a) and (b) Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on matters specific to Aircraft Equipment (Aircraft Protocol to the Cape Town Convention) excludes certain 'light type' aircraft from its scope. This seems, however, for the purpose of an EU harmonised choice-of-law rule, not desirable.

⁴⁰ The English translation of the Czech choice-of-law rule for means of transport (§ 69(2) Act on Private International Law) available on the Czech Government's website (*obcanský-zakonik.justice.cz*), refers to 'aeroplane'. A different translation, however, refers to 'aircraft' (J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*).

⁴¹ See in this regard also the definition of 'railway rolling stock' in Art. I(2)(e) Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on matters specific to Railway Rolling Stock (Rail Protocol to the Cape Town Convention): «vehicles movable on a fixed railway track or directly on, above or below a guideway, together with traction systems, engines, brakes, axles, bogies, pantographs, accessories and other components, equipment and parts, in each case installed on or incorporated in the vehicles, and together with all data, manuals and records relating thereto». See also the definition of 'vehicle' in Art. 2(3) Directive on the interoperability of the rail system: «a railway vehicle suitable for circulation on wheels on railway lines, with or without traction; a vehicle is composed of one or more structural and functional subsystems».

‘Railway vehicles’ is more preferable than, for example, ‘trains’, as the latter term pertains to a cohesive composition of various train components⁴², including locomotives, carriages, and wagons. Considering the legal, economic, and practical importance of each train component’s individuality⁴³, ‘railway vehicles’ appears better suited for the task than ‘trains’. Furthermore, ‘railway vehicles’ is a term likely to stand the test of time better than, for instance, ‘railway rolling stock’⁴⁴. The inclusion of ‘rolling’ in the latter term may exclude trains without wheels such as (high-speed) trains utilising magnetic levitation (‘maglev’) technology, or next-generation trains like the *Hyperloop*⁴⁵.

While the term ‘railway vehicles’ also includes metros and trams, due to its broad scope, most metros and trams will not fall under the special rule’s scope. This is because, as will be discussed later, the state of registration seems to be the most suitable connecting factor for railway vehicles⁴⁶, and metros and trams are typically not subject to licensing in the Member States⁴⁷.

11. ‘Motor vehicles’, like the other types of means of transport discussed, is a broad term encompassing any motor-driven vehicle intended for road use⁴⁸. This category includes cars, trucks, trailers, and motorcycles. As suggested in section IV.4, the proposed connecting factor for motor vehicles would be the state where the vehicle is registered. Therefore, only vehicles subjected to registration would fall within the scope of the special choice-of-law rule. Narrowing the scope to motor vehicles *operated by transport companies*, as observed in Romanian PIL⁴⁹, is not desirable, as usually *all* motor vehicles hold significant economic value and are regularly involved in cross-border activities.

⁴² See, e.g., the definition of ‘train’ in the Oxford Dictionary: «a series of connected railway carriages or wagons moved by a locomotive or by integral motors».

⁴³ After all, each vehicle can become a component of another train, it can be used for other purposes, it can be sold separately, and it should be registered individually (*infra* no. 20).

⁴⁴ Art. I(2)(e) Rail Protocol to the Cape Town Convention.

⁴⁵ In case the EU legislator would like to provide a definition for ‘railway vehicles’, it is recommendable to take note of these technological developments. A traditional way of defining a railway vehicle as a vehicle that travels *on* railway lines (similar to the definition of ‘vehicle’ in Art. 2(3) Directive on the interoperability of the rail system) should be avoided, because highspeed trains using magnetic levitation, e.g., hover slightly *above* a track.

⁴⁶ *Infra* no. 20.

⁴⁷ Recital 5 Directive on the interoperability of the rail system.

⁴⁸ See in this regard also the definition of ‘vehicle’ in Art. 3(16) Regulation 2018/858 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 on the approval and market surveillance of motor vehicles and their trailers, and of systems, components and separate technical units intended for such vehicles, amending Regulations (EC) No 715/2007 and (EC) No 595/2009 and repealing Directive 2007/46/EC (Regulation on the approval and market surveillance of motor vehicles).

⁴⁹ Art. 2620(1)(b) Book 7 Civil Code, for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

While one might consider excluding certain categories of motor vehicles that rarely cross borders, such as cars used for test drives after vehicle repairs, or vehicles registered solely for specific purposes, like agricultural tractors⁵⁰, this approach introduces complexity. Determining which vehicles fall under these exceptions can lead to qualification issues, raising doubts about whether a vehicle is covered by the special rule. To avoid such problems, it is advisable to include all types of motor vehicles⁵¹. In addition to that, the law of the state where these vehicles are registered typically aligns with the law of their *situs*⁵². Therefore, whether the *situs* or the state of registration serves as the connecting factor would yield similar outcomes in practice. Excluding these motor vehicles from the special rule's scope would not outweigh the associated drawbacks, such as increased complexity and the risk of legal uncertainty.

IV. CONNECTING FACTOR

12. If the EU legislator were to adopt a special choice-of-law rule for means of transport, focusing on watercraft, aircraft, railway vehicles, and motor vehicles, determining the appropriate connecting factor is essential. Below, a separate analysis is conducted for each type of means of transport to identify the relevant connecting factor.

1. Connecting factor for watercraft

13. Today, many Member States have a national choice-of-law rule for watercraft that utilises the flag state⁵³ or the state (or place)

⁵⁰ Similarly, see, e.g., Art. 2(2)(a) Regulation on the approval and market surveillance of motor vehicles.

⁵¹ If the EU legislator intends to exclude specific motor vehicles from the scope of the choice-of-law rule, it appears most suitable to do so based on their design speed rather than their type. A similar approach was used for the definition of 'motor vehicle' in Art. 3(16) Regulation on the approval and market surveillance of motor vehicles: «[...] any power-driven vehicle that [...] has a maximum design speed exceeding 25 km/h».

⁵² Take for example cars that are used for test drives following vehicle repairs. Commonly, such vehicles are equipped with a 'commercial plate', which often restricts their operation to the territory of issuance. For instance, the Belgian «beroepsplaat» imposes limitations, permitting the respective car to be driven solely on Belgian territory: Art. 24 Royal Decree regulating the registration of commercial plates and national plates for motor vehicles and trailers of 8 January 1996 («Koninklijk besluit tot regeling van de inschrijving van de commerciële platen en de nationale platen voor motorvoertuigen en aanhangwagens»).

⁵³ See, e.g., the choice-of-law rules of Bulgaria (Art. 68(1) Private International Law Code), Hungary (Section 42(1) Act on private international law), and Spain (Art. 10(2) Civil Code), for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

of registration⁵⁴ as the connecting factor. At first glance, this appears to be a rational choice, as the flag state or the state of registration can overcome the challenges associated with the *situs* as a connecting factor. After all, a watercraft's location is subject to more change than its flag state or state of registration. Additionally, according to the UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), it is mandatory for watercraft⁵⁵ to fly the flag of the state where they are registered⁵⁶, thus clearly indicating to the outside world which law applies to their property rights. Hence, aligning with the flag state or state of registration results in a connecting factor that is as transparent as the *situs*.

However, it is essential to note that the flag state and the state of registration do not always correspond. While UNCLOS stipulates that a ship owner can register a ship in a particular state⁵⁷, granting it the nationality of that state and allowing it to fly its flag⁵⁸, this does not necessarily mean that the flag state and the state of registration are the same. In cases such as bareboat charter agreements⁵⁹, a ship may be registered in one state by the owner and then chartered to another party, who registers it in a different state's special register⁶⁰ (i.e. a bareboat charter register), allowing it to *temporarily*⁶¹ fly the flag of that second state. In this scenario, the ship's previous nationality is suspended during the valid registration in the second state's bareboat charter register⁶². It is important to note that typically, it is the first state

⁵⁴ See, e.g., the choice-of-law rules of Austria (§ 33(1) Federal Statute on Private International Law), Czechia (§ 69(2) Act on Private International Law), Estonia (§ 22(1)(2) Private International Law Act), Germany (Art. 45(1)(2) Introductory Act to the Civil Code), the Netherlands (Art. 127(2) Book 10 Civil Code), Poland (Art. 42 Act on Private International Law), Portugal (Art. 46(3) Book 1 Civil Code), for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

⁵⁵ Note that the UNCLOS concentrates not on the registration of 'watercraft' but on 'ships'.

⁵⁶ Art. 91(1) UNCLOS.

⁵⁷ Art. 91(1) and 94 UNCLOS.

⁵⁸ Art. 91(1) UNCLOS: «Every State shall fix the conditions for the grant of its nationality to ships, for the registration of ships in its territory, and for the right to fly its flag. Ships have the nationality of the State whose flag they are entitled to fly [...]».

⁵⁹ For a more comprehensive discussion of bareboat charter agreements: M. PIJACA and N. MANDIĆ, «Bareboat Charter Registry», *Transactions on Maritime Science*, vol. 5, 2016, no. 1, pp. 48-52.

⁶⁰ After all, this is not prohibited by Art. 91(1) UNCLOS.

⁶¹ Typically, once the bareboat charter agreement ends, the ship is no longer eligible for registration in the state's bareboat charter register. Consequently, the ship is also barred from flying that state's flag.

⁶² Art. 12 UN Convention on Conditions for Registration of Ships. See in this regard also Art. 16 UN International Convention on Maritime Liens and Mortgages. This is only possible, however, if both states concerned allow it. For an illustration within the national law of a Member State, consult Art. 3(g) Dutch Law on the Nationality of ships engaged in Bareboat Chartering of 8 October 1992 («Wet nationaliteit zeeschepen in rompbevrachting») and Art. 2.2.1.9(§1) and Art. 2.2.1.10(§2) Belgian Maritime Code of 8 May 2019 («Belgisch Scheepva-

(where the ship owner registered the ship) that retains authority over the registration of property rights in the ship, including the registration of mortgages or hypothecs⁶³, and property rights in ships are typically vested according to the law of the first registering state⁶⁴.

14. Therefore, using the flag state as a connecting factor may not be ideal for an EU choice-of-law rule for property rights in watercraft, as the flag state may not have control over the registration of property rights, especially in cases of bareboat charter agreements. Similarly, utilising the state (or place) of registration without further specification could lead to legal uncertainty regarding which state is intended, in case a watercraft is registered in multiple states.

15. A preferable approach is therefore to explicitly designate the first state (where the watercraft owner initially registered it) as the connecting factor⁶⁵. After all, it is this state that retains authority over the registration of property rights, and property rights can usually only be vested according to the law of that same state.

2. Connecting factor for aircraft

16. Contrary to watercraft, aircraft can only be registered in one state at a time and are granted the nationality of that state⁶⁶. Therefore, the complexity of ‘double’ registration in two different states is not a concern. For example, in the international practice of leasing aircraft for short or longer periods, whether ‘wet’⁶⁷ or ‘dry’⁶⁸ leasing, aircraft can only be registered in one state at any given time⁶⁹.

artwetboek»). D. DAMAR, «Flag», in BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. and DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, I, *op. cit.*, pp. 758 and 763.

⁶³ Art. 16 UN International Convention on Maritime Liens and Mortgages. For an illustration within the national law of a Member State, consult Art. 84M Malta Merchant Shipping Act of 1973: «Mortgages and encumbrances may not be registered under this Act in respect of a ship registered under this Part of this Act, and the registrar shall refuse to register any such mortgages and encumbrances; such power of registration shall remain vested in the underlying registry». See also Art. 84K(1): «This Act shall not assert any ownership rights over a ship registered under this Part of this Act and it shall have no effect with regards to title and transfer and transmission of such ship or shares therein». See also the Belgian example: Art. 2.2.1.9(§5) and Art. 2.2.1.10(§3) Belgian Maritime Code of 8 May 2019 («Belgisch Scheepvaartwetboek»). D. DAMAR, «Flag», in BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. and DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, I, *op. cit.*, pp. 763.

⁶⁴ Art. 1(a) UN International Convention on Maritime Liens and Mortgages.

⁶⁵ A similar approach has been chosen in Belgium: Art. 2.2.4.1(§1) Belgian Maritime Code of 8 May 2019 («Belgisch Scheepvaartwetboek»).

⁶⁶ Art. 17-18 Chicago Convention.

⁶⁷ ‘Wet’ leasing entails leasing an aircraft where the lessor typically manages the air operator’s certificate, crew, and insurance.

⁶⁸ ‘Dry’ leasing involves leasing an aircraft *only*. The lessee typically handles the air operator’s certificate, crew, and insurance themselves.

⁶⁹ Art. 12 Regulation on the operation of air services.

17. Currently, many Member States utilise the state of registration⁷⁰ (or insignia⁷¹ or nationality⁷², which essentially denote the same concept) as the connecting factor for aircraft. This approach appears, indeed, to be the most desirable option. International law mandates that aircraft bear the nationality (and registration marks) of the state where they are registered⁷³, thereby clearly indicating to the outside world which law governs property rights in the aircraft. The state of registration thus functions as a connecting factor that is as transparent⁷⁴ as the *situs*. On top of that, it is a more reliable⁷⁵ and stable solution than the *situs*, since aircraft are typically registered in a particular state for an extended period, minimizing the potential for mobile conflict. One last reason why the state of registration is the most effective choice for a connecting factor is that, according to international law, property rights in aircraft can only be established in accordance with the law of the state in which the aircraft is registered⁷⁶.

3. Connecting factor for railway vehicles

18. While fewer Member States currently have a special choice-of-law rule for property rights in railway vehicles compared to those for water- and aircraft, such a rule is still prevalent⁷⁷. As previously mentioned, it is desirable for the EU harmonised special rule to encompass railway vehicles as well⁷⁸.

⁷⁰ See, e.g., the choice-of-law rules of Belgium (Art. 89 Code of Private International Law), Bulgaria (Art. 68(2) Private International Law Code), Czechia (§ 69(2) Act on Private International Law), Poland (Art. 42 Act on Private International Law), Portugal (Art. 46(3) Book 1 Civil Code), for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

⁷¹ See, e.g., the Hungarian choice-of-law rule: Section 42(1) Act on private international law, for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

⁷² See, e.g., the choice-of-law rules of Estonia (§ 22(1) Private International Law Act) and Germany (Art. 45(1) Introductory Act to the Civil Code), for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

⁷³ Art. 20 Chicago Convention.

⁷⁴ Another advantage is that in many countries, aircraft registration requires mandatory disclosure of ownership information and the beneficiary of a usufruct in the aircraft. This information can subsequently be accessed by third parties during registry searches. See, e.g., Art. 7 Belgian Royal Decree concerning the regulation of aviation of 15 March 1954 («Koninklijk besluit regeling der luchtvaart») and Art. 13 Dutch Regulation concerning registration of Dutch civil aircrafts of 8 October 2001 («Regeling inschrijving Nederlandse burgerluchtvaartuigen»).

⁷⁵ As described above (*supra* no. 5), it may sometimes not be possible to determine the *situs* of aircraft due to technical difficulties, and even if the *situs* can be determined, it may be in international airspace.

⁷⁶ Art. I Convention on the International Recognition of Rights in Aircraft.

⁷⁷ *Supra* no. 6.

⁷⁸ *Supra* no. 6.

19. Unlike water- and aircraft, where the connecting factors used by Member States are relatively uniform, the diverse choices made in Member States for a rule for railway vehicles indicate clear divisions in opinions.

For instance, the national choice-of-law rules for railway vehicles in Austria⁷⁹ and Bulgaria⁸⁰ utilise, respectively, the actual head office of the railroad enterprise employing the vehicles, and the place of business of the person operating the railway rolling stock⁸¹. These connecting factors are often challenging to establish due to their complexity. Determining who qualifies as the ‘person operating the railway rolling stock’ according to Bulgarian PIL or how to ascertain this person’s ‘place of business’ can present difficulties⁸². Similar reservations can be made for the Austrian choice-of-law rule. Therefore, this approach does not seem desirable for an EU harmonised choice-of-law rule for railway vehicles.

Another approach can be found in Estonia and Germany, where both countries use the state of authorisation of the railway vehicle as the connecting factor⁸³. However, this approach may not be preferable, considering the Directive on the interoperability of the rail system⁸⁴. According to this Directive, the authorisation of a railway vehicle⁸⁵ can be granted not only by a Member State but also by the EU Agency for Railways⁸⁶. Hence, relying on the *state* of authorisation as the connecting factor is not the most suitable approach.

20. A better alternative is to use the railway vehicle’s state of registration as the connecting factor, as it is stable and easy to determine.

⁷⁹ § 33(1) Federal Statute on Private International Law (a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*).

⁸⁰ Art. 68 Private International Law Code (a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*).

⁸¹ Note that the Bulgarian choice-of-law rule refers to ‘railway rolling stock’ and not to ‘railway vehicles’.

⁸² For example, does the ‘place of business’ concern a company’s registered office or the location where the company has its principal place of business? See in this regard the concept of the ‘centre of main interests’ (COMI) used in Art. 3(1) Insolvency Regulation.

⁸³ Estonia: § 22(1) Private International Law Act. Germany: Art. 45(1) Introductory Act to the Civil Code. A translated version in English of both choice-of-law rules is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

⁸⁴ Directive 2016/797 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the interoperability of the rail system within the European Union (Directive on the interoperability of the rail system).

⁸⁵ Note that the Directive uses the term ‘vehicle’ instead of ‘railway vehicle’: Art. 2(3).

⁸⁶ The EU Agency for Railways typically grants the authorisation for railway vehicles having an area of use in multiple Member States: Art. 21(5) Directive on the interoperability of the rail system.

Several Member States currently employ this approach⁸⁷. According to the Directive on the interoperability of the rail system, every railway vehicle used on EU territory must first be registered⁸⁸ in the European Vehicle Register⁸⁹, which is a European register kept at EU level under the auspices of the EU Agency for Railways. The registration process is taken care of by (the administrations of) one of the Member States where the railway vehicle will be used⁹⁰. Upon registration, each railway vehicle is assigned a unique European Vehicle Number that must be physically attached to the vehicle⁹¹. In this manner, determining the applicable law to property rights in a railway vehicle is straightforward: by using the unique European Vehicle Number, one can inquire in the European Vehicle Register to identify the Member State where the railway vehicle is registered.

Considering that the register is *managed* by the EU Agency for Railways and not by a Member State (although the *registration process* is carried out by a Member State's administration), it is evident not to use the state where the register is *managed* or *kept*⁹² as the connecting factor. The 'state of registration' or, alternatively, the 'state under whose authority the registration occurred', is more suitable.

4. Connecting factor for motor vehicles

21. As discussed earlier in this text, a special choice-of-law rule for motor vehicles is desirable, despite its limited use in the Member States' national PIL⁹³.

22. Which connecting factor is best suited for motor vehicles? One of the few Member States that currently employs a special rule for motor vehicles is Bulgaria. Bulgarian PIL utilises the state of the

⁸⁷ See, e.g., the national choice-of-law rule for means of transport in Belgium (Art. 89 Code of Private International Law, Poland (Art. 42 Act on Private International Law), Portugal (Art. 46(3) Book 1 Civil Code), and Spain (Art. 10(2) Civil Code), for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

⁸⁸ Art. 22(1) Directive on the interoperability of the rail system.

⁸⁹ The European Vehicle Register is currently not fully operational in all Member States. As a transitional measure, Member States are allowed to keep a national vehicle register: Art. 47 Directive on the interoperability of the rail system.

⁹⁰ Art. 22(2), Art. 22(3), and Art. 47 Directive on the interoperability of the rail system. This creates a strong connection between a railway vehicle's operational territory and its applicable law.

⁹¹ Art. 46(1) Directive on the interoperability of the rail system.

⁹² Compare the Czech choice-of-law rule for 'vessels' and 'aircraft' which refers to «the state in jurisdiction of which the *register is kept*» (own emphasis): § 69(2) Act on Private International Law, for which a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*

⁹³ *Supra* no. 6.

place of business of the person operating the motor vehicle as the connecting factor⁹⁴. While reminiscent of the connecting factor used in several Member States for railway vehicles⁹⁵, it is subject to similar critiques. It can often be challenging to firstly determine who the person operating the motor vehicle is (for example, in the case of an employee driving a company car, would this be the driver, the employer, or the leasing company?), and secondly, where this person's place of business⁹⁶ is.

23. Therefore, it seems preferable to use a more straightforward connecting factor, one that is also more stable than the *situs*, in order to minimise conflicts. For motor vehicles, the state of registration appears to be the most suitable solution. According to EU law, every motor vehicle's official documents should include a reference to the Member State of registration⁹⁷. Furthermore, the standardised EU format for number plates requires clear indication of the country where the motor vehicle is registered⁹⁸. Consequently, determining the applicable law for a motor vehicle can easily be done by examining its number plate or documents. This makes the state of registration a transparent and straightforward connecting factor. This approach, already employed in Belgian⁹⁹ and Portuguese PIL¹⁰⁰, appears to be the most appropriate way forward.

V. CONCLUSION

24. As suggested by the title of this contribution, a future, harmonised choice-of-law rule for property rights in means of transport would entail both traditional ('old') and innovative ('new') elements. The exploration of the rationale for an EU 'special' choice-of-law rule for means of transport identified four categories where such a rule is desirable: watercraft, aircraft, railway vehicles, and motor vehicles.

⁹⁴ Art. 68 Bulgarian Private International Law Code (a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*).

⁹⁵ *Supra* no. 19.

⁹⁶ See the discussion in footnote 82.

⁹⁷ Art. 3 *juncto* IV Annex I *juncto* IV Annex II Council Directive 1999/37/EC of 29 April 1999 on the registration documents for vehicles.

⁹⁸ See the Annex of Council Regulation 2411/98 of 3 November 1998 on the recognition in intra-Community traffic of the distinguishing sign of the Member State in which motor vehicles and their trailers are registered.

⁹⁹ Art. 89 Belgian Code of Private International Law (a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*).

¹⁰⁰ Art. 46(3) Book 1 Portuguese Civil Code (a translated version in English is available in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, IV, *op. cit.*).

While proposing a special rule for water- and aircraft is less groundbreaking, given that many Member States already have established a choice-of-law rule for these means of transport, suggesting a choice-of-law rule for railway vehicles and motor vehicles represents a significant innovation, as many Member States currently lack such a rule. The discussion has also examined the terminology surrounding these categories, advocating for broad terms such as 'watercraft', 'aircraft', 'railway vehicles', and 'motor vehicles' to effectively encompass the diverse range of means of transport. This approach is to a large extent new as well.

The quest for a suitable connecting factor for each of the four categories of means of transport has revealed that the state of registration, a concept familiar to several Member States, emerges as the most preferable option for all four categories. Serving as a stable and transparent connecting factor, it provides a convenient and straightforward approach for determining the applicable law. For many Member States, this would entail a new consideration, as some have previously opted for a different connecting factor. Last but not least, the analysis supports an additional notable new refinement for watercraft: a more detailed description of the state of registration, since simply referencing 'the state of registration' could lead to legal ambiguity. As previously argued, aligning with the state where the watercraft owner initially registered it, is advisable.

AN EU CONFLICT-OF-LAWS APPROACH TO PROPRIETARY ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Birgit VAN HOUTERT*
Maastricht University

SUMMARY: I INTRODUCTION.— II DE LEGE LATA: 1. *Lex loci protectionis*; 2. *Lex originis*.— III DE LEGE FERENDA: 1. *Lex loci protectionis*: 1.1 *Characterisation of proprietary aspects of IP rights*; 1.2. *‘Sitz’ of the legal relationship and the territorial protection of IP rights*; 1.3. *Lex loci protectionis under Rome I and Rome II*; 2. Special conflict-of-laws approach regarding initial ownership in case of employment: 2.1 *A plea for objective connecting factors*; 2.2. *Loci laboris as main connecting factor*; 3. *Derogation mechanisms*.— IV CONCLUSION.

I INTRODUCTION

When a court of an EU Member State (MS) has to deal with a cross-border dispute involving an intellectual property (IP) right, questions may arise concerning the validity of the IP right, or who is the owner of this right¹. These questions are examples of issues related to proprietary aspects of IP rights. At regional level, there exist uniform rules on proprietary aspects of unitary EU rights, such as EU Trademarks,

* Assistant Professor of Private International Law at Maastricht University (birgit.van-houtert@maastrichtuniversity.nl). All the websites mentioned in this study were visited on 12 May 2024.

¹ Intellectual Property (IP) is often divided into two main categories: copyright and related rights, and industrial property such as patents, trademarks, industrial designs, geographical indications. See World Intellectual Property Organization (WIPO), «What is Intellectual Property?», 2020, p. 3, available at <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4528>

Benelux Trademarks and Designs². International treaties related to IP rights merely provide minimum protection that Contracting States, including MS, must follow. Hence, with respect to national IP rights, such as trademarks, the answers to the aforementioned questions generally have to be found in national IP laws³.

In cross-border transfers of national IP rights, the Rome I Regulation refers to the applicable law regarding contractual issues but not the proprietary aspects of transfers⁴. With respect to non-contractual obligations arising from an infringement of a national IP right, Article 8(1) Rome II Regulation refers to the law of the country for which protection is claimed, *lex loci protectionis*⁵. However, it has generally been argued that Rome II does not concern proprietary aspects of IP rights⁶. Because of the lack of a uniform conflict-of-laws rule on proprietary issues of national IP rights at EU and international level, MS courts have to determine the applicable law on the basis of their national conflict-of-laws rules⁷.

² Regulation (EU) No. 2017/1001 on the European Union trade mark OJ L 154, 16.6.2017; Council Regulation (EC) No. 6/2002 on Community designs OJ L 3, 5.1.2002; Council Regulation (EC) No. 2100/94 on Community plant variety rights, OJ L 227, 1.9.1994; Regulation (EU) No. 1257/2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, OJ L 361, 31.12.2012; Agreement on a Unified Patent Court OJ C 175, 20.6.2013. The property aspects of unitary IP rights are governed by «a dual track system» that means national law is applicable when indicated in the Regulation involved. See D. VAN ENGELLEN, «The Netherlands», in KONO, T. (ed.), *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 873. Benelux Convention on Intellectual Property (Trademarks and Designs) of 25 February 2005, last amended 1 June 2018. Nonetheless, Article 4.8bis stipulates a conflict-of-laws rule.

³ As EU law on copyrights have not resulted in full harmonisation, national copyright laws remain relevant.

⁴ Regulation (EC) No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008. See M. GIULIANO, P. LAGARDE, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, OJ C 282, 31.10.1980, No C 282/10.

⁵ Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199, 31.07.2007. See also recital 26 in the Preamble to Rome II.

⁶ See, for instance, P.L.C. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, 3th ed., Oxford, Oxford University Press, 2024, pp. 817-818.

⁷ Nonetheless, some scholars and MS courts have argued that IP treaties contain conflict-of-laws rules. With respect to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of 1886, 828 UNTS 221, see e.g., S. J. SCHAAFSMA, *Intellectual Property in the Conflict-of-law Rule in the Principle of National Treatment*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2022. See e.g. the Dutch Court of Appeal of The Hague 22 September 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2592, para. 20. However, the CJEU held that Article 5(1) Berne Convention does not contain a conflict-of-laws rule. CJEU 30 June 2005, *Tod's Spa*, C-28/04, ECLI:EU:C:2005:418, para. 32. On the scholarly debate regarding conflict-of-laws rules in copyright and related rights treaties, see M.M.M. VAN EECHOUD, *Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the Lex Protectionis*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2003, pp. 95-127. With respect to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property of 1883, 828 UNTS 305, see M. PERTEGÁS SENDER, *Cross-border Enforcement of Patent Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 221-224.

In view of codifications and case law of MS, this Chapter will show that there is often a lack of clarity regarding the interpretation and scope of conflict-of-laws rules on proprietary aspects of national IP rights. At European and international level, several academic groups have proposed conflict-of-laws rules regarding IP rights, including proprietary aspects⁸. Although the Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) Principles are most based on European principles and case law, none of these proposals are specifically designed for the EU⁹.

This Chapter will propose an EU conflict-of-laws approach to proprietary aspects of national IP rights that is in accordance with the current EU private international law (PIL) framework, and in particular serves EU PIL principles such as predictability and the sound administration of justice¹⁰. Predictability is also an important objective in the context of the *erga omnes* effect of proprietary rights. From a perspective of instrumentalization of PIL¹¹, it is also important to provide legal certainty to foster creativity, innovation and commercial exploitation of IP which is a high priority of EU policy. Furthermore, international decisional harmony facilitates mutual trust which is vital for the free movement of judgments in the EU.

This Chapter will start to discuss two main conflict-of-laws approaches of MS adopted in legislation or case law regarding proprietary aspects of IP rights. In view of the EU PIL framework and principles, this Chapter will argue to adopt the *lex loci protectionis* rule as general EU conflict-of-laws rule regarding all proprietary aspects of national IP rights. Furthermore, arguments will be provided against the *lex originis*. In addition, this Chapter will propose a special conflict-of-laws rule

⁸ For an overview and comparison of proposals enacted by academic groups, see R., MATULIONYTĖ, «IP and Applicable Law in Recent International Proposals: Report for the International Law Association», *JIPITEC*, 3, 2012, pp. 263-305. See also the «Kyoto Guidelines» on IP and PIL adopted by the International Law Association Committee in 2020, see <https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-12-1-2021/5252>.

⁹ P. JURCYS, «International Jurisdiction in Intellectual Property Disputes: CLIP, ALI Principles and other Legislative Proposals in Comparative Perspective», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2012, 3, p. 177. See the final text CLIP Principles of 1 December 2011 adopted by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, <https://www.ip.mpg.de/en/research/research-news/principles-on-conflict-of-laws-in-intellectual-property-clip.html>

¹⁰ While the proposal «Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws» by E. Ulmer, published under the auspices of the Commission of the European Communities in 1978, also mainly referred to the *lex loci protectionis*, it does not involve the current EU PIL framework. E. ULMER, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, Luxembourg, Kluwer, 1978.

¹¹ On the instrumentalisation of PIL in the context of EU policy aims, see inter alia J. MEEUSEN, «Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution?», *European Journal of Migration and Law*, 2007, 9, p. 288; V. VAN DEN EECKHOUT, «The Instrumentalisation of Private International Law: Quo Vadis? Rethinking the “Neutrality” of Private International Law in an Era of Globalisation and Europeanisation of Private International Law», 2012. Available at <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?>

with respect to initial ownership of IP rights regarding inventions and works created in the context of employment. Finally, in the context of the common conflict-of-laws EU derogation mechanisms, special attention will be paid to national provisions that protect moral rights related to copyrights.

II. DE LEGE LATA

1. *Lex loci protectionis*

Comparing codifications¹² and case law of MS,¹³ the majority of these states appear to refer to the law of the country for which protection is sought or claimed, the *lex loci protectionis*, with respect to most of the proprietary aspects of IP rights. This rule is based on the territoriality principle related to IP rights that means the protection of an IP right is territorially limited to the state that granted the particular right¹⁴. However, some codifications appear to define *lex loci protectionis* as, for instance, the law of the country in which an act of use is committed¹⁵,

¹² Article 93 first sentence Belgian Code of PIL of 2004; Article 71 Bulgarian PIL Code of 2005 last amended in 2007; Article 24(1) Croatian Law of PIL of 2017; Section 80 PIL Act of Czech Republic of 2012; § 23 Estonian PIL Act of 2002; Article 1.53(1) Civil Code of the Republic of Lithuania of 2000; Section 48 Hungarian Act of 2017 on PIL; Article 46(3) Polish PIL Act of 2011. Although Article 10(4) Spanish Civil Code of 1889 states that IP rights shall be protected within Spanish territory pursuant to Spanish Law, it has been argued that this provision refers to the *lex protectionis*. See DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Spain”, in KONO, T. (ed.), *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 1014.

¹³ For case law of the German Federal Court of Justice, see A. METZGER, «Germany», in KONO, T. (ed.), *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*, pp. 596-598. With respect to Swedish courts, see U. MAUNSBACH, «Sweden», in KONO, T. (ed.), *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*, Hart Publishing 2012, pp. 1044-1046. Courts in Cyprus, Ireland, and Malta generally have recourse to English common law. See C. A. EMILIANIDES, «Cyprus»; T. P. KENNEDY, «Ireland»; T. SCIBERRAS CAMILLERI, K. A. BORG, «Malta», in ESPLUGUES MOTA, C. et al. (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, European Law Publishers, 2011, pp. 161, 231, 266. According to English common law, the *lex protectionis* governs proprietary issues concerning IP rights. See A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, 4th ed., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 291. For Finland, see U. LIUKKUNEN, «Finland», in BASEDOW, J. et al. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 2077. With respect to Luxembourg, see P. KINSCH, «Luxembourg», in BASEDOW, et al. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 2303. Dutch courts generally apply the *lex protectionis* to the proprietary aspects of national IP rights. See Gerechthshof Den Haag 30 July 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1962, para. 4.13. However, the Dutch case law shows some inconsistency, see Part II.2. on the *lex originis*. Due to the lack of codified rules and accessible case law or related literature, it is unclear which conflict-of-laws approach regarding proprietary aspects of IP rights has generally been applied by the courts in Denmark, Latvia, Slovenia and Slovakia.

¹⁴ T. KONO, P. JURCYS, «General Report», in KONO, T. (ed.), *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 17.

¹⁵ Paragraph 34(1) Austrian PIL Act of 1978. According to the literature and case law, this provision refers to the *lex loci protectionis*. See T. PETZ, «Austria», in KONO, T. (ed.),

or the law of the state in which the IP rights are used¹⁶. With respect to industrial property rights, some codifications refer to the law of the state in which the right «has been issued or the registration has been effected» or an application for registration has been filed¹⁷. Furthermore, codifications of MS often not clearly indicate the scope of the *lex loci protectionis* rule, or only as regards to particular proprietary aspects of IP rights¹⁸. To provide legal certainty, Part III will advocate to adopt the *lex loci protectionis* rule as a general EU conflict-of-laws rule by providing an autonomous concept of proprietary aspects of IP rights.

2. *Lex originis*

Some MS refer to «the law of the country where the work originates», the *lex originis*¹⁹, with respect to proprietary aspects of copyrights²⁰. While most MS do not apply the *lex originis* to all proprietary issues, the other issues are governed by the *lex loci protectionis*²¹.

Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 239.

¹⁶ Article 54 of the Italian PIL Statute of 1995. According to the majority of the scholars, this provision refers to the *lex loci protectionis*, see N. BOSCHIERO, B. UBERTAZZI, «Italy», in KONO, T. (ed.), *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 729. Article 46(1) and (2) Polish PIL Act of 2011 also refers to the law of the state in which these rights are exercised. See English translation by M. ZACHARIASIEWICZ, in BASEDOW, J. et al. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 3628, 3629.

¹⁷ Article 71(2) Bulgarian PIL Code. See the English translation, in J. BASEDOW, et al. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 3033. See also Section 49 Hungarian Act of 2017 on PIL; Article 2.625 Romania New Civil Code of 2009.

¹⁸ See e.g. Hungarian Act XXVIII on PIL of 2017 refers to the establishment, content, termination of copyrights (Section 48) and industrial property rights (Section 49). Despite the fact that Paragraph 34(1) Austrian PIL Act stipulates only certain proprietary aspects of IP rights, scholars and courts have indicated that the *lex loci protectionis* rule is applicable to other proprietary aspects of IP rights. See T. PETZ, *op. cit.*, p. 239.

¹⁹ L. GUIBAULT, P. B. HUGENHOLTZ, *Study on the Conditions Applicable to Contracts Relating to Intellectual Property in the European Union*, Amsterdam, Institute for Information Law, 2002, p. 134.

²⁰ Article 67 Greek Law 2121/1993 on Copyright, Related Rights and Cultural Matters of 1993 with respect to the subject, object, content, duration and limitations of copyrights and related right; Article 48 Portuguese Republic Civil Code of 1966 regarding the proprietary aspects of both copyrights and industrial property. Art. 2.624 Romania New Civil Code of 2009 regarding the creation, content and extinction of copyrights.

²¹ See, for instance, Article 67(3) Greek Law on Copyright, Related Rights and Cultural Matters of 1993 stipulates that the protection of copyrights and related rights shall be subject to the legislation of the State in which the protection is sought. Furthermore, «registered IP rights are invariably governed by the law of the protecting country», see A. GRAMMATICAKI-ALEXIOU, T. SYNODINOU, «Greece», in KONO, T. (ed.), *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 630.

However, the case law of some MS shows inconsistencies²². In the codifications of MS, the *lex originis* is generally defined as the law of the state of first publication, or if the work has not been published the law of the creator's nationality²³. Scholars have argued that the *lex originis* approach provides legal certainty to authors and third parties²⁴.

However, the place of first publication is difficult to localise in case a work is disseminated via the internet²⁵. With respect to the criterion of the creator's nationality, or habitual residence at the time the work was created, as advocated by some scholars,²⁶ it can be argued that this requires to first assess who is the creator in order to determine the original proprietor which yields a «circular reasoning»²⁷. Considering copyright holders as socially or economically weaker parties could justify the place of residence as connecting factor regarding proprietary aspects of IP rights²⁸. However, although IP rights aim to protect right holders, they are not regarded as socially or economically weaker parties; IP law generally purports to balance the interests of right holders and the public such as users of information²⁹. In EU PIL, holders

²² With respect to initial ownership of copyrights, French courts generally refer to the *lex originis*. E. GOTTSCHALK, «The Law Applicable to Intellectual Property Rights: Is the Lex Loci Protectionis a Pertinent Choice-of-Law Approach?», in GOTTSCHALK, E., *et. al.* (eds.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2009, p. 191 refers to Cass. 1e civ. Dec. 22 1959, 49 (*Le Chant du Monde*). However, «the French Cour de Cassation has treated authorship and ownership as a matter of national treatment [by invoking the Berne Convention] by the law of the country where protection is sought (*lex loci protectionis*)». See S. RICKETSON, J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: the Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2022, p. 1342 refers to Cass, 1e ch. Civ., *RIDA* 2013, no 238, 409 (*Moussus v ABC New Intercontinental Inc*). On the inconsistency, see also I. KUNDA, «Law applicable to intellectual property rights in the European Union», *Korea Private International Law Journal*, 2016, 2, p. 459. Although the *lex loci protectionis* has generally been applied by Dutch courts, some courts have used *lex originis* regarding initial ownership. See M. VAN EECHOU, «BC, *lex protectionis* en auteursrechtbepende. Casenote over: Rb Den Haag, 12/12/18, ECLI:NL:RBDHA:2018:14824», *Tijdschrift voor Auteurs-, Media-, & Informatierecht*, 2019, 43(2), p. 74.

²³ To determine the original owner of industrial property rights, Article 93 of the Belgian Code of PIL refers to the state with which the intellectual activity has the closest connections as connecting factor.

²⁴ See e.g. TH. M. DE BOER, «Aanknoping in het internationaal auteursrecht», *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1977, 5412, p. 690.

²⁵ See P.L.C. TORREMAN, *op. cit.*, 2024, p. 710; M. M. M. VAN EECHOU, *op. cit.*, 2003, p. 227.

²⁶ See N. KLASS, «Das Urheberkollisionsrecht der ersten Inhaberschaft: Plädoyer für einen universalen Ansatz», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2007, 56, p. 378; M. M. M. VAN EECHOU, *op. cit.*, p. 227.

²⁷ D. VAN ENGEL, *op. cit.*, p. 872.

²⁸ M. M. M. VAN EECHOU, *op. cit.*, 2003, pp. 175-176.

²⁹ See B. VAN HOUTERT, *Jurisdiction in Cross-border Copyright Infringement Cases: Rethinking the Approach of the Court of Justice of the European Union*, (Maastricht, ProefschriftMaken, 2020), para. 2.2.2.1.2. Available at <https://cris.maastrichtuniversity.nl/en/publications/jurisdiction-in-cross-border-copyright-infringement-cases-rethink>.

of IP rights have also not been regarded as persons that need special protection³⁰.

While the *lex originis* rule has been advocated on the basis of the universal protection of copyrights³¹, this rule is not in accordance with the «bundle» of rights theory of IP embraced by the EU with reference to, *inter alia*, the Berne Convention³². According to this theory, «the exclusivity that a copyright confers upon its owner is, in principle, limited to the territorial boundaries of the Member State where the right has been granted»³³. While the recognition of the established copyright based on the *lex originis* is reminiscent of the old vested rights theory³⁴, it is not in accordance with the prevailing ‘Von Savigny’s *Sitz*’-approach in the EU as will be explained in Part III.1.1.

III. DE LEGE FERENDA

1. *Lex loci protectionis*

From a perspective EU PIL, this section will provide arguments to refer to the law of the state for which protection is sought, *lex loci protectionis*, as general EU conflict-of-laws rule with respect to all proprietary aspects of IP rights. In line with the general trend in EU PIL, this rule refers to the law in force in that state other than its rules of PIL³⁵. While the term «claimed» in Article 8(1) Rome II is appropriate with respect to IP infringements, «sought» is preferable in case of proprietary aspects of IP rights³⁶. For instance, in a cross-border ownership dispute, both the assignor and the assignee may sought the protection of different national IP laws; in this case the court has to determine the applicable law or laws on the basis of the *lex loci protectionis*.

³⁰ *Ibid.*, para. 2.1.2.1.3.

³¹ See J. DREXL, «Article 3:201: Initial ownership», in BASEDOW, J., DREXL, J. (eds.), *Conflict of Laws in Intellectual Property. The CLIP Principles and Commentary*. European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 247-248.

³² P. B. HUGENHOLTZ, *Copyright Territoriality in the European Union*, research requested by the European Parliament’s Committee on Legal Affairs, 2010, p. 6. Available at [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_NT\(2010\)419621](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_NT(2010)419621)

³³ *Ibid.*, p. 3. See also CJEU 14 July 2005, *Lagardère*, C-192/04, ECLI:EU:C:2005:475, para. 46.

³⁴ Cf. M. M. M. VAN EECCHOUD, *op. cit.*, 2003, pp. 99-100.

³⁵ See P. FRANZINA, «Article 20: Exclusion of Renvoi», in MAGNUS, U. *et al.* (eds.), *Rome I Regulation-Commentary*, Otto Schmidt, Köln, 2016, p. 815.

³⁶ According to J.J. Fawcett and P.L.C. Torremans, the terms «claimed» and «sought» are interchangeable. See J. J. FAWCETT, P. L. C. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, 2th ed, Oxford, Oxford University Press 2011, p. 807.

The *lex loci protectionis* is not always equal to the *lex fori*³⁷. As indicated by the *Wintersteiger* ruling, the territorial protection of registered IP rights does not withhold the courts in another state than the state of registration to obtain jurisdiction³⁸; the former courts, such as the *forum rei* and the court of the *Handlungsort*, are allowed to determine the case on the basis of the law of the state of registration. However, at substantive level, an IP right is only protected by the law of the state that grants the right. With respect to registered IP rights, the latter state is the state of registration³⁹. As IP laws do not have extraterritorial effect; the right holder should invoke the law of the country in which he desires to maintain or exercise his right⁴⁰.

1.1. Characterisation of proprietary aspects of IP rights

For reasons of consistency and legal certainty, the autonomous interpretation of the non-exhaustive list in recital 26 in the Preamble to Rome II should be followed regarding the characterisation of IP for the proposed *lex loci protectionis* rule. While EU PIL «should be primarily construed according to substantive EU law»⁴¹, proprietary aspects of national IP rights are not uniformly regulated at EU level. The definition of the CLIP Principles «matters concerning the right as such» could be used as autonomous concept regarding proprietary aspects of IP rights⁴². Based on case law and codifications of MS that indicate proprietary aspects of IP rights⁴³, proprietary issues generally concern the creation, validity, existence, duration, scope of protection, content, initial ownership, right of priority, transferability, and third party-effects⁴⁴. To provide legal certainty, these issues should be enumerated as a non-exhaustive list with respect to scope of the proposed EU *lex loci protectionis* rule.

³⁷ See TH. M. DE BOER, «Aanknoping in het internationaal auteursrecht», *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1977, 5412, p. 675.

³⁸ CJEU 19 April 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220, para. 30.

³⁹ See P. L. C. TORREMANS, *op. cit.*, 2024, p. 814.

⁴⁰ See also TH. M. DE BOER, *op. cit.*, p. 676. In the context of the Dutch Copyright law, Th.M. De Boer refers to the Dutch Supreme Court 25 June 1965, *Nederlands Juristenblad*, 1966, 116 (*Televisier*).

⁴¹ S. BARIATTI, «Classification (Characterization)», in BASEDOW, J. *et al.*, (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 359.

⁴² See J. BASEDOW, «Article 3:102: *Lex protectionis*», in BASEDOW, J., DREXL, J. (eds.), *Conflict of Laws in Intellectual Property. The CLIP Principles and Commentary. European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 231, C:3.102.C07.

⁴³ With respect to the method of comparative law, see CJEU 30 November 1976, *Bier*, C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166, para. 22.

⁴⁴ See also T. KONO, P. JURCYS, «General Report», in KONO, T. (ed.), *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 139.

With respect to the transfer of IP rights, a distinction is generally made between the assignment of IP rights that transfers the ownership of IP rights, and the grant of a licence that provides mere contractual rights to use IP rights related to a work or invention⁴⁵. Cross-border contractual issues regarding the licence of IP rights are generally governed by Rome I or Rome Convention of 1980 depending on when the contract is concluded⁴⁶. However, in the context of assignment of IP rights, the difficulty lies in the characterisation of contractual and proprietary aspects⁴⁷. Cross-border issues involving the contractual obligations between the assignor and assignee are governed by the *lex contractus* that MS courts have to determine on the basis of Rome Convention of 1980 or Rome I depending on when the contract is concluded⁴⁸. The assignment of IP as such «has —like the contractual aspects of assignment— aspects of forum and of substance»⁴⁹. Aspects of substance concern mainly the assignability of IP rights⁵⁰. For instance, several codifications of MS regard moral rights as non-assignable⁵¹, Austria and Germany even prohibit the assignment of copyright in general⁵². For a valid assignment of the proprietary rights, national IP laws may also require certain formalities such as a written document or deed⁵³, or registration⁵⁴.

To avoid difficulties regarding the characterisation between contractual and proprietary aspects of assignments, it has been argued to apply the law governing the contract to the assignability of the IP right involved, or in the case of formal requirements related to the assignment to apply the law governing the formal validity of the contract⁵⁵. However, in the context of characterisation of property rights, the CJEU has frequently pointed out the distinction between «a right *in*

⁴⁵ See L. GUIBAULT, P. B. HUGENHOLTZ, *op. cit.* pp. 29-30.

⁴⁶ P. L.C., TORREMANS, *op. cit.*, 2024, pp. 743-781. Rome Convention on the law applicable to contractual obligations of 1980, OJ C 27, 26.1.1998 (Rome Convention of 1980).

⁴⁷ P. L.C., TORREMANS, *op. cit.*, 2024, pp. 748-749.

⁴⁸ P. L.C., TORREMANS, *op. cit.*, 2024, pp. 743-781.

⁴⁹ M.M.M. VAN EECHOU, *op. cit.*, 2003, p. 202.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ See e.g. Article L. 121-1 French Intellectual Property Code. The scope of the national rules that moral rights are inalienable, i.e. not transferable or waivable, nonetheless varies between MS. For instance, in Greece moral rights can be waived as regards particular works. See G. DAVIES, K. GARNETT, *Moral Rights*, Thomas Reuters, London, 2010, p. 1040. On the various moral rights and the distinction between economic and moral rights, see B. VAN HOUTERT, *op. cit.*, para. 6.2.2.1.

⁵² Article 29 German Copyright Act; Article 23(3) and 24(1) of Austrian Federal Law on Copyright.

⁵³ See e.g. Article 2(3) Dutch Copyright Act. A comparative research of copyright legislations of MS shows that a written contract «sometimes serves as a condition of validity of the transfer of rights», see L. GUIBAULT, P. B. HUGENHOLTZ, P.B., *op. cit.*, p. 32.

⁵⁴ E. ULMER, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁵ M.M.M. VAN EECHOU, *op. cit.*, 2003, p. 203. M.M.M. Van Eechoud refers to the conflict-of-laws proposals of various scholars in the context of the assignment of copyright.

personam», like a contractual right, that has only effect *inter partes* and «a right *in rem*», «existing in an item of property» that has effect *erga omnes*⁵⁶. Furthermore, in view of the *Giuliano/Lagarde* report, the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations and Rome I are only concerned with the law applicable to contractual obligations, property rights and intellectual property are not covered by these instruments.⁵⁷ Considering this demarcation between contractual and proprietary rights in EU PIL and the fact that the assignment of IP rights concerns the transfer of ownership that has *erga omnes* effect, the *lex loci protectionis* should govern the requirements laid down in national IP laws that are necessary to transfer the ownership which include the assignability of IP rights and formalities concerning the validity of the assignment⁵⁸.

1.2. «Sitz» of the legal relationship and the territorial protection of IP rights

Based on the prevailing Von Savigny's Sitz-approach in the EU, conflicts-of-laws rules should refer to the law of the state most closely connected to the legal relationship⁵⁹.

This connection traditionally relates to geographical factors where the designation of the main connecting factor is determined by the nature of the legal relationship that is the subject of the conflict-of-laws rule⁶⁰. To justify the *lex originis* the place of origin of the creation, or the place of domicile of the creator should be the seat of the legal relationship.

However, although several MS adhere to the view that moral rights are inalienable from the author⁶¹, an IP right should generally be regarded as an object of property which exists separately from the creator and is «be capable of being transferred, of being charged as security in favour of a third party and of being the subject matter of licences»⁶². Furthermore, IP rights not only concern the relationship of the right holder to the creation but also the relationship others have to the work

⁵⁶ See CJEU 3 April 2014, *Weber*, C-438/12, ECLI:EU:C:2014:212, para. 43. See also CJEU 16 November 2016, *Wolfgang*, C-417/15, ECLI:EU:C:2016:881, para. 31.

⁵⁷ M. GIULIANO, P. LAGARDE, *op. cit.*, No C 282/10.

⁵⁸ «For intellectual property the generally accepted idea is that ... the *lex protectionis* governs proprietary aspects of the assignment». M.M.M. VAN EECHOU, *op. cit.*, 2003, p. 203.

⁵⁹ M. SONNENTAG, «Savigny, Friedrich Carl Von», in BASEDOW, J., et al. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 1613-1614.

⁶⁰ L. STRIKWERDA, S. J. SCHAAFSMA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 12th ed., Deventer, Wolters Kluwer, 2019, pp. 168-169.

⁶¹ See e.g. Article L. 121-1 French Intellectual Property Code; Article 29(1) German Copyright Act.

⁶² See also recital 26 in the Preamble to the EU trade mark Regulation.

or invention namely exploiters, users and the public such as the interests of access to information and innovation⁶³. In view of national economic, social, cultural and political interests, each state makes its own balance of these interests reflected in national IP laws⁶⁴. As indicated in the Preamble to the CLIP Principles, rules on PIL should also respect «the need to consider and balance all interests involved, including the interests of owners of intellectual property rights, their contracting partners, and other users of intellectual property, and the broader public interest, in particular in access to, and use of, information as well as other public interests»⁶⁵.

Based on the prevailing view that IP rights are territorially protected⁶⁶, the seat of the legal relationship is in case of proprietary aspects of IP rights generally the closest connected to the state for which protection is sought. The *lex loci protectionis* should therefore be given more connecting value than the *lex originis* or any other connecting factor that points to a single law⁶⁷. Furthermore, the incorporation of the territoriality principle related to IP rights at the conflict-of-laws level could be regarded as a token of respect for «the individual Member States' interests» to apply «their IP laws on their territories» which «fosters mutual trust and facilitates the free movement of judgments»⁶⁸.

1.3. *Lex loci protectionis* under Rome I and Rome II

Applying the *lex loci protectionis* to the proprietary aspects of the assignment of IP rights can yield harmony from a perspective of the applicable law to the contractual issues related to this assignment. If the parties did not make a choice of law, the «characteristic performance» rule in Article 4(2) Rome I is generally only applicable in case of the simplest assignment contract⁶⁹. In other cases, MS courts often apply the law of the country for which protection is sought on the basis

⁶³ «Intellectual property is primarily a regulation of the circulation and exploitation of an intangible object that eludes in many regards the possibility of an absolute control and of a robust right to exclude.» See S. DUSOLIER, «Intellectual property and the bundle-of-rights metaphor», in DRAHOS, P., GHIDINI, G., ULLRICH, H., *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, pp. 178-179, see <https://sciencespo.hal.science/hal-03935820>.

⁶⁴ See in this context L. LUNDSTEDT, *op. cit.*, 2016, p. 3. L. Lundstedt refers, *inter alia*, to the Preamble to the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) of 1994.

⁶⁵ See the Preamble to the CLIP Principles of 1 December 2011 (see the link to website in the Introduction).

⁶⁶ See L. LUNDSTEDT, *op. cit.*, 2016, p. 1.

⁶⁷ E. Ulmer pointed out that «the theory of the link with one particular legal system» is against the territorial protection of IP rights, see E. ULMER, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁸ L. LUNDSTEDT, *op. cit.*, 2016, p. 306.

⁶⁹ P. L.C. TORREMANS, *op. cit.*, 2024, p. 764-765; M.M.M. VAN EECCHOUD, *op. cit.*, 2003, p. 199.

of Article 4 paragraphs 3 and 4 of Rome I to contractual aspects related to transfers of IP rights⁷⁰.

In view of the *lex loci protectionis* rule in Article 8(1) Rome II regarding infringements of IP rights, the application of the same rule to proprietary aspects facilitates the sound administration of justice⁷¹. A single law approach is also in accordance with Article 13 Rome II that ensures the application of the *lex loci protectionis* to all non-contractual obligations arising from IP infringements. Based on the accessibility approach to jurisdiction, copyright holders will often sue the infringer in their home state⁷². Because of the territorial limited jurisdiction of the court of the *Erfolgsort*⁷³, the *lex loci protectionis* approach will lead to the *lex fori* which facilitates the sound administration of justice.

The adoption of a technology-neutral *lex loci protectionis* approach is in line with the technology-neutral approach by the CJEU⁷⁴. This approach is preferable in view of legal certainty and the fact that ‘offline’ IP infringements and obligatory transactions related to IP rights can easily be moved to the online setting. In view of unpredictability, it has nonetheless been argued in the context of Article 8(1) Rome II that the *lex loci protectionis* rule can entail many applicable national laws as a result of the internet, particularly in case of online copyright infringements⁷⁵. Academic proposals as referred to in the introduction of this Chapter have therefore proposed «a single-law approach» for ubiquitous IP infringements that generally consists of the «close connection» criterion⁷⁶. However, this criterion does not provide *ex ante* predictability which is an important objective in the context of *erga omnes* effect of proprietary aspects of IP rights.

2. Special conflict-of-laws approach regarding initial ownership in case of employment

With respect to initial ownership, it has been argued that the *lex loci protectionis* may cause limping legal relationships in case of employees

⁷⁰ P. L. C. TORREMANS, «Intellectuele eigendomsovereenkomsten en de Rome I-Verordening», *Revue de Droit Commercial Belge*, 6, 2009, p. 522.

⁷¹ M. PERTEGAS, «Intellectual Property and Choice of Law Rules», in MALATESTA, A. (red.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe, The “Rome II” Proposal*, Milano, CEDAM, 2006, p. 238; P. L. C. TORREMANS, *op. cit.*, 2024, p. 813.

⁷² See CJEU 3 October 2013, *Pinckney*, C-170/12, ECLI:EU:C:2013:635, para. 44. See B. VAN HOUTERT, *op. cit.*, para. 5.2.4.2.

⁷³ See e.g. CJEU 3 October 2013, *Pinckney*, C-170/12, ECLI:EU:C:2013:635, para. 45.

⁷⁴ J.-J. KUIPERS «Het internet en de Brussels I Verordening: een kwestie van Luxemburgse wispelturigheid?», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2012, 3, pp. 390-395; B. VAN HOUTERT, *op. cit.*, para. 6.1.4.

⁷⁵ See R. MATULIONYTÉ, *op. cit.*, p. 273.

⁷⁶ See R. MATULIONYTÉ, *op. cit.*, p. 286.

who invent or create work⁷⁷. Indeed, the undesirable situation may arise that the employer is regarded as the initial owner of a copyright in accordance with U.S. law that adheres to the ‘work for hire’ doctrine⁷⁸, but on the basis of German law the employee who created the work is considered to be the initial owner of this copyright. Scholars have therefore argued that this issue of initial ownership should be governed by the same law as the employment relationship⁷⁹. From an EU PIL perspective, employees are regarded as weaker parties who «should be protected by conflict-of-law rules that are more favourable to their interests than the general rules»⁸⁰. Besides the aforementioned general *lex loci protectionis* rule, this Part will therefore propose a specific EU conflict-of-laws rule regarding initial ownership of IP rights in case a work or invention has been made in the course of employment.

2.1. A plea for objective connecting factors

With respect to IP rights arising from activities by employees, several MS stipulate that the law applicable to the employment relationship governs the relationship between the employer and the employee, the *lex contractus*⁸¹. These national provisions seem to have merely *inter partes* effect. However, as argued in Part III.1.1, it has regularly been pointed out in the context of EU PIL that it is important to distinguish between contractual claims concerning obligations that have only effect between parties, *inter partes*, and proprietary rights that have *erga omnes* effect with respect to all persons. The *erga omnes* effect of proprietary rights, such as ownership of IP rights, requires legal certainty in particular for third parties. To achieve a valid transfer of IP rights, a third party should be able to rely on the ownership of the employer or employee⁸².

⁷⁷ See M. M. M. VAN EECHOUDE, *op. cit.*, 2003, p. 171.

⁷⁸ According to Titel 17 of the United States Code § 201(b), in case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered to be the initial owner (i.e. author) of all rights comprised in the copyright unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument. See also e.g. Article 7 Dutch Copyright Act; Section 11(2) U.K. Copyright, Designs and Patents Act.

⁷⁹ See e.g. TH. M., DE BOER, «Aanknoping in het internationaal auteursrecht», *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1977, 5413, p. 692. See also P. L. C. TORREMAN, *op. cit.* 2024, p. 726.

⁸⁰ Recital 23 in the Preamble to Rome I. See also Article 8 Rome I; Article 20-23 Regulation (EU) No. 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters (Brussels Ibis), OJ L 351, 20.12.2012.

⁸¹ Section 34(2) Austrian PIL Act of 1978; Article 72 Bulgarian PIL Code of 2005; Art 24 (2) Croatian PIL of 2017; Article 1.52 (2) Civil Code of the Republic of Lithuania of 2000; Article 47 Polish PIL Act of 2011. With respect to the determination of the original owner of the industrial property rights, Art 93 second sentence Belgian Code of PIL of 2004 refers the law applicable to the contractual relationship if the intellectual activity took place within this relationship.

⁸² Third parties who buy IP rights in good faith are nonetheless often protected by national laws.

However, in case the employment contract contains a choice of law, the required comparison between the *lex contractus* and mandatory provisions according to paragraphs 2, 3 and 4 of Article 8 Rome I, does not yield *ex ante* predictability. While it has been argued that provisions that attribute to employees the ownership of IP rights cannot be regarded as overriding mandatory provisions⁸³, these provisions could be regarded as mandatory provisions in the sense of Article 8(1) Rome I. Furthermore, while it is debatable whether national provisions that protect moral rights could be classified as overriding mandatory rules⁸⁴, they can be regarded as mandatory provisions that cannot be derogated from in the context of Article 8(1) Rome I⁸⁵.

Furthermore, in international property law, the applicable law has traditionally not been at the discretion of the parties⁸⁶. Moreover, in case of IP infringements, Article 8(3) Rome II even explicitly prohibits a choice of law for reasons of the territorial protection of IP rights and the related «national economic policies»⁸⁷. On the basis of the mandatory nature of the *lex loci protectionis* rule laid down in national laws of MS, scholars have also argued that parties are not allowed to choose the law with respect to proprietary aspects of IP rights⁸⁸.

2.2. Loci laboris as main connecting factor

As EU conflict-of-laws approach to initial ownership of IP rights related to inventions and works created in the course of employment the objective connecting factors of Article 60 Paragraph 1 of the European Patent Convention (EPC) should be adopted by analogy⁸⁹. To determine the applicable law to the right to a European patent, this provision refers to the law of the state in which the employee is mainly employed; if this state cannot be determined, the law of the state in which the employer has the place of business to which the employee is attached. As these connecting factors are similar to the factors in Article 8 paragraphs 2 and 3 Rome I, the CJEU's interpretation regarding these factors and the requirement of an «individual employment contract» should be followed. In view of the autonomous interpretation of this

⁸³ P. L.C. TORREMANS, *op. cit.*, 2024, p. 727.

⁸⁴ See Part III.3.

⁸⁵ P.L.C. Torremans argues that «the grant of minimum moral rights is mandatory», see P. L.C. TORREMANS, *op. cit.*, 2024, p. 793. See also Part III.3.

⁸⁶ D. KLERMAN, «Jurisdiction, choice of law, and property», in CHANG, Y. (ed.), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 267-266.

⁸⁷ See P.L.C. TORREMANS, *op. cit.*, 2024, pp. 825-826.

⁸⁸ With respect to Article 10(4) Spanish Civil Code of 1889, see DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 1014.

⁸⁹ Convention on the Grant of European Patents, referred to as European Patent Convention, of 1973.

requirement⁹⁰, employment relationships in the context of «work for hire» doctrine fall under this concept.

In view of the *erga omnes* effect of proprietary rights, the objective connecting factors of Article 60 EPC provide legal certainty to third parties about the ownership which is important for the exploitation and transfer of IP rights. This approach also provides legal certainty to employers and employees; a single predetermined law regarding the issue of ownership will not only fosters the worldwide exploitation and transfers of IP rights but also yields creativity and innovation.

Furthermore, the *lex loci laboris* approach refers to the law of the state most closely connected to the legal relationship in which the right of ownership of the IP right arises as it can generally be assumed that the employee invents or creates the work at the place where he is mainly employed. In line with the *lex loci laboris* approach under Article 8 Rome I this approach may refer to the mandatory application of national laws related to remuneration for employees in case the initial ownership of IP rights is attributed to the employer⁹¹. Finally, in view of the special jurisdiction rules in Brussels Ibis Regulation related to employment contracts⁹², these connecting factors enable coincidence between forum and law, *Gleichlauf*, which facilitates the sound administration of justice.

3. Derogation mechanisms

In line with EU PIL, the proposed EU conflict-of-laws approach should allow the application of overriding mandatory rules and the public policy exception⁹³. According to the law of MS moral rights are often inalienable from the author⁹⁴ which entails friction in case the applicable law allows the assignment of moral rights, or adheres to the ‘work for hire’ doctrine. From a viewpoint of «moral rights as fundamental rights that protect the author against the abuse of his work»⁹⁵, it has been argued that the protection of moral rights is part of the public policy of the forum state and should be applied in case the law of the country for which protection is sought is lower⁹⁶.

⁹⁰ L. MERRET, *Employment Contracts in Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 59-65.

⁹¹ See e.g. Article 12(6) Dutch Patent Law.

⁹² Article 21(1)(b) and (2) Brussels Ibis. In case the Member State in which the employee is domiciled coincides with the state in which the employee is mainly employed, see Article 22(1) Brussels Ibis.

⁹³ See e.g. Articles 9 and 21 Rome I; Articles 16 and 26 Rome II.

⁹⁴ See Part III.1.1.

⁹⁵ P.L.C. TORREMANS, *op. cit.*, 2024, p. 702.

⁹⁶ P.L.C. TORREMANS, «Private international law issues of moral rights», in GENDREAU, Y., *Research Handbook on Intellectual Property and Moral Rights*, Edward Elgar Publishing Limi-

Although the concept of public policy has not been defined in EU PIL, the CJEU «draws inspiration from the constitutional traditions common to the Member States and from the guidelines supplied by international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories»⁹⁷. The United Nations Universal Declaration of Human Rights of 1948 that considers moral rights as human rights has been the main guidance for the draft of the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 to which all MS are now bound⁹⁸. Moral rights are also «deeply entrenched» in the «civil law countries» of the EU⁹⁹. Furthermore, the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 2012 explicitly stipulates that «intellectual property shall be protected»¹⁰⁰. It has also been argued that moral rights could be regarded as «personality rights that are linked to the person of the author of the work»¹⁰¹. In the *Wintersteiger* ruling, the CJEU held that «personality rights are protected in all Member States»¹⁰².

However, the French Supreme Court ruled that French provisions protecting the author's moral rights have to be regarded as overriding mandatory provisions¹⁰³. Applying Article 9 Rome I by analogy with respect to the assignment of copyrights, it is nonetheless questionable whether moral rights-provisions could be regarded as overriding mandatory provisions in view of the 'public interest'-requirement¹⁰⁴, because these provisions initially aim to protect the individual interests of authors.

ted, Cheltenham, 2023, p. 367. See also J. C. GINSBURG, P. SIRINELLI, «Authors and Exploitations in International Private Law: The French Supreme Court and the Huston Film Colorization Controversy», *Columbia VLA Journal of Law & The Arts*, 1991, 15, pp. 139-141.

⁹⁷ CJEU 28 March 2000, *Krombach*, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, para. 22-25.

⁹⁸ Article 27(2) of the United Nations Universal Declaration of Human Rights of 1948. I. ZAMFIR, «At a Glance-The Universal Declaration of Human Rights and the European Union», *European Parliamentary Research*, 08-12-2023, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA\(2023\)757559](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA(2023)757559)

⁹⁹ See P. GOLDSTEIN, P. B. HUGENHOLTZ, *International Copyright. Principles, Law, and Practice*, 4th ed., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 339.

¹⁰⁰ See Article 6bis Berne Convention; Article 17(2) Charter of Fundamental Rights of the European Union OJ C 326, 26.10.2012.

¹⁰¹ P. L. C. TORREMANS, *op. cit.*, 2024, p. 702.

¹⁰² CJEU 19 April 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220, para. 24.

¹⁰³ See Cour de Cassation, 28 May 1991, D 1993, jur. 197 (*Huston*). The French Court of Cassation refers to «rules of imperative application», also known as overriding mandatory provisions. See M. E. ANCEL, «France», in KONO, T. (ed.), *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 572.

¹⁰⁴ See also the «interest criterion», I. KUNDA, «Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International Law of Contracts», *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2007, 5, p. 217.

IV. CONCLUSION

While the *lex loci protectionis* is generally adopted by MS as conflict-of-laws rule regarding proprietary aspects of IP rights, there exists a lack of consensus on the definition and scope of this rule. In view of the digital era, it would be preferable to adopt ‘a single law’- approach, such as *lex originis* adopted by a few MS regarding initial ownership of copyrights, or the «close connection» criterion proposed by scholars for ubiquitous IP infringements¹⁰⁵. However, these connecting factors contravene the territorial protection of IP rights and do not provide predictability which is the main objective of PIL and property law. Therefore, this Chapter argues to adopt a general EU conflict-of-laws rule that refers to the law of the state for which protection is sought, the *lex loci protectionis*, regarding all aspects concerning the IP right as such. To provide legal certainty, proprietary aspects as indicated in Part III.1. should be enumerated as a non-exhaustive list. This technology-neutral approach is in accordance with the EU PIL framework in particular the *Sitz* approach, Article 8(1) Rome II, and often coincides with Article 4(3) and (4) Rome I, and may facilitate *Gleichlauf* under Brussels Ibis.

In accordance with the special protection of employees in EU PIL, this Chapter also proposes as special EU conflict-of-laws approach regarding initial ownership of IP rights ensuing in the context of employment to refer to the *lex loci laboris* and subsidiary the law of the state in which the employer has the place of business to which the employee is attached. The law that governs the employment relationship, as adopted by several MS and argued by various scholars, does not provide *ex ante* predictability necessary for the *erga omnes* effect of ownership.

In line with EU PIL, the proposed EU conflict-of-laws approach should exclude «renvoi» but allow the application of overriding mandatory rules and the public policy exception. Because of the generally accepted fundamental right character of IP rights in the EU, the public policy exception could be invoked in case the applicable law provides lesser or no protection regarding moral rights than the forum state.

From a perspective of instrumentalisation of PIL, the proposed EU conflict-of-laws approach provides predictability which enhances creativity and innovation, and facilitates the cross-border exploitation and transfers of IP rights.

¹⁰⁵ See paragraph 1.3 of this Chapter.

ALTERNATIVE SOLUTIONS TO *LEX REI SITAE* AS THE LAW APPLICABLE TO REAL ESTATE IN BORDER AREAS

Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ*
Universidad Miguel Hernández de Elche

SUMMARY: I. INTRODUCTION: *LEX REI SITAE* RULE AS THE APPLICABLE LAW TO REAL ESTATE.— II. SPECIFIC CASE: BORDER REAL ESTATE.— III. ALTERNATIVES TO *LEX REI SITAE* AS THE LAW APPLICABLE TO BORDER REAL ESTATE.— IV. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCTION: *LEX REI SITAE* RULE AS THE APPLICABLE LAW TO REAL ESTATE

1. Rights *in rem* pertain to tangible assets and impact all parties involved, while personal rights regarding assets can solely be enforced against the debtor.¹ Therefore, to safeguard and promote the exchange of goods in international trade, Private International Law strives to allocate rights *in rem* to their holders clearly, determining competent courts and, specifically in this context, the relevant law governing rights *in rem*.

2. In Spanish private international law, the law governing «rights *in rem* over goods considered as single units is determined in accordance

* Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (UMH) (alfonso.ortega@umh.es).

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 febrero 2019, Asunto C-630/17, *Milivojevic*, FD 100; Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 noviembre 2016, Asunto C-417/15, *Schmidt*, FD 31 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 diciembre 2015, Asunto C-605/14, *Pekka Komu*, FD.

with Article 10.1 of the Civil Code², which states that «Possession, ownership, and other rights over real estate, as well as their publicity, shall be governed by the law of the place where they are located. The same law shall apply to movable property». Article 10.1 of the Civil Code incorporates the *Lex Rei Sitae* rule, which means that rights *in rem* over property, both movable and immovable, are generally subject to the law of the country where such property is located.

3. Rights *in rem* over movable or immovable property —ownership, possession, security interests, etc.— are governed by the law of the place where they are located. This principle stems from the sovereignty of the State, which reserves the application of its rules to regulate the acquisition of one of its essential elements: territory, in any case. Regarding movable property, over which our courts declare jurisdiction if they are located in Spain, there are rules specifically referring to property in locations posing challenges or that are being transported through different countries³.

4. Historically, the *Lex rei sitae* principle has been the law applicable to real estate, addressing two essential requirements: a) firstly, as mentioned before, the imperative for these properties to be subject to the sovereignty of the states where they are located; and b) secondly, the imperative to afford them universal protection, which, given the publicity systems associated with them, can only be effectively implemented in the jurisdictions where the properties in question are located.

5. We are presented with a precise, predictable, and harmonious solution. Thus, a) it is sufficient to know the country where the real estate is located to determine the applicable law; b) the *Lex rei sitae* rule leads us to predictable solutions for all the parties involved in a specific legal relationship, including third parties; and c) it is practically a universal solution, provided for in a large number of state systems of

² Royal Decree of 24 July 1889 publishing the Civil Code (Gaceta de Madrid no. 206, 25 July 1889). Art. 10.1 CC applies to rights *in rem* over movable or immovable property. By using the same connecting criterion in both cases, no problems of qualification usually arise: whenever tangible property is involved, whatever its nature, the applicable law is that indicated by Art. 10.1 CC.

³ *Vid.* in particular, A. ORTEGA GIMÉNEZ, «Determinación de la ley aplicable a los inmuebles fronterizos», *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 655-660; A. ORTEGA GIMÉNEZ, «Derechos reales: ley aplicable a los inmuebles fronterizos», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 3, 2008, pp. 83-92; I. LORENTE MARTÍNEZ, «Inmuebles fronterizos, corrección de frontera y competencia judicial internacional de los tribunales españoles», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, octubre 2019, pp. 693-704; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio de Derecho internacional privado*, 4.^a ed., Murcia, Rapid Centro Color, S.L., 2022, p. 266; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado, Tomo III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 3465; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 7.^a ed., Granada, Comares, 2006, pp. 479-483; y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 3.^a ed., Madrid, Civitas, 2004, pp. 536-539.

Private International Law⁴. Regarding EU law, there are no provisions concerning the applicable law for rights *in rem* and their publicity. Consequently, this issue falls entirely under the jurisdiction of each Member State. Article 345 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) expressly states, «The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property».

6. Among other aspects, the following fall under the umbrella of the *Lex rei sitae* rule: a) Items that can be the subject of rights *in rem*; b) The nature of movable and immovable property, *intra commercium*, *extra commercium*, susceptible only to certain rights, etc.; c) The system of establishing rights *in rem*, conditions of acquisition, whether original or derivative, modification, transmission, loss, and termination of the right.

This information holds significance due to the notable discrepancies in national laws, especially concerning the acquisition of ownership of movable property through possession; d) The duration, substance, and implications of the rights *in rem*, including legal avenues for defending property or possession; the extent of the rights, entitlements of the holder of the rights, such as usufruct and disposal, actualization of the asset's value, as well as restrictions, obligations, and burdens incumbent upon the holder of the real right; the scope of the rights *in rem vis-à-vis* third parties; and e) Public disclosure of actions related to the establishment, transfer, and termination of rights *in rem* established over both movable and immovable assets^{5,6}.

⁴ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 7.^a ed., Granada, Comares, 2006, p. 479.

⁵ *Vid.* Resolution of the Directorate General of Registries and Notaries of 24 January 2014, in the appeal lodged against the qualification note issued by the property registrar suspending the registration of a deed of liquidation of the Dutch community property after divorce, accompanied by a regulatory agreement. This decision points out that it is reiterated doctrine that whatever the title deed submitted for registration in international cases, it must meet the requirements set out in Spanish mortgage law by application of the conflict rules of our CC, which so establish for immovable property situated in Spain. In this respect, Art. 608 CC attributes exclusive competence in the regulation and determination of registrable deeds, as well as their formal requirements and effects, to the Mortgage Law. In short, the Property Registrar is obliged to apply the Spanish conflict rule (Article 12.1 CC) and, by reference to this, the Mortgage Law, which determines the requirements for registration that the documents presented must meet. Therefore, the Directorate General agreed to reject the appeal and confirm the qualification note of the registrar; or, the Resolution of 18 December 2018 of the Directorate General of Registries and Notaries, which resolves the appeal lodged against the refusal of the Mijas property registrar no. 3 to register a deed of sale. In this respect, it points out that the use of powers of attorney granted outside Spain is a constant feature of notarial practice in view of the internationalisation of economic relations, and is therefore commonplace and by no means exceptional.

The presentation to the notary of a power of attorney granted outside Spain requires, as is the case with powers of attorney granted in Spain, a legal analysis which will be carried out in accordance with articles 10.1 and 11.1 CC, on the one hand, the reference regarding the sufficiency of the power, to the Spanish law to which the exercise of the powers granted by the represented party is subject, if there is no express provision, and on the other, Article 11.1 of

Note 6 in next page

7. The law designated by Article 10.1 and 2 of the Civil Code governs the nature of the publicity of the right, the extent of such publicity, and the means through which the right is made public. When it comes to publicity through registration, the law applicable to the asset governs the conditions for accessing the Registry of documents that record the transmission of ownership⁷. It also includes the list of rights *in rem* that can be established over assets and establishes the system for creating rights *in rem* (either a closed or open system), as well as the scope of private autonomy in shaping rights *in rem*. The aspects not covered by Articles 10.1 and 2 of the Civil Code include: a) The capacity to acquire rights *in rem*, which is governed by the individual's national law (Article 9.1 of the Civil Code); b) The form of the transaction used to acquire or transfer the real right (Article 11 of the Civil Code); and c) The validity or appropriateness of the document through which the real right is acquired or transferred, such as a contract, will, intestate succession, or participation in a community property regime as a matrimonial economic system, etc. These aspects are governed by their respective rules of private international law.

II. SPECIFIC CASE: BORDER REAL ESTATE.

8. Given this, the aforementioned *Lex rei sitae* rule poses problems regarding border real estate, i.e., those properties located in territories subject to different state sovereignties⁸. In these cases, the

the Civil Code to the analysis of the equivalence of the form in Spain, a form that must be registered by the law of the country in which they are granted. This implies that, having analyzed the value of the document in the country of origin, both from a material and formal perspective, its equivalence or substantial approximation of effects can be concluded, in relation to a power of attorney for the same act granted in Spain. The General Directorate of Registries and Notaries, in a Resolution dated September 14, 2016, reiterates the doctrine applicable to documents granted abroad, pointing out how our system, in application of the principle of legality, establishes a rigorous selection of titles. . registrable documents that must be submitted to the registrar for qualification, requiring that they be public or authentic documents (= articles 3 of the Mortgage Law and 33 and 34 of its Regulations). Likewise, it has established an extensive doctrine regarding the suitability of documents granted abroad to produce a modification of the content of the Spanish Registry. In short, the declaration of equivalence of the extrajudicial power of attorney document made by a Spanish notary will be sufficient for the registration in the Property Registry of the dispositive act carried out based on it. In the event that the registrar disagrees with the equivalence declared by the notary, he must expressly and adequately justify this, and this does not mean that the registrar may request that the document from which the representation arises be transcribed or accompanied.

⁶ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 3.^a ed., Madrid, Civitas, 2004, pp. 536-539.

⁷ *Vid.* Resolution of the Directorate General of Registries and Notaries of 13 October 2015, resolving not to register a deed of cessation of directors, change of the administrative body and appointment of joint administrators of a company

⁸ *Vid.* E. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*. Vol. II., Madrid, UNED, 2002, p. 267.

prevailing doctrinal solution is to literally apply the *Lex rei sitae* rule, meaning to consider all concurrent laws, with their application depending on the geographical location within each part of the real estate property. Thus, the part of the property located in each State will be subject to the law of that State. However, «this solution is unsatisfactory, as in practice, it leads to treating border property as two separate properties subject to two different national laws: the syndrome of the cumulative application of laws»⁹.

In addition to the classical doctrinal solution, an alternative approach arises from the July 6, 1988 Judgment of the Court of Justice (Sixth Chamber) in the case «R.O.E. SCHERRENS v. M. G. MAENHOUT, AND OTHERS»¹⁰, which addresses an international judicial competence issue within a lease contract involving a property with plots in two states between R.O.E. Scherrens (Belgium) and M.G. Maenhout (Belgium), R.A.M. van Poucke (Netherlands) and L.M.L. van Poucke (Belgium), in relation to a dispute whose subject is to determine the potential existence of a lease contract concerning an immovable property located in two contracting states, in principle, and subject to particular cases where the structure of a property may require a different solution, the competent courts, concerning immovable properties located in the territory of each contracting state, are exclusively those of the respective state.

9. The issue arose within a dispute between Mr. Scherrens and Mrs. Maenhout and others, concerning whether a rural lease was verbally concluded between Mr. Scherrens, as the tenant, Mrs. Maenhout and her deceased husband, as landlords, regarding a property consisting of buildings and agricultural land measuring approximately 5 hectares located in Maldegem (Belgium), as well as four plots of land totaling 12 hectares situated in the municipality of Sluis (Netherlands).

In this context, the tenant, as the appellant, argues that there is a single lease contract for the entire estate and the plots of land. Therefore, considering the possibility that the Belgian and Dutch judges might issue conflicting decisions, the Dutch Court of Appeal deemed it necessary to determine which judge had jurisdiction under Article 16, heading and paragraph 1, of the Convention in cases similar to the present one. In these circumstances, the Dutch Court of Appeal suspended the proceedings and requested the Court of Justice to «rule on how to interpret Article 16, heading and paragraph 1, of the aforementioned Convention regarding the rural lease concluded on a property whose buildings (with

⁹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*. Vol. II, 7.^a ed., Granada, Comares, 2006, p. 483.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 6 de Julio de 1988, «R.O.E. SCHERRENS CONTRA M. G. MAENHOUT, Y OTROS», *Recopilación de Jurisprudencia 1988* página 03791, EUR-Lex – 61987J0158 – ES.

a portion of land) are located in one contracting state (Belgium) and the land (mostly) in another contracting state (Netherlands)».

10. Thus, the Court of Justice itself ruled that a dispute aimed at determining the potential existence of a lease contract for a real estate property located in two contracting states falls exclusively under the jurisdiction of the courts of each contracting state concerning the real estate located within their respective territories. Furthermore, concerning a lease of real estate entirely situated within a single contracting state, Article 16, heading and paragraph 1, applies to all lease contracts of real estate, regardless of their particular characteristics. It should be interpreted to mean that in a dispute regarding the possible existence of a lease contract for a real estate property located in two contracting states, then the courts of each contracting state are exclusively competent regarding the real estate located within their respective territories.

11. By judgment of March 23, 1987, received at the Court of Justice on May 26 of the same year, the Court of Appeal of Arnhem, in accordance with the Protocol of June 3, 1971 concerning the interpretation by the Court of Justice, referred a preliminary question regarding the interpretation of Article 16, heading and paragraph 1, of the Convention of September 27, 1968, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (hereinafter referred to as «the Convention»).

This issue arose within a dispute between Mr. Scherrens and Mrs. Maenhout and others, concerning whether a verbal rural lease was entered into between Mr. Scherrens, as the tenant, and Mrs. Maenhout and her deceased husband, as the landlords, regarding a property consisting of buildings and agricultural land spanning approximately 5 hectares located in Maldegem (Belgium), as well as four plots of land totaling 12 hectares situated in the municipality of Sluis (Netherlands). It is evident from the records that the plots of land in the Netherlands are not adjacent to the parcel in Belgium but are located 7 km away.

Mr. Scherrens initiated legal proceedings regarding the lease before the Magistrate in Eeklo (Belgium) for the land located in Belgium, and also before the *Pachtkamer* (the chamber handling matters related to rural lease contracts) of the District Court of Oostburg (Netherlands) for the land located in the Netherlands. The District Court ruled that there was insufficient evidence to support the existence of the lease contract and dismissed Mr. Scherrens' claim. He then lodged an appeal before the *Pachtkamer* of the Court of Appeal of Arnhem.

According to order of referral, the tenant, as the appellant, argues that there is a single lease contract for the entire estate and the plots of land. Therefore, considering the possibility that the Belgian and Dutch judges might issue conflicting decisions, the Court of Appeal deemed

it necessary to resolve the question of which judge had jurisdiction under Article 16, heading and paragraph 1, of the Convention in cases similar to the present one. Under these circumstances, the Court of Appeal suspended the proceedings and requested the Court of Justice to «rule on how to interpret Article 16, heading and paragraph 1, of the aforementioned Convention concerning the rural lease concluded on a property whose buildings (with a portion of land) are located in one of the contracting states (Belgium) and the land (mostly) in another contracting state (Netherlands)».

For a more comprehensive presentation of the facts of the main issue of litigation, the reasoning behind the order of referral, as well as the written observations submitted and the procedural developments, the Chamber refers to the Report for the Hearing. Hereinafter, reference will only be made to these elements to the extent required by the Court's reasoning.

Article 16 of the Convention states the following: Regardless of domicile, exclusive jurisdiction shall lie with: «1) concerning real property rights and leases of immovable property, the courts of the contracting state in which the property is located; (...)».

The issue raised by the national judicial authority concerns whether Article 16, heading and paragraph 1, of the Convention should be interpreted to mean that, in a dispute aimed at determining the potential existence of a lease contract for a real estate property located in two contracting states, the courts of each contracting state have exclusive jurisdiction over the real estate located within their respective territories.

It is important to remember that in its ruling dated January 15, 1985 (Roesler, Case 241/83, Rec. 1985, p. 99), the Court of Justice stated that the exclusive jurisdiction provided for in Article 16, heading and paragraph 1, in favor of the courts of the contracting state where the property is located, is justified by the close connection between leases and the legal framework of real property, including provisions governing its use, such as rules regarding rent regulation and safeguarding both landlords' and tenants' rights.

The Court of Justice further declared that Article 16, heading and paragraph 1, aims to ensure a rational distribution of jurisdiction by giving preference to the competent judicial authority based on its proximity to the property's location, as it is in a better position to have direct knowledge of the factual situations related to the conclusion and execution of leases of real estate properties.

In light of the foregoing considerations, the Court of Justice considered in the aforementioned case that, regarding a lease of real estate located entirely within a single contracting state, Article 16, heading

and paragraph 1, applies to every lease contract of real estate, regardless of its particular characteristics.

The same considerations are valid in principle in the case of leasing real estate property whose elements are located in two contracting states.

Therefore, it is appropriate to interpret Article 16, heading and paragraph 1, to mean that, in a dispute aimed at determining the possible existence of a lease contract for real estate located in two contracting states, in principle, the competent courts, regarding real estate situated within the territory of each contracting state, are exclusively those of the respective State.

However, it is not ruled out that there may be cases in which a real estate property, whose constituent parts are located in two contracting states but are subject to a single lease contract, presents such peculiarities that an exception to the general rule of exclusive jurisdiction just described is necessary. This could be the case, for example, when the real estate holdings located in one contracting state are adjoined to those located in another state, and the property is situated almost entirely in one of those states. In this situation, it may be appropriate to consider the property as a single unit and to regard it as entirely located in one of the states in order to assign exclusive jurisdiction to the courts of that state regarding the lease of the property.

Upon reviewing the proceedings, no such peculiarities are evident in this case. The portions of the property under dispute in the two contracting states are neither adjacent nor predominantly located in one state or the other.

Therefore, it is appropriate to respond to the question raised that Article 16, heading and paragraph 1, of the Convention should be interpreted to mean that in a dispute aimed at determining the possible existence of a lease contract for a real estate property located in two contracting states, the courts of each contracting state have exclusive jurisdiction over the real estate property located within its territory.

Thus, in a dispute aimed at determining the possible existence of a lease contract for a real estate property located in two contracting states, in principle, the competent courts, regarding the real estate property located within the territory of each contracting state, are exclusively those of the respective state.

12. Therefore, following the ruling in the «Scherrens» case, the law of the state where the most relevant part or main part of the property is located must be exclusively applied. When real estate properties located in one contracting state are contiguous to those located in another state, and the property is situated almost entirely in one of those states, in this situation, it may be appropriate to consider the property

as a unit and to regard it as entirely located in one of the states in order to assign exclusive jurisdiction to the courts of that state regarding the lease of the property. However, in the event that there is no «most relevant part» of the adjacent property, there is no alternative but the traditional solution: the part of the property located in each state will be regulated by the law of that State”¹¹.

13. It seems that the «Scherrens» judgment distinguishes between «separate properties» and «contiguous properties»; in the case of the former —separate properties— if the action affects a part of the property, the courts of the country where that «part of the property» is located would have jurisdiction and would apply that law. If the dispute involves the entire property, both jurisdictions would be competent, each applying its respective law. In the case of contiguous properties, if the property is predominantly located in one state, international judicial competence would lie with the courts of that state, and its law would apply¹².

14. In cases of mobile conflict, for example, if the property was previously in France but now, under a bilateral Franco-Spanish agreement, is located in Spain due to a border alteration, exclusive jurisdiction lies with the Spanish courts (which would apply Spanish law). In this regard, the ruling of the Provincial Court of Navarra on November 9, 2018, is significant. The ruling of the Provincial Court of Navarra on November 9, 2018, resolves a dispute raised by the owner of a property whose surface currently spans the border between Spain and France. In the years 1973 and 1974, the claimant purchased a property of 1700 m² located entirely in France at that time, according to the French cadastral map. The contested decision indicated that, according to the claimant, due to the shifting of the border between Spain and France to the north, following the latest demarcation between boundary markers 24 and 25 carried out by the Joint Boundary Commission established under the treaty of boundaries between Spain and France of December 2, 1856, part of this property, 773 m² in area, would then lie in Spanish territory, specifically within the municipal area of Bera. The claimant in this matter filed a lawsuit against the Municipality of Bera de Bidasoa, seeking a declaratory statement of ownership regarding several properties of 682 m², 545 m², 318 m², and 773 m² in surface area, located on the summit of Mount Larun. Moreover, the appropriate cadastral correction in favor of their represented party was also requested.

¹¹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*. Vol. II, 7.^a ed., Granada, Comares, 2006, p. 483; y A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 3465.

¹² Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*. Vol. II, 7.^a ed., Granada, Comares, 2006, p. 483; y A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio de Derecho internacional privado*, 4.^a ed., Murcia, Rapid Centro Color, S.L., 2022, p. 266.

The Municipal Council of Bera complied with the requests contained in the lawsuit regarding the properties measuring 682 m², 545 m², and 318 m², while opposing the claim concerning the 773 m² of another property, arguing that this surface area is integrated into the Cadastre of Bayonne, France. Regarding the properties subject to compliance, a judgment was issued on March 15, 2018, granting the claim with respect to them. However, regarding the area of 773 m², during the preliminary hearing, the judge raised *sua sponte* the lack of jurisdiction, as the matter falls under the jurisdiction of the courts of another state, leading to his abstention from hearing the case and the dismissal of the proceedings, as provided in Article 65 of the Spanish Civil Procedure Law (LEC). During the proceedings, the Municipality of Bera maintained the lack of jurisdiction, arguing that jurisdiction over the mentioned area of 773 m² belongs to the courts of the French Republic, as this area is located within their territory, all in accordance with Regulation number 1215/2012 of December 12, issued by the European Parliament and the Council. On the other hand, the claimant argued that the mentioned area is located in Spain and that «not a single square meter outside of Spain is claimed through this lawsuit, so the competent court must always be the Spanish Court». The Public Prosecutor's Office reported that the lack of jurisdiction raised by the judge should be upheld. And in the ruling of February 8, 2018, it was declared «the Lack of International Jurisdiction of this Court to hear those issues raised in the litigation, related to the surface area of 773 m², located on Mount Larun, refraining from hearing them, and ordering the dismissal of the case». It was then that the lawyers advocating the claimant's interests, lodged an appeal against the first-instance ruling of Court No. 6 of Pamplona.

With the act of redefinition of the Franco-Spanish border line in 2014, and from the perspective of the provisions of Article 36 (LEC), regarding the lack of international jurisdiction, as well as the provisions of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012, to the extent that the premises underlying the plea contained in the lawsuit are that these 773 m², an integral part of the 1700 m² property located entirely in French territory at the time of its purchase, have now come to be located in Spanish territory as a result of the northward shift of the border attributed by the claimant to the aforementioned redefinition act, it would not be initially appropriate to assert the lack of international jurisdiction of the Court of First Instance No. 6 of Pamplona.

In summary, the Court emphasizes that the property's registration in France does not hinder the jurisdiction of the Spanish court, provided that the relocation of the border line, central to the claim in the lawsuit, is conclusively demonstrated. This does not affect the French registration and cadastre, as there is no request for rectification concerning

them. The fact that initially the entire property was located in France is not an obstacle, at least theoretically, for a claimed subsequent modification of the border line to entail a change as envisaged by the claimant in his lawsuit, as in such a case it would be due to a hypothetical alteration agreed upon by both France and Spain¹³.

The fact that the entire property is registered and listed in the cadastre located in France does not prevent the exclusive international judicial jurisdiction of Spanish courts (and the application of Spanish law)¹⁴.

III. ALTERNATIVES TO *LEX REI SITAE* AS THE LAW APPLICABLE TO BORDER REAL ESTATE.

15. When deciding on the appropriate law for adjacent properties, we can draw an analogy from the «Scherrens» Judgment. This applies when real estate in one contracting state borders another, and the property is mostly within one state. In such cases, treating the property as a unified entity situated entirely within one state might be suitable for determining the applicable law.

16. Therefore, following the «Scherrens» Judgment, when real estate properties located in one contracting state are contiguous to those located in another state, and the property is situated almost entirely in one of those states, it may be appropriate to consider the property as a unit and regard it as entirely located in one of the states in order to assign exclusive jurisdiction to the courts of that state regarding the lease of the property. Thus, «the exclusive application of the law of the State where the ‘most relevant part’ or ‘main part’ of the property is located would proceed. This leads to the ‘application of a predictable law for the parties involved and simplifies the issue of the applicable law, as there is only one applicable law and not two».¹⁵

However, in the event that there is no «most relevant part» of the contiguous property, there is no alternative but the traditional solution: the part of the property located in each State shall be governed by the law of that State”.¹⁶

¹³ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, «Inmuebles fronterizos, corrección de frontera y competencia judicial internacional de los tribunales españoles», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, octubre 2019, pp. 693-704.

¹⁴ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio de Derecho internacional privado*, 4.^a ed., Murcia, Rapid Centro Color, S.L., 2022, p. 266.

¹⁵ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*. Vol. II, 15.^a ed., Granada, Comares, 2014, p. 1038.

¹⁶ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*. Vol. II, 7.^a ed., Granada, Comares, 2006, p. 483.

17. In the event that there is no «most relevant part of the contiguous property, there is no alternative but the traditional solution: the part of the property located in each State shall be governed by the law of that State»¹⁷. But what should we understand by «most relevant part»? The most suitable solution—and one that provides legal certainty—should be based on the percentage of occupation of the property: if we are dealing with real estate located in State A and State B; if the majority of the property is located in State A, the law applicable to the entire real estate should be that of State A; and if the property is divided equally between State A and State B, then yes, each part of the property will be subject to its corresponding law, the law of State A for one part, and the law of State B for the remaining part.

However, we should not automatically equate «most relevant part» with «largest area», but rather consider each case individually and take into account other elements (market price, value of its attributes, land type, etc.). For instance, it appears evident in scenarios involving easements between properties situated in different states that the resolution would entail applying the law of the country where the servient property is situated. This is because the acts constituting the easement take place on that specific property¹⁸.

V. CONCLUSIONS

18. Indeed, we are witnessing a propitious moment. Private international law has become essential in addressing and preventing international private conflicts arising from the growing number of legal relationships governed by diverse legal systems. Among these scenarios are those governed by real estate regulations, which involve *in rem* rights over both movable and immovable property.

19. In general, relying on the traditional rule *Lex rei sitae* for determining the applicable law to real estate, as outlined in Article 10.1 of our Civil Code, offers a straightforward, logical, and precise solution that is also predictable and harmonious. However, in the case of real estate located in territories subject to different state sovereignties, it does not seem the most appropriate approach, as subjecting the same real estate to the jurisdiction of different legal systems can practically lead to irreconcilable solutions regarding the same litigious matter.

¹⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*. Vol. II, 15.^a ed., Granada, Comares, 2014, p. 1038.

¹⁸ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*. Vol. II, 15.^a ed., Granada, Comares, 2014, p. 1039; y A.-L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 3465.

20. While resorting to the traditional *Lex rei sitae* rule regarding the applicable law to real estate —provided for in Article 10.1 of our Civil Code— is, in general, a straightforward, logical, as well as precise, predictable, and harmonious solution; in the case of real estate located in territories subject to different state sovereignties, it does not seem the most appropriate approach, as subjecting the same real estate to the jurisdiction of different legal systems can practically lead to irreconcilable solutions regarding the same litigious matter. Hence, when determining the relevant law for adjacent properties, one can draw an analogy from the «Scherrens» Judgment. This applies when real estate in one contracting state borders that of another state, with the property predominantly situated in one of them. In such cases, considering the property as a unified entity and attributing its location entirely to one state may be suitable for determining the applicable law. However, «this solution based on the principles of proximity and predictability has its limits». The aim of these principles is to ensure effective access to justice.

21. The principle of proximity does not generate excessive or disproportionate costs for the individuals involved in international litigation, as it allows for a genuine judicial response to their legal claims. Nonetheless, there are also limitations to these principles, as in the well-known Alaska paradox. Indeed, if a Spanish or European conflict rule were to indicate that a dispute between two individuals who habitually reside in Madrid should be governed by Alaska law, such a conflict rule would be unconstitutional because it would compel individuals to undergo a judicial process with very high costs, and this would amount to ineffective judicial protection, to an inequitable judicial process. The conflict rule would violate Article 24 of the Spanish Constitution of 1978 and Article 6 of the European Convention on Human Rights of 1950 if it were to act in this manner.¹⁹

22. The law applicable to border real estate should follow the modern thesis inspired also by the CJEU judgment of the «Scherrens» case, thus ensuring legal certainty for the parties so that a predictable state law is applied to them and their claims. As long as a “relevant part” of the property is located in one State.

23. Therefore, in line with the «Scherrens» Judgment, when real estate in one contracting state borders that in another, and it predominantly lies within one of these states, it might be appropriate to view the property as a single entity and designate it entirely situated in one state to confer exclusive jurisdiction to its courts over the property’s lease. Consequently, it would be appropriate to exclusively apply the

¹⁹ *Vid.* I. LORENTE MARTÍNEZ, «Inmuebles fronterizos, corrección de frontera y competencia judicial internacional de los tribunales españoles», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, Núm. 2, octubre 2019, pp. 702-703.

law of the state where the property's «most relevant part» or «main part» is located».

24. In the event that there is no «most relevant part» of the contiguous property, there is no alternative but the traditional solution: the part of the property located in each State shall be governed by the law of that State. But what should we understand by «most relevant part»? The most suitable solution—and one that provides legal certainty—should be based on the percentage of occupation of the property: if we are dealing with real estate located in State A and State B; if the majority of the property is located in State A, the law applicable to the entire real estate should be that of State A; and if the property is divided equally between State A and State B, then yes, each part of the property will be subject to its corresponding law, the law of State A for one part, and the law of State B for the remaining part.

However, we should not automatically equate «most relevant part» with «largest area», but rather consider each case individually and take into account other elements.

25. While resorting to the traditional *Lex rei sitae* rule regarding the applicable law to real estate—provided for in Article 10.1 of our Civil Code—is, in general, a straightforward, logical, as well as precise, predictable, and harmonious solution; in the case of real estate located in territories subject to different state sovereignties, it does not seem the most appropriate approach, as subjecting the same real estate to the jurisdiction of different legal systems can practically lead to irreconcilable solutions regarding the same litigious matter.

26. When determining the relevant law for adjacent properties, one can draw an analogy from the «Scherrens» Judgment. This applies when real estate in one contracting state borders that of another state, with the property predominantly situated in one of them. In such cases, considering the property as a unified entity and attributing its location entirely to one state may be suitable for determining the applicable law.

27. Ultimately, this alternative solution: a) implies the timely resurgence of Roman Law as an optimal solution for contemporary challenges: the principal owner has precedence over the accessory one; and b) manages to faithfully respect the principles of good administration of justice, conflictual efficiency, and predictability for the parties: it will always be more efficient to litigate in one country than in two, applying a state law rather than two to the same case. Individuals only need to be informed about one state law, and state sovereignty is respected²⁰.

²⁰ *Vid.* I. LORENTE MARTÍNEZ, «Inmuebles fronterizos, corrección de frontera y competencia judicial internacional de los tribunales españoles», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, Núm. 2, octubre 2019, p. 704.

**PRIVATE INTERNATIONAL LAW
OF CULTURAL OBJECTS**

**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
SOBRE LOS BIENES CULTURALES**

JURISDICTION OVER ACTIONS FOR THE RECOVERY OF CULTURAL OBJECTS UNDER ARTICLE 7(4) OF THE REGULATION (EU) 1215/2012

Ivana KUNDA*
University of Rijeka, Faculty of Law

SUMMARY: I. INTRODUCTION.— II. INTERNATIONAL AND EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK: 1. General overview; 2. Rules on cross-border jurisdiction.—III. FEATURES OF SPECIAL JURISDICTION FOR CROSS-BORDER RECOVERY OF CULTURAL OBJECTS IN EU LAW: 1. Scope of application; 2. Place in the system.— IV. ASSESSMENT AND AMENDMENT PROPOSAL.

I. INTRODUCTION

The legal protection of cultural objects is crucial for several reasons, including preservation of community's heritage and identity for future study and enjoyment, prevention of illicit trade and trafficking of cultural artifacts and return of national treasures, promotion of cultural diversity and fostering mutual understanding and appreciation among different cultures, and contribution to the local and national economy through tourism and related activities. There is also a moral responsibility to safeguard the cultural heritage of humanity. This responsibility

* Professor at the University of Rijeka, Faculty of Law (ivana.kunda@uniri.hr). This study has been conducted in the framework of the research Project I+D+i PID2020-112609GB-I00 «Property rights system over tangible goods in the field of European Private International Law: aspects of international jurisdiction and applicable law» funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation (MICIU/AEI/10.13039/501100011033). All the websites mentioned in this study were visited on 1 June 2024.

extends beyond national borders, recognising that cultural objects hold significance for all of humanity, not just for the communities or countries from where they originate.

II. INTERNATIONAL AND EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK

1. General overview

Legal framework for protection may have international or national origin. While national rules on protection of cultural objects are predominantly administrative, international ones are war-related as such objects were commonly targeted, looted or destroyed during armed conflicts. After the Second World War, the international community gathered around the idea that preservation of cultural heritage is of great importance for all peoples of the world, that it belongs to the mankind, and that it needs universal protection.¹ The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol Relating to the Prohibition on Exports of Cultural Property from Occupied Territories are up until today the most extensive multilateral treaty devoted solely to safeguarding cultural heritage in both peacetime and periods of armed conflict. However, the first time the 1954 Hague Convention was put at test in Europe in an actual armed conflict in the context of the Croatian Homeland War 1991-1995,² it failed and as observed by one of the international experts «wars in Croatia and Bosnia and Herzegovina produced European cultural catastrophe of terrible proportions».³ The 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property has been devised to set minimum common rules to assure uniform protection against illicit trafficking of cultural property. Despite its developed scheme, its provisions never attained much efficiency since they were not self-executing, but required national transposition instead. Such issue does not arise under the 1995 UNDRIO Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, whose rules are intended to supplement the

¹ How this idea of cultural heritage as a global public good can be reconciled with the effective enforcement of protection norms see in F. FRANCONI, F. and J. GORDLEY, J. (eds.), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Edward Elgar, 2013.

² V. BRADAMANTE, «Zaštita kulturne baštine po nacionalnom i međunarodnom pravu s posebnim osvrtom na hrvatsku kulturnu baštinu stradalu tijekom rata 1991.-1995.», *Pravnik*, vol. 37, no. 1, 2003, p. 76.

³ C. KAISER, «Appendix C: War Damage to the Cultural Heritage in Croatia and Bosnia-Herzegovina» (19 January 1993), attached to the BAUMEL, J., «The destruction by war of the cultural heritage in Croatia and Bosnia-Herzegovina presented by the Committee on Culture and Education – Information Report» (Council of Europe, 2 February 1993), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=6787&lang=en>

1970 Convention in terms of private law and enforcement. It includes self-executing common unified rules for restitution of stolen and return of illegally exported cultural objects, but has not been as widely ratified as the previous ones.

The European Union plays a crucial role in preserving and promoting Europe's cultural heritage. While it assists and complements the efforts of Member States by developing relevant policies and programs and fosters policy collaboration among Member States and stakeholders to safeguard and enhance cultural heritage, its competences to regulate this area are quite limited. The Council Regulation (EEC) No 3911/92 of 9 December 1992 on the export of cultural goods⁴ was replaced by the Council Regulation (EC) No 116/2009 of 18 December 2008 on the export of cultural goods.⁵ The Regulation ensures uniform checks on exports of certain categories of cultural goods by providing rules on export licence and administrative cooperation between Member States and with the Commission. Regrettably, these measures have had a limited impact on preventing and stopping illegal trade in cultural goods. This instrument is complemented by the Regulation (EU) 2019/880 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the introduction and the import of cultural goods,⁶ by introducing common rules regarding the import of cultural goods from third countries. The latter Regulation also introduces ICG, a centralised electronic system to store and exchange information between Member States and to accomplish import formalities by operators, which is to become operational by middle of 2025. The Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State⁷ was repealed and replaced by the Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (Recast).⁸

Despite all these legal instruments, many cultural objects are being stolen or looted and tend to escape scrutiny and control of trade in cultural goods. On the basis of statistical data from 72 countries, Interpol reported about more than 850.000 artefacts seized globally in 2020, with more than half of these in Europe.⁹ These are believed to be incomplete data, because it is quite likely that many cases remain

⁴ OJ L 395, 31.12.1992, p. 1–5.

⁵ (Codified version) OJ L 39, 10/02/2009, p. 1–7.

⁶ OJ L 151, 7.6.2019, p. 1–14.

⁷ OJ L 74, 27.3.1993, p. 74–79.

⁸ OJ L 159, 28/05/2014, p. 1–10.

⁹ Interpol, *Assessing Crimes Against Cultural Property 2020*, (September 2021), <https://www.interpol.int/News-and-Events/News/2021/Cultural-property-crime-thrives-throughout-pandemic-says-new-INTERPOL-survey>.

undetected.¹⁰ These figures call for constant review of the existing legal framework in addition to advancing criminalistics approaches and strengthening international cooperation. As is the case in many other areas, the public enforcement has proven insufficient, hence the countries have decided to open an additional path to private enforcement by introducing a special head of jurisdiction for certain cross-border cases related to cultural objects.

2. Rules on cross-border jurisdiction

Although some authors are not so convinced, the role of private international law in protecting cultural goods should not be underestimated.¹¹ Given that cultural goods trafficking is typically a cross-border crime, the issues of private international law play an important role in effective enforcement against stealing and illegal exportation of cultural objects.

The 1995 UNIDROIT Convention rules shape a private international law scheme to facilitate restitution of stolen or return of illegally exported cultural objects. According to art. 8 of the Convention, a claim for restitution or a request for return may be brought before the court or other competent authority, or to arbitration, if thus agreed by the parties to the dispute. If no agreement is reached, courts or other competent authorities of the 1995 UNIDROIT Convention Contracting State in which the cultural object is located will have jurisdiction to hear the case. This head of jurisdiction applies in parallel to the jurisdiction of the courts or other competent authorities under the rules in force in the respective Contracting States. Thus, the dispossessed owners are able to institute the proceedings in the Contracting State in which the object is located regardless of the State in which the other party has their domicile. In addition, enforcement will concern the forum judgment, decreasing the risk of refusal. Such provision actually invites not only application of national laws, but also of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements which may find its own operating area in accordance with its rules.¹² Under the 1995 UNIDROIT Convention, the parties may resort to the provisional, including protective, measures available under the law of the Contracting State where the object is located even when the claim for restitution or request for return of

¹⁰ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Action Plan against Trafficking in Cultural Goods, Brussels, 13.12.2022, COM/2022/800 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022DC0800&qid=1717978795050>.

¹¹ Ch. ROODT, *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, Edward Elgar, 2015, pp. 34-36.

¹² See art. 26(2) of the 2005 Hague Convention.

the object is brought before the courts or other competent authorities of another Contracting State.

Inspired by this model, the European Union has introduced the provisions in art. 7(4) of the Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast).¹³ According to this provision, a person domiciled in one EU Member State may be sued in another as regards a civil claim for the recovery, based on ownership, of a cultural object (as defined in Directive 2014/60/EU) initiated by the person claiming the right to recover such an object, in the courts for the place where the cultural object is situated at the time when the court is seised. This provision was introduced against the background of the rejection of broad provision on rights *in rem* or possession in moveable property proposed initially by the European Commission,¹⁴ and illustrative example of a stolen painting in the Heidelberg Report¹⁵ preceding the Recast.¹⁶

III. FEATURES OF SPECIAL JURISDICTION FOR CROSS-BORDER RECOVERY OF CULTURAL OBJECTS IN EU LAW

1. Scope of application

The provisions in art. 7(4) of the Regulation 1215/2012 has particular scope *ratione personae* and *ratione materiae*.

As regards the former, only a person domiciled in an EU Member State may be sued under this provision. This means that all defendants domiciled in third States are outside its reach. There is no such limitation regarding plaintiffs, which may be from anywhere in the world. The State may also feature as a plaintiff provided that the other requirements are met so that the State is in no different position as any other private law possessor of the cultural object against whom a civil claim is raised, as explained below.¹⁷ Such may be the case when the State

¹³ OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32.

¹⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (COM/2010/0748 final - COD 2010/0383), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52010PC0748>.

¹⁵ B. HESS, Th. PFEIFFER, and P. SCHLOSSER, Report on the Application of Regulation Brussels in the Member States, Study JLS/C4/2005/03 (Final version, September 2007), http://courtesa.eu/wp-content/uploads/2019/03/study_application_brussels_1_en.pdf, p. 152–154.

¹⁶ M. WELLER, *Rethinking EU Cultural Property Law; Towards Private Enforcement*, Nomos and Dike, 2018, p. 38.

¹⁷ K. SEIHR, «Das Forum rei sitae in der neuen EuGVO (Art 7 Nr 4 EuGVO nF) und der internationale Kulturgüterschutz», in: Witzleb, N. *et al.* (eds.), *Festschrift für Dieter Martiny*

assumes private ownership over a category of cultural goods under the so-called umbrella legislation.¹⁸

As regards the subject-matter, this provision is limited to civil claim for the recovery, based on ownership, of a cultural object. The notion of cultural object is defined in art. 2(1) of the Directive 2014/60/EU as an object which is classified or defined by a Member State, before or after its unlawful removal from the territory of that Member State, as being among the 'national treasures possessing artistic, historic or archaeological value' under national legislation or administrative procedures within the meaning of art. 36 of the TFEU. While the reference in art. 7(4) to this definition helps maintain coherence among various EU legal instruments dealing with protection of cultural objects, it also creates certain doubts. One of the important issues discussed in the scholarship is the extent to which the definition in the Directive should be understood *stricto sensu* also for the purpose of the Regulation 1215/2012. In a view of all stated, the interpretation most logical seems to be that it is only the definition in subparagraph 1 of art. 2 of the Directive which matters, whereas the other elements which pertain to the activation of the Directive mechanisms should be disregarded, including whether the object was unlawfully removed from the territory of a Member State.¹⁹ Thus, art. 7(4) should also be applicable if the object was unlawfully removed from the territory of a third State. In addition, it is important to note that other requirements under the Directive 2014/60/EU (such as obligation to obtain export licence) are irrelevant for the purpose of defining the cultural object under art. 7(4) of the Regulation 1215/2012.²⁰ This is confirmed also in the preamble where it is stated that the proceedings under art. 7(4) of the Regulation 1215/2012, should be without prejudice to the proceedings initiated under Directive 2014/60/EU (formerly, Directive 93/7/EEC).²¹

Further requirement is that the claim for return of the cultural object has to be civil in nature. Thus, no administrative or criminal claims qualify which is in line with the overall scope of application of the Regulation.²² The claim for recovery in art. 7(4) should not be

zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, 2014, pp. 837-850, especially p. 842; M. GEBAUER, «A New Head of Jurisdiction in relation to the Recovery of Cultural Objects», in: FERRARI, F. and RAGNO, F. (eds.), *Cross-Border Litigation in Europe: The Brussels I Recast as a Panacea?*, Walter Kluwer/Cedam, 2015, p. 31; P. MANKOWSKI, in: MAGNUS, U. and MANKOWSKI, P., *Brussels I bis Regulation*, 2nd ed., Otto Schmidt, 2023, p. 338.

¹⁸ P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 335.

¹⁹ H. GAUDEMET-TALLON and C. KESSÉDIAN, «La refonte du règlement Bruxelles I», *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 49, no. 3, 2013, p. 443; K. SEIHR, *op. cit.*, p. 841; E. WAGNER, «Claims for the Recovery of a Cultural Objects», in: REQUEJO ISIDRO, M. (ed.), *Brussels I bis*, Edward Elgar, 2022, pp. 142-143; P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 336.

²⁰ K. SEIHR, *op. cit.*, p. 841.

²¹ Rec. 17 of the Regulation 1215/2012.

²² See art. 1 of the Regulation 1215/2012.

mistaken for the claim for return under art. 6 of the Directive 2014/60/EU which is of entirely different legal nature. The private-public difference in their legal natures derives from the diverse purposes these legal instruments serve and is reflected also in *Aktivlegitimation* which under the Directive 2014/60/EU belongs to the State, and not to a private person – the owner, as under the Regulation 1215/2012.²³ This having been said, the two proceedings may run in parallel. While the claim needs to be civil in nature, it need not be the limited only to an ownership claim (*rei vindicatio*). With minor exceptions, scholarship agrees that the wording of the provision “a civil claim for the recovery, based on ownership” is a flexible and functional concept which allows for the interpretation covering also claims such as tort-based claims for restitution deriving from the violation of property rights.²⁴ This is an extension of the otherwise available *forum delicti commissi* for the tort cases, as explained below.

To be captured by the provision of art. 7(4), the claim has to be based on the right of ownership over a cultural object aimed to be recovered and has to be initiated by the person claiming the right to recover such an object. The question begs an answer whether such a person needs to be the owner or this may be another person. It appears that the role of the plaintiff should be limited to those who allege to be the owners of the requested cultural object,²⁵ especially given the wording of the provisions that the claim should be “based on ownership”. It has been stated that the ownership has to exist based on the law of the Member State which classified the requested cultural object as its national treasure pursuant to the EU law.²⁶ The question of possible defendant (*Passivlegitimation*) is important as well because the cultural objects my frequently change possessors. The provision of art. 7(4) accommodates this reality by requiring that the defendant is the possessor of the requested cultural object at the time when the claim is initiated, regardless of who was its possessor previously including at the initial unlawful removal.²⁷ This equally encompasses thieves and looters as well as innocent buyers and custodians.²⁸ In fact, it may be advantageous for the owner to direct the claim against the custodian such as a museum, gallery, auction house or conservation entity.²⁹

²³ P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 336.

²⁴ K. SEIHR, *op. cit.*, pp. 843-844; M. GEBAUER, *op. cit.*, pp. 36-37; P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 337.

²⁵ E. WAGNER, *op. cit.*, p. 145; P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 338.

²⁶ L. E. GILLIES «The contribution of jurisdiction as a technique of demand side regulation in claims for the recovery of cultural objects», *Journal of Private International Law*, vol.11, 2015, p. 308; Ch. ROODT, *op. cit.*, p. 177.

²⁷ P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 336.

²⁸ L. E. GILLIES, *op. cit.*, p. 308.

²⁹ E. WAGNER, *op. cit.*, p. 145.

On top of all mentioned, art. 7(4) requires that the requested cultural object is situated in a Member State at the time the claim is initiated, since that is a defined element of the criterion for jurisdiction. The *locus rei sitae* has been described as a weak link between the matter and the court having jurisdiction given that the cultural object as a moveable can easily be displaced.³⁰ Difficulties are linked to this jurisdiction criterion, because the possessor may quite easily change the location of the cultural object, especially within the EU where there are no border controls. However, if viewed from the enforcement perspective, *locus rei sitae* may be seen as a strong connection between the court proceedings resulting in an enforcement title and the enforcement itself as the ultimate goal of these proceedings.³¹ The means to overcome the issue related to object relocation are the preliminary measures. While this option is mentioned in scholarship and reference is made to art. 35 of the Regulation 1215/2012,³² few additional notes seem necessary.

Art. 35 of the Regulation provides legal basis for jurisdiction of only those courts which do not have jurisdiction on the merits, while other provisions allocating jurisdiction on the merits also allocate jurisdiction for preliminary, including provisional measures. The main difference is the effect of the ordered measure: while the effects of the measures ordered under art. 35 are limited to the territory of the Member State whose court has ordered them, the effects of the measures under the heads of jurisdiction for merits are pan-European. It is unlikely that there are Member State national laws offering a possibility to order the seizure of an item of property located outside the territory of the Member State whose court is asked to order the seizure. Therefore, jurisdiction under art. 35 seems of little use in cases in which the owner of a cultural object is aiming at the court having jurisdiction on the merits under art. 7(4) because those will in principle be the same courts. This is not only of theoretical relevance, because pan-European effect might be important if the object is later removed to another Member State, both for replacing the cultural object to the Member State where it was located when the order for seizure was issued and for establishing the jurisdiction on merits which is dependent on the location of the cultural object at the time of the commencement of the proceedings. The availability of the preliminary, including protective measures in the Member States where the cultural object is located also provide opportunity for owner to gain strategic advantage if the order is asked for ahead of the commencement of the proceedings on the merits, or at least simultaneously with it (which depends on the type of the measure and how fast and efficient the court regularly acts). Under the laws of some Member States, it is possible to ask for the preliminary, including protective

³⁰ *Ibid.*, p. 146.

³¹ P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 338.

³² *Ibid.*, p. 338.

measure couple of weeks previous to submitting the claim on the merits, and this measure may last until the final judgment on the merits. This could be the way to deal with the risk of relocation of the cultural object and to prevent missing the crucial requirement for establishing jurisdiction under art. 7(4) —that the object is located in the forum Member State at the time when the court is seised. It is also means to ensure that the object remains within the territory of the forum Member State until the final judgment on the merits is rendered so that, in case the claim is upheld, the cultural object will be handed over to the owner.

It is worth mentioning in the end that the Lugano Convention,³³ parallel to the Regulation 1215/2012, does not contain a provision corresponding to the one in art. 7(4) of the Regulation. This means that an object which is located in Switzerland, as one of the largest art markets in the world that unavoidably cultural objects of dubious origin,³⁴ cannot be claimed there under the Brussels/Lugano regime against the defendant domiciled in any EU or EFTA Member State. It is nevertheless possible under the Swiss national laws.³⁵

2. Place in the system

Elective by nature, the head of jurisdiction in art. 7(4) of the Regulation 1215/2012 applies in competition with other heads of jurisdiction under the Regulation. Pursuant to the principle *actor sequitur forum rei* embodied in art. 4(1), the general jurisdiction in the courts of the defendant's domicile is at the plaintiff's disposal as well. Several other special heads jurisdiction compete as well. If the owner's claim for recovery of an unlawfully removal of a cultural object from the territory of an EU Member State can be qualified as relating to a contract concluded between the parties, the court of the place of the performance of the obligation in question (*locus solutionis*) have jurisdiction under art. 7(1). If it is a sales contract, the special rule leads to the courts of the place in which the goods were delivered or should have been delivered, under the contract. On the other hand, if the matter is characterised as related to tort, delict or quasi-delict under art. 7(2), jurisdiction is vested in the courts for the place where the harmful event occurred or may occur. According to the long-established CJEU interpretation favouring the ubiquity theory, this includes both the place where the

³³ Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 339, 21.12.2007, p. 3–41.

³⁴ E. WAGNER, *op. cit.*, p. 140. The Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 339, 21.12.2007, p. 3–41, does not contain a provision corresponding to the one in art. 7(4) of the Regulation (EU) No 1215/2012.

³⁵ This is possible under the Swiss Federal Private International Law Act, which is art. 98.a provides that the court at the domicile or at the seat of the defendant or the court at the place where the cultural property is located has jurisdiction to hear actions for repatriation.

event giving rise to damage occurred (*locus actus*) and place where the damage or other consequence thereof occurred (*locus damni*).

This, however, does not close the list of available elective fora. There is also an option, pursuant to art. 7(4), to sue as regards a civil claim for damages or restitution which is based on an act giving rise to criminal proceedings, in the court seised of those proceedings, to the extent that that court has jurisdiction under its own law to entertain such ancillary civil proceedings (*Adhäsionsverfahren*). There also seems to be no reason not to rely on the special head of jurisdiction in art. 7(5) as regards a dispute arising out of the operations of a branch, agency or other establishment, which grants jurisdiction to the courts for the place where the branch, agency or other establishment is situated. This head actually enables lawsuits against persons who are not domiciled in an EU Member State, if they operate by means of an establishment there. Although there is also an option of prorogation of jurisdiction, this seems as an improbable course of events in the types of cases which would otherwise be covered by art. 7(4). If, however, the parties agree on jurisdiction pursuant to art 25 of the Regulation 1215/2012 of a court in a Member State this may be even beyond the scope of application of art. 7(4). The same is true for the tacit prorogation under art. 26 of the Regulation.

IV. ASSESSMENT AND AMENDMENT PROPOSAL

Against the background of strengthening the international regulatory framework for protection of cultural objects in the last half of the century, the provision of art. 7(4) was surely a positive development. It is described as means of private enforcement of cultural property legislation, complementing the public enforcement efforts in this area.³⁶ It was also said to advance access to justice in cases concerned with cultural objects.³⁷ Moreover, its potential to contribute to goals of the regulation on the demand side of the cultural objects market was recognised in the scholarship.³⁸ Based on projected increased litigation, it is believed that this provision may foster adoption of self-regulatory instruments, such as codes of conduct, whereby the entities involved in exhibiting, auctioning, conservation, transport, storage, insurance etc. would autonomously commit to refrain from dealing with disputed cultural objects.³⁹

Little has actually materialised and the success of the provision remains inadequate. Various reasons have been put on the list of com-

³⁶ M. WELLER, *op. cit.*, p. 38.

³⁷ Ch. ROODT, *op. cit.*, p. 220.

³⁸ L. E. GILLIES, *op. cit.*, p. 309.

³⁹ E. WAGNER, *op. cit.*, p. 146.

plaints against art. 7(4): its narrow scope,⁴⁰ high costs of litigation,⁴¹ parties' reluctance to publicly disclose their identity,⁴² preference for alternative dispute resolution mechanisms,⁴³ or diplomatic avenues leading to a settlement.⁴⁴ While majority of the reasons cannot be tackled within the framework of the Regulation 1215/2012 itself, the scope of the provision can.

One of the main disadvantages of art. 7(4) lays in its limitation only to defendants domiciled in EU Member States, leaving the defendants domiciled in non-EU to parallel national laws. This limitation *ratione personae* derives directly from the system of the Regulation⁴⁵ and does not result from an individual choice for specific types of legal matters. The objection to this limitation is by no means new and, following the 2010 Commission proposal to abolish this limitation,⁴⁶ it has been intensely debated and strongly rejected on political grounds.⁴⁷ The debates still resonate in art. 79 of the Regulation 1215/2012, which provides that the Commission has to present a report on the application of this Regulation, including an evaluation of the possible need for a further extension of the rules on jurisdiction to defendants not domiciled in a Member State, taking into account the operation of the Regulation and possible developments at international level, and where appropriate, a proposal for amendment of this Regulation. Although this was supposed to have been completed in January 2022, it has not seen the light of the day. In the meantime, some countries have found the solution outside the Regulation 1215/2012, by resorting to the technique of extending the scope of the Regulation's provisions to cover also defendants not domiciled in EU.⁴⁸ This has been done by the provision of art. 3(2) of

⁴⁰ K. SEIHR, *op. cit.*, p. 848.

⁴¹ E. WAGNER, *op. cit.*, pp. 146-147.

⁴² *Ibid.*, p. 147.

⁴³ *Ibid.*, p. 147; A. CHECHI, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes*, OUP, 2014, chapter 3.B. For the warnings about declining advantages of the arbitration see Ch. ROODT, *op. cit.*, pp. 220-223.

⁴⁴ A. M. TANZI, «The Means for the Settlement of International Cultural Property Disputes: An Introduction». Lecture delivered on 25 October 2019 in Florence at the conference «Cultural Property: What Means for the Settlement of International Disputes?» organized by the Florence Chamber of Commerce and the Permanent Court of Arbitration, <https://docs.pca-cpa.org/2019/12/A.-Tanzi-Lecture-of-25-October-2019.pdf>

⁴⁵ There are exceptions to this limitation in the Regulation 1215/2012, such as for the exclusive jurisdiction, choice-of-court, consumer disputes initiated by consumer and labour disputes initiated by employee.

⁴⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, COM/2010/0748 final - COD 2010/0383.

⁴⁷ P. MANKOWSKI, *op. cit.*, pp. 136-137.

⁴⁸ See I. KUNDA, «Upućivanje na propise EU u Zakonu o međunarodnom privatnom pravu», in: BARBIĆ, J. and ŠIKIRIĆ, H. (eds.), *Međunarodno privatno pravo – interakcija međunarodnih, europskih i domaćih propisa*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti (HAZU), 2020, pp. 21-48, especially pp. 30-35.

the Italian Private International Law Act,⁴⁹ extending the scope of the chapters 2, 3 and 4 of the then Brussels Convention to the persons not domiciled in EU Member States. The same approach has been more recently adopted in the Croatian Private International Law Act⁵⁰ which by virtue of its art. 46(2) extends provisions contained in chapters 2 and 3 of the Regulation 1215/2012 to the defendants domiciled outside EU, including for the claims for recovery of the cultural objects.

The recent collective academic proposals for reform of the Regulation, however, fail to specifically address the jurisdiction for recovery of cultural objects.⁵¹ It is submitted here that the provision on jurisdiction for claims of recovery of cultural objects in art. 7(4) should be amended to apply to all defendants irrespective of their domicile. In addition to the general arguments mentioned in favour of abolishing the divide between EU-domiciled defendants and non-EU-domiciled defendants for all special heads of jurisdiction in art. 7,⁵² there are particular reasons why this would be all the more so appropriate for the cases concerned with recovery of cultural objects. While cultural objects are subject to private rights, most notably ownership, they make part of the cultural heritage and thus belongs not only to a particular persons or people or place but also to all humankind. Common heritage principle of international law is echoed in the treaties and other instruments, including the 1972 Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage whose preamble is referring to parts of the cultural or natural heritage are of outstanding interest and therefore need to be preserved as part of the world heritage of mankind as a whole. The 1970 UNESCO Convention on the Restitution of Stolen Cultural Property and the 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Property should also be made reference to. The preamble of the latter confirms fundamental importance of the protection of cultural heritage and of cultural exchanges for promoting understanding between peoples, and the dissemination of culture for the well-being of humanity and the progress of civilisation. EU is committed to advance cooperation on cultural heritage and participate in its safeguarding, working together with international actors.⁵³ In the

⁴⁹ Legge di 31 maggio 1995, n. 2018, Riforma del Sistema italiano di diritto internazionale privato, Gazz. Uff. 3 giugno 1995, n. 128.

⁵⁰ *Zakon o međunarodnom privatnom pravu*, NN 101/2017, 67/2023.

⁵¹ See, e.g., Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Research Paper Series, No. 2021 (4), https://www.mpi.lu/fileadmin/user_upload/MPILux_WP_2021_4_Reforming_Brussels_1bis_BH.pdf; X. KRAMER, A. ONTANU and M. DE ROOIJ, The application of Brussels I (Recast) in the legal practice of EU Member States: Synthesis Report, <https://www.asser.nl/media/5018/m-5797-ec-justice-the-application-of-brussels-i-09-outputs-synthesis-report.pdf>; B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, and N. ELSNER, The Reform of the Brussels Ibis Regulation - Academic Position Paper (May 22, 2024), <https://ssrn.com/abstract=4853421>

⁵² See, e.g., references in P. MANKOWSKI, *op. cit.*, pp. 136-137.

⁵³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Towards an

EU context, cultural heritage is seen as a “resource for the future, to be safeguarded, enhanced, and promoted”.⁵⁴ Protection of cultural heritage is not only a national competence of the EU Member States; it is also an EU responsibility, as determined in the primary EU law. According to art. 3(3) of the TEU, the EU has to ensure that its cultural heritage is safeguarded and enhanced, while according to art. 167 of the TFEU, EU also has the role of encouraging cooperation between Member States to support the safeguarding of cultural heritage of European significance. It is beyond doubt that all these goals should be promoted at the EU level against all possible defendants under the same terms, and not just those domiciled in EU. These reasons call for reassessment of the provision in art. 7(4) under the broader discussion on liberalism versus communitarianism and nationalism versus universalism, which could inform policies and laws on cultural heritage.⁵⁵

integrated approach to cultural heritage for Europe, COM/2014/0477 final.

⁵⁴ European Commission —Directorate—General for Education, Youth, Sport and Culture, European framework for action on cultural heritage, 2019, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5a9c3144-80f1-11e9-9f05-01aa75ed71a1>

⁵⁵ K. ZEIDLER and A. GUSS, «The Two Most Important Twenty-First Century Disputes in Cultural Heritage Law», in: MASTANDREA BONAVIRI, G. and SADOWSKI, M. M. (eds.), *Heritage in War and Peace: Legal and Political Perspectives for Future Protection*, Springer, 2024, pp. 165-175.

LOOKING AT CULTURAL OBJECTS THROUGH A PRIVATE INTERNATIONAL LAW LENS

Janeen M. CARRUTHERS*

SUMMARY: I. BACKGROUND.— II. WHAT’S IN A NAME.— III. THE IMPORTANCE OF APPLICABLE LAW.— IV. POTENTIAL MODELS OF LEGISLATIVE INTERVENTION.— V. BUILDING THE EUROPEAN LEGISLATIVE FRAMEWORK.— VI. DRAFTING A SPECIAL CHOICE OF LAW RULE FOR A SPECIAL CATEGORY OF PROPERTY.— VII. EXISTING MODELS AND ALTERNATIVE SOLUTIONS.— VIII. CONCLUSION.

I. BACKGROUND

Much has been written about the legal dimensions of cultural property¹ and cultural objects², about international trade in art³ and the

* Professor of Private Law, University of Glasgow, Scotland, UK; Janeen.Carruthers@glasgow.ac.uk. The author wishes to thank Professor Elizabeth B. Crawford for her comments on a draft of this chapter. All the websites mentioned in this chapter were accessed on 26 April 2024.

¹ See e.g. J.M. CARRUTHERS (ed), *Transfer of Property and Private International Law – Vol II*, Edward Elgar Publishing (2016); D. FINCHAM, «How Adopting the *Lex Originis* Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property» [2008], *Columbia Journal of Law and the Arts*: 32, 111 - X.; D. FINCHAM, «Rejecting *Renvoi* for Movable Cultural Property: The Islamic Republic of Iran v Denyse Berend» (2007), 14 *Journal of International Cultural Property*: 111 – 120; J. H. MERRYMAN, «Thinking about the Elgin Marbles», *Michigan Law Review* 83 (1985): 1881; J. H. MERRYMAN, «Cultural Property Internationalism» (2005), 12 *International Journal of Cultural Property*: 11; H. NIEC, «Legislative Models of Protection of Cultural Property» 1976 Vol. 27, *Hastings Law Journal* 1089; G. REICHEL, «International Protection of Cultural Property», *Uniform Law Review* (1985): 43; K., SIEHR, «The Protection of Cultural Property: The 1995 UNIDROIT Convention and the E.E.C. Instruments of 1992/93 Compared», *Uniform Law Review* (1998): 671; K. SIEHR, «The Protection of Cultural Heritage and International Commerce», *International Journal of Cultural Property* 6 (1997): 304; and M. WELLER, «Cultural Objects,

regulation and governance of the international art market.⁴ Sometimes the analysis is situated in the context of stolen⁵ or spoliated⁶ property and the mechanics of restitution;⁷ at other times, the context is the illegal export of such property.⁸ Occasionally, the literature has a European focus;⁹ at other times, a global perspective is favoured.¹⁰

Protection of», in BASEDOW, J; RUHL, G; FERRARI, F; and ASENSIO, P de M, *Encyclopaedia of Private International Law* (2017), Edward Elgar Publishing, 498.

² See e.g. D. L. CAREY-MILLER, W. MEYERS and A. L. COWE, «Restitution of Art and Cultural Objects: a Reassessment of the Role of Limitation» (2001), 6(1) *Art, Antiquity & Law* 1; and L. V. PROTT, «UNESCO and UNIDROIT: A Partnership Against Trafficking in Cultural Objects», *Uniform Law Review* (1996) 59.

³ See e.g. P. M. BATOR, «An Essay on the International Trade in Art», *Stanford Law Review* 34 (1982): 275; and A. BIONDI, «The Merchant, the Thief and the Citizen: the Circulation of Works of Art within the European Union», *Common Market Law Review* (1997) 1173.

⁴ See e.g. D. FINCHAM, «How Adopting the *Lex Originis* Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property» [2008], *Columbia Journal of Law and the Arts* 32; A. HAWKINS, R. A. ROTHMAN and D. B. GOLDSTEIN, «A Tale of Two Innocents: Creating an Equitable Balance Between the Rights of Former Owners and Good Faith Purchasers of Stolen Art» (1995 - 1996), Vol 64(1) *Fordham Law Review*: 49; A. E. HAYWORTH, «Stolen Artwork: Deciding Ownership is No Pretty Picture», *Duke Law Journal* 43 (1993) 337; L. M. KAYE, «Looted Art: What Can and Should be Done?» (1998), 20 *Cardozo Law Review*: 657; N. PALMER, «Memory and Morality: Museum Policy and Holocaust Cultural Assets» (2001), 6(3) *Art, Antiquity & Law* 259; and C. ROODT, *Private International Law, Art and Cultural Heritage* (2015), Edward Elgar Publishing.

⁵ See e.g. N. PALMER, «Recovering Stolen Art», *Current Legal Problems* 47 (1994): 215; C. ROODT and D. L. CAREY-MILLER, «Stolen Cultural Property: Implications of *Vitium Reale* in Private Law and Private International Law» (2013), *Transnational Dispute Management*: 5; and S. C. SYMEONIDES, «A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property» (2005), 1 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*: 1177.

⁶ See e.g. D. L. CAREY-MILLER, D.W. MEYERS. and A. L. COWE, «Restitution of Art and Cultural Objects: a Reassessment of the Role of Limitation», *Art, Antiquity and Law* 6, no. 1 (2001) 1; E. POCKOCK, «Spoliation of Works of Art during the Holocaust and World War II Period - A Commentary», *Art, Antiquity and Law* 5, no. 1 (2000) 81; and C. WOODHEAD, «Nazi-Era Spoliation: Establishing Procedural and Substantive Principles» (2013), 18 *Art, Antiquity & Law* 167.

⁷ See e.g. P. GERSTENBLITH, «The Public Interest in the Restitution of Cultural Objects» (2000 - 2001) 16 *Connecticut Journal of International Law* 197; and C. ROODT, «State Courts or ADR in Nazi-Era Art Disputes: A Choice "More Apparent than Real"?» (2012 - 2013), 14 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 421.

⁸ See e.g. K. A. SHORT, «Preventing the Theft and Illegal Export of Art in a Europe Without Borders», *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 26 (1993) 633; and E. CAMPFENS, «Cross-border claims to looted art» (Study commissioned by European Parliament, JURI Committee: PE754.126) (October 2023),

⁹ See e.g. A. BIONDI, «The Merchant, the Thief and the Citizen: the Circulation of Works of Art within the European Union», *Common Market Law Review* (1997) 1173; L. E. GILLIES, «The contribution of jurisdiction as a technique of demand side regulation in claims for the recovery of cultural objects» (2015), *Journal of Private International Law*, Vol. 11.2, 295; M. WELLER, *Rethinking EU Cultural Property Law: Towards Private Enforcement*, Baden-Baden (2018) 36; and M. WELLER, Article 7(4) Brüssel Ia-VO, in: Wiczeorek/Schütze, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar*, Vol. XIII/2, Berlin 4th ed. (2019).

¹⁰ See e.g. C. FOX, «The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: An Answer to the World Problem of Illicit Trade in Cultural Property», *American Journal of International Law and Policy* 9 (1993): 225; L. V. PROTT, «UNESCO and UNIDROIT: A Partnership Against Trafficking in Cultural Objects», *Uniform Law Review* (1996) 59; and A. F. VRDOLJAK, A. JAKUBOWSKI and A. CHECHI, *The 1970 UNESCO and 1995 UNIDROIT Conventions on Stolen or Illegally Transferred Cultural Property: A Commentary*, Oxford University Press (2024).

Cultural property and the traffic thereof, both licit and illicit, are of considerable importance to the international community.¹¹ The art and antiquities market is an international one, and theft and illicit trafficking are lucrative industries, raising global security issues.¹² There is a global supply network in stolen and unlawfully removed cultural property, and illicit trade in cultural property covers a wide range of activities, from the failure by an owner to secure proper export documentation to the clandestine smuggling of looted property.¹³

There are many ways in which to regulate trade in cultural objects. As observed by Matthias Weller,

Cultural property law is a multilayer and multi-disciplinary subject ... The relevant sources of cultural property law include private and administrative law internationally unified by treaties, soft law and international codes of conduct, European primary and secondary law as well as national law. Often penal and customs law are involved.¹⁴

The focus of this chapter is the role played by private international law in the regulation of trade in cultural objects. At present, there is a lacuna insofar as private international law pertaining to property remains largely untouched by any major harmonisation instrument, on either a global or a regional level.¹⁵

¹¹ See European Parliament Report, «Cross-border restitution claims of looted works of art and cultural goods», Rapporteur: P. SVOBODA (PE 610:988) (November 2017) (“Svoboda Report”), Annex I, p 31, para 2: «It is commonly accepted that there is —naturally— no reliable data on the scale and volume of illicit trade in art and cultural property. Older estimations range from 6 billion to 8 billion USD per annum, but these estimations are partly contested as exaggerated, or at least unsubstantiated».

¹² It is acknowledged in EU legislation that, «Illicit trade in pillaged cultural goods has been identified as a possible source of terrorist financing and money laundering activities in the context of the supranational risk assessment on money laundering and terrorist financing risks affecting the internal market» (Regulation (EU) 2019/880 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the introduction and the import of cultural goods (OJ L 151, 7.6.2019, pp 1–14), recital (11)). In November 2023, the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (“UNESCO”) and the United Nations Office on Drugs and Crime urged the recognition and addressing of illicit trafficking of cultural goods as a global security issue through the campaign: *Protege tu legado* (Protect your legacy) (<https://www.unesco.org/en/articles/illicit-trafficking-cultural-goods-shall-be-recognized-security-issue>).

¹³ See UK House of Commons Select Committee on Culture, Media and Sport, “Seventh Report” (18 July 2000) (HC 371-I), para [14]. See also Report of UK Government Advisory Panel on Illicit Trade (appointed to consider, first, the nature and extent of the illicit international trade in art and antiquities, and the extent to which the UK is involved in this practice; and, secondly, to consider how most effectively the UK can play its part in preventing and prohibiting the illicit trade, and to advise the UK Government accordingly) (December 2000) (<https://www.gov.uk/government/publications/report-of-advisory-panel-on-illicit-trade>).

¹⁴ M. WELLER, «Cultural Objects, Protection of», in BASEDOW, RUHL, FERRARI and ASENSIO (n 1) 498.

¹⁵ See J. M. CARRUTHERS and M. WELLER, «Property» in BEAUMONT, P. and HOLLIDAY, J., *A Guide to Global Private International Law*, Hart Publishing (2022), Ch 21, 304, 307.

Globally, this is not for the want of trying, but, regrettably, past attempts to reform applicable law rules concerning property have been largely unsuccessful. Aside from the 2019 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (article 6 of which regulates exclusive, indirect jurisdiction for recognition and enforcement of judgments in relation to rights *in rem* in immovable property), instruments concerning property that have emanated from the Hague Conference on Private International Law are not renowned for their success. The 1955 Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods entered into force in only eight States. The 1958 Hague Convention on the Law Governing Transfer of Title in International Sales of Goods, though signed by Greece and ratified by Italy, never entered into force. Likewise, the 1986 Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods did not enter into force.¹⁶

On a regional level, EU private international law, to date, has not tackled the subject of international property law in any focused, holistic manner. Rather, EU intervention has been fragmented.¹⁷ There has been direct intervention by way of the rule on exclusive jurisdiction in respect of proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property or certain tenancies of immovable property,¹⁸ and also in terms of the rule on the law applicable to contracts concerning immovable property.¹⁹ More tangentially, there has been intervention in the form of regulations on family property,²⁰ succession²¹ and insolvency.²²

¹⁶ For discussion of the reasons for the failure of these instruments, see CARRUTHERS and WELLER (n 15), 298 – 299.

¹⁷ See CARRUTHERS and WELLER (n 15), 300-303.

¹⁸ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) (OJ L 351, 20.12.2012, pp 1–32) (“Brussels I Recast Regulation”), art 24(1). See also art 45(1)(e)(ii) on refusal of recognition of judgments.

¹⁹ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) (OJ L 177, 4.7.2008, pp 6–16), art 4(1)(c) and (d). See also, regarding formal validity, art 11(5).

²⁰ Council Regulation (EU) 2016/1103 implementing enhanced cooperation in the area of matrimonial property regimes (OJ L 183, 8.7.2016, pp 1–29), e.g. art 29; and Council Regulation 2016/1104 implementing enhanced cooperation in the area of registered partnerships (OJ L 183, 8.7.2016, pp 30–56), e.g. art 29.

²¹ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (OJ L 201, 27.7.2012, pp. 107–134), e.g. art 31.

²² Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) (OJ L 141, 5.6.2015, pp. 19–72), e.g. art 8.

It is not the aim of this chapter to examine, in an all-encompassing manner, the applicable law rules concerning property generally,²³ but rather to concentrate on the specific case of cultural objects.

II. WHAT'S IN A NAME?

When considering the possibility of formulating a special choice of law rule for cultural objects, debate starts at the very beginning for there is no universally accepted definition of the type or class of property with which this area of law is concerned. Special rules have been devised within numerous treaties and other legislation to deal with property having «cultural» characteristics—that is, broadly speaking, attributes of an archaeological, historical, literary, artistic, scientific, spiritual, or other cultural significance—but uniform terminology and definitions are lacking. Each instrument, therefore, sets its own contours and parameters.

The term «cultural property» is utilised in various measures, notably, in the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict,²⁴ and its accompanying protocols,²⁵ and in the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property.²⁶ Article 1 of the 1970 UNESCO Convention²⁷ states that

For the purposes of this Convention, the term “cultural property” means property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each State as being of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science and which belongs to the following categories:

- (a) Rare collections and specimens of fauna, flora, minerals and anatomy, and objects of palaeontological interest;
- (b) Property relating to history, including the history of science and technology and military and social history, to the life of national leaders, thinkers, scientists and artists and to events of national importance;
- (c) Products of archaeological excavations (including regular and clandestine) or of archaeological discoveries;

²³ On working towards the progressive unification of private international law in relation to property generally, see CARRUTHERS and WELLER (n. 15), 304-307.

²⁴ Adopted in 1954 under the auspices of UNESCO.

²⁵ See https://en.unesco.org/sites/default/files/1954_Convention_EN_2020.pdf.

²⁶ See <https://en.unesco.org/about-us/legal-affairs/convention-means-prohibiting-and-preventing-illicit-import-export-and>.

²⁷ In respect of which, see J. BLAKE, «Article 1 of the 1970 UNESCO Convention: Definition of “Cultural Property”» in VRDOLJAK, JAKUBOWSKI and CHECHI (n 10).

- (d) Elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered;
- (e) Antiquities more than one hundred years old, such as inscriptions, coins and engraved seals;
- (f) Objects of ethnological interest;
- (g) Property of artistic interest, such as:
 - (i) pictures, paintings and drawings produced entirely by hand on any support and in any material (excluding industrial designs and manu-factured [sic] articles decorated by hand);
 - (ii) original works of statuary art and sculpture in any material;
 - (iii) original engravings, prints and lithographs;
 - (iv) original artistic assemblages and montages in any material;
- (h) Rare manuscripts and incunabula, old books, documents and publications of special interest (historical, artistic, scientific, literary, etc.) singly or in collections;
- (i) Postage, revenue and similar stamps, singly or in collections;
- (j) Archives, including sound, photographic and cinematographic archives;
- (k) Articles of furniture more than one hundred years old and old musical instruments.

By contrast, the 1995 UNIDROIT²⁸ Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects,²⁹ employs the term «cultural objects», which are defined in article 2 (for the purposes of that instrument)³⁰ as objects «which, on religious or secular grounds, are of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science and belong to one of the categories listed in the Annex to this Convention». However, the difference in terminology between the UNESCO and UNIDROIT instruments is semantic rather than substantive for the categories enumerated within the UNESCO definition are set out in an Annex to the 1995 UNIDROIT Convention, albeit without explicit reference to the 1970 instrument.

Occasionally, UNESCO and UNIDROIT have collaborated on specific, sectoral topics, such as the publication, in 2011, of Model Legislative Provisions on State Ownership of Undiscovered Cultural Objects, «which are intended to assist domestic legislative bodies in the establishment of a legislative framework for heritage protection, to adopt effective legislation for the establishment and recognition of the State's ownership of undiscovered cultural objects with a view, inter alia, to facilitating restitution in case of unlawful removal».³¹ Provision 2 defines «undiscovered cultural objects» as including «objects which,

²⁸ «International Institute for the Unification of Private Law».

²⁹ See www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention.

³⁰ In respect of which, see J. BLAKE, «Article 2 of the 1995 UNIDROIT Convention: Definition of "Cultural Objects"» in VRDOLJAK, JAKUBOWSKI and CHECHI (n 10).

³¹ See UNESCO – UNIDROIT Expert Committee on State Ownership of Cultural Heritage, «Explanatory Report with model provisions and explanatory guidelines» (2011) https://en.unesco.org/sites/default/files/unesco-unidroit_model_provisions_en_0.pdf.

consistently with national law, are of importance for archaeology, pre-history, history, literature, art or science and are located in the soil or underwater». This definition is said to be based on the general definition given by article 1 of the 1970 UNESCO Convention and article 2 of the 1995 UNIDROIT Convention and is intended to «facilitate the implementation of the two instruments».³²

Turning to the European legislative landscape, the preferred terminology is «cultural objects».³³ As narrated in recital (4) of Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (Recast),³⁴ the European focus is on cultural objects which are classified as national treasures possessing artistic, historic or archaeological value:

Directive 93/7/EEC introduced arrangements enabling Member States to secure the return to their territory of cultural objects which are classified as national treasures within the meaning of Article 36 TFEU,³⁵ which fall within the common categories of cultural objects referred to in the Annex to that Directive,³⁶ and which have been removed from their territory in breach of the national measures or of Council Regulation (EC) No 116/2009.³⁷ That Directive also covered cultural objects classified as national treasures and forming an integral part of public collections or inventories of ecclesiastical institutions which did not fall within those common categories.

³² *Ibid.*, p. 5.

³³ See e.g. Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State; Directive 96/100/EC of the European Parliament and of the Council of 17 February 1997 amending the Annex to Directive 93/7/EEC on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State; Directive 2001/38/EC of the European Parliament and of the Council of 5 June 2001 amending Council Directive 93/7/EEC; Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (Recast); and Brussels I Recast Regulation, art 7(4).

³⁴ OJ L 159, 28.5.2014, pp. 1–10.

³⁵ Categories of object that may be classified as «national treasures» were set out in the Annex to Directive 93/7/EEC.

³⁶ Earlier, Council Directive 93/7/EEC made clear in the preamble that, «[...] the Annex to this Directive is consequently not intended to define objects which rank as “national treasures” within the meaning of the said Article 36, but merely categories of object which may be classified as such and may accordingly be covered by the return procedure introduced by this Directive; [...]» (OJ L 74/74, 27.3.1993). Essentially, European law recognises in respect of cultural objects an exception to the principle of free movement of goods within Member States: «The Member States are allowed to prohibit the removal of cultural objects from their territory and to enforce these prohibitions by bringing suits for return of the illegally removed objects in law courts of any Member State where the object is located» (K. SIEHR, «The Protection of Cultural Heritage and International Commerce», *International Journal of Cultural Property* (1997) 6(2) 304 at 315).

³⁷ Council Regulation (EC) No 116/2009 of 18 December 2008 on the export of cultural goods (OJ L 39, 10.2.2009, p. 1).

However, although the preferred terminology in the EU is «cultural objects», the term «cultural goods» is also used.³⁸ For the purposes of Council Regulation (EC) No 116/2009, article 1 provides a bespoke definition of «cultural goods», referring to the items listed in Annex I thereof, which, in turn, echoes the approach taken in Directive 93/7/EEC to «cultural objects». Regulation (EU) 2019/880, for its purpose, adopts in article 2(1) a definition of «cultural goods» which replicates the definition of «cultural objects» set out in article 2 of the 1995 UNIDROIT Convention.

In drafting a special choice of law rule for cultural property, the terminology to be adopted likely would depend on whether or not the instrument in question were to be a potentially global one, compiled, for example, under the auspices of the Hague Conference (in which case the more widely used term «cultural property» probably would be preferred), or a purely European measure (in which case «cultural objects» is likely to be the favoured terminology, as being more commonly employed than «cultural goods»).

State designation/classification

More significant than terminology, an important point to determine in relation to the property falling within the scope of any special rule, would be the requirement, or not, of formal state designation.

Under both the UNESCO and European definitions, to be classed as cultural property or cultural objects, the property/objects must be, in the case of UNESCO Contracting States, «specifically designated»³⁹ by the relevant State as being of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science, and, in the case of EU Member States «classified or defined by a Member State, before or after its unlawful removal from the territory of that Member State, as being among the “national treasures possessing artistic, historic or archaeological value” under national legislation or administrative procedures within the meaning of Article 36 TFEU; ...».⁴⁰

The UNIDROIT approach is less strict, being to the effect that the Convention applies to all objects «which, on religious or secular grounds, *are of importance* for archaeology, prehistory, history, liter-

³⁸ See e.g. Council Regulation (EC) No 116/2009 of 18 December 2008 on the export of cultural goods (OJ L 39, 10.2.2009, pp 1–7); and Regulation (EU) 2019/880 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the introduction and the import of cultural goods (OJ L 151, 7.6.2019, pp. 1–14).

³⁹ Art. 1, 1970 UNESCO Convention.

⁴⁰ Directive 2014/60/EU, art 2(1).

ature, art or science and belong to one of the categories listed in the Annex to this Convention»⁴¹.

The UNIDROIT approach, on the face of things, is the simpler,⁴² and has the capacity to capture within its scope more objects than a rule that requires specific designation of property. On the other hand, the benefit of a rule that rests upon state designation of property is that it renders the subject matter scope of the rule clearer and more certain, requiring that a decision as to the cultural importance or otherwise of an object is made anterior to the operation of the choice of law process.

III. THE IMPORTANCE OF APPLICABLE LAW

The question arises as to why a special choice of law rule for cultural property should be thought necessary or desirable, particularly in light of an already busy international legislative landscape. The contemporary looting of cultural property often stands at the crossroads between public law and private law. The intersectionality that arises in this area between public international law and private international law is complex, even before one takes into account the potentially related fields of international criminal law and international human rights law.

But given that there already exist two major, multilateral treaties on cultural property (the 1970 UNESCO Convention⁴³ and the 1995 UNIDROIT Convention⁴⁴), is there room for, or need of, a uniform applicable law rule for cultural property?

The essence of the 1970 UNESCO Convention is that, «The import, export or transfer of ownership of cultural property effected contrary to the provisions adopted under this Convention by the States Parties thereto shall be illicit»⁴⁵. State Parties undertake to recover and return to the State Party of origin cultural property that has been stolen from a museum or public monument or similar institution in another State Party, provided, first, that the property features on that institution's inventory⁴⁶ and, secondly, that the requesting State pays just compen-

⁴¹ Emphasis added. There is no need for state designation or formal classification of the property in question.

⁴² For background on the negotiations of the UNIDROIT Study Group that prepared the Preliminary Draft (1995) Convention, see PROTTE, L.V., *Commentary on the Unidroit Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Objects*, Institute of Art & Law (1997) at 25.

⁴³ As of 9 August 2024, there are 145 States Parties to the 1970 Convention (<https://en.unesco.org/fightrafficking/1970>).

⁴⁴ As of 9 August 2024, there are 54 Contracting States to the 1995 Convention (<https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention/status/>).

⁴⁵ Art. 3.

⁴⁶ Art. 7(b)(i).

sation to any innocent purchaser or to a person who has valid title to that property.⁴⁷

Although one may applaud the sentiments that underpin the 1970 Convention, and recognise that it is an «important milestone in raising international awareness of, and promoting international action against, the illicit trade in cultural property»⁴⁸, concern can be expressed about the lack of clarity of some of its provisions, and about the fact that it imposes duties only upon States. The recovery of cultural property is dependent upon State intervention; the former owner or possessor of stolen cultural property (e.g. the victim of a theft) has no direct, personal right of action under the Convention. Moreover, the range of illicit practices attacked is relatively restricted⁴⁹ and, as described above, the range of objects caught by the Convention's net is narrow insofar as, to qualify as cultural property and thereby warrant protection, property must be specifically designated by a State as important for its archaeology, history, literature, art or science.⁵⁰ These requirements will foil many claims for the recovery of culturally significant assets by wrongfully dispossessed owners, demonstrating the difficult nature of the relationship between the Convention rules on cultural property and rules of private international law. Complications inevitably arise because the demarcation between cultural property looting and private market transacting is not clear or absolute. Cultural property that is potentially protected by international convention may pass into commercial channels and become unavoidably infected with private law consequences.⁵¹

⁴⁷ Art. 7(b)(ii).

⁴⁸ UK House of Commons Select Committee on Culture, Media and Sport, "Seventh Report" (18 July 2000) (HC 371-I), para [109].

⁴⁹ The 1970 Convention does not cover, e.g., the unlawful taking from archaeological sites of formerly unrecorded objects.

⁵⁰ Arts 1 and 4.

⁵¹ Consider, e.g., the proceedings raised in the English High Court by the Trustees of the British Museum against a former British Museum curator whom, it is alleged, stole and damaged up to 2,000 artefacts of cultural and historical significance. The Museum estimates that hundreds of the stolen or damaged items were sold or offered for sale by the former curator, predominantly utilising eBay and PayPal as platforms for the transactions: <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/peter-higgs-british-museum-court-b2518926.html>; and <https://www.bbc.co.uk/news/entertainment-arts-68665773>. See also, in the Netherlands, *Village Communities of Yangchun and Dongpu v Van Overveem, Design & Consultancy BV, Design Consultancy Oscar van Overveem B.V.* (12 December 2018) Amsterdam District Court, Case No. C/13/609408 / HA ZA 16-558 (<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2018:8919>), discussed in CAMPFENS, E (n 8) at 2.3.1. With regard to the subsequent lawsuit in China, see *The Committee of Yunchun Village and the Committee Dongpu Village v. Oscar Van Overeem, Design & Consultancy B.V. and Design Consultancy Oscar van Overeem B.V.*, Sanming Intermediate People's Court (2015) Sanmin Chuzi No. 626, (4 December 2020), discussed in Z HUO, "The Chinese villages win a lawsuit in China to repatriate a Mummified Buddha Statue hold by a Dutch Collector —What Role has Private International Law Played?" at <https://conflictoflaws.net/2020/the-chinese-villages-win-a-lawsuit-in-china-to-repatriate-a-mummified-buddha-statue-hold-by-a-dutch-collector-what-role-has-private-international-law-played/>.

The 1995 UNIDROIT Convention was a specific attempt to deal with the private law aspects of illicit trade in cultural objects. Applying to claims «of an international character»⁵², it establishes a scheme which is largely dependent upon private action, offering a mechanism whereby a private individual may seek to recover a stolen cultural object, without need for governmental intervention and without the requirement that the stolen object be state-designated. The Convention incorporates, in article 8, a provision on jurisdiction:

Article 8

(1) A claim under Chapter II⁵³ and a request under Chapter III⁵⁴ may be brought before the courts or other competent authorities of the Contracting State where the cultural object is located, in addition to the courts or other competent authorities otherwise having jurisdiction under the rules in force in Contracting States.

(2) The parties may agree to submit the dispute to any court or other competent authority or to arbitration.

(3) Resort may be had to the provisional, including protective, measures available under the law of the Contracting State where the object is located even when the claim for restitution or request for return of the object is brought before the courts or other competent authorities of another Contracting State.

Crucially, however, from a governing law perspective, there are serious defects within the 1995 Convention. Article 3, for example, declares that «The possessor of a cultural object which has been stolen [according to which law?] shall return it [to whom and on what legal basis?]». The rule is private international law-blind, and so it is questionable how well this provision fits with any Contracting State's private international law rules.

On a European level, Directive 2014/60/EU⁵⁵ (like its predecessor, Council Directive 93/7/EEC) operates only among Member States of the European Union and confers a right of action only upon Member States, not on private individuals.⁵⁶

Recital (8) observes that, «The objective of Directive 93/7/EEC was to ensure the physical return of the cultural objects to the Member State from whose territory those objects have been unlawfully removed, irrespective of the property rights applying to such objects». It concedes that, «The application of that Directive ... has shown the limitations

⁵² Art. 1.

⁵³ «Restitution of stolen cultural objects».

⁵⁴ «Return of illegally exported cultural objects».

⁵⁵ N. 33.

⁵⁶ Art. 6: «The requesting Member State may initiate, before the competent court in the requested Member State, proceedings against the possessor or, failing him, the holder, with the aim of securing the return of a cultural object which has been unlawfully removed from its territory».

of the arrangements for securing the return of such cultural objects». Significantly, however, there is a serious limitation that remains unacknowledged, namely, the fact that, under article 16 of Directive 2014/60/EU, «This Directive shall be without prejudice to any civil or criminal proceedings that may be brought, under the national laws of the Member States, by the requesting Member State and/or the owner of a cultural object that has been stolen»⁵⁷.

Fundamentally, «the right of action conferred on the member state from which the object was unlawfully removed does not extinguish any title acquired by a good faith buyer under a post-theft sale of the object, when the object was located in a country which regards that sale as conferring a good title»⁵⁸. Directive 2014/60/EU does not supplant rules of private international law, and does not change national rules (domestic or choice of law) concerning particular transfers of movable property.⁵⁹ Indeed, the Directive expressly states that, «Ownership of the cultural object after return shall be governed by the law of the requesting Member State»⁶⁰. In practice, therefore, rules of private international law dominate any question concerning the cross-border transfer of cultural objects, and benefits conferred by Directive 2014/60/EU may be subjugated by the transfer of ownership of an object in a manner that is compatible with the relevant governing law (most likely, the law of the *situs* of the object at the time of the transfer⁶¹).

Ultimately, therefore, it is not the grand gesture of the international conventions or of Directive 2014/60/EU that matters: «a conflict of laws issue —the question which country's law governs a given dispute— may frustrate the global co-operation needed to restrain the illicit traffic in cultural property»⁶². Rather, it is essential to consider the private international law dimension and, specifically, to examine choice of law rules pertaining to cultural property.

⁵⁷ Art. 16. Cf., previously, Council Directive 93/7/EEC (n 33), art 15.

⁵⁸ N. PALMER (ed), *The Recovery of Stolen Art: A Collection of Essays* (Kluwer Law International) (1998) 21.

⁵⁹ K. SIEHR, «The Protection of Cultural Heritage and International Commerce», *International Journal of Cultural Property* (1997) 6(2) 304 at 314.

⁶⁰ Art 13. The “requesting Member State” is defined in art 2(3) as meaning the Member State from whose territory the cultural object has been unlawfully removed. Cf. Council Directive 93/7/EEC, art 12. It is not clear whether “law” is to be construed narrowly, or “in the round”, i.e. exclusive or inclusive of the requesting Member State's rules of private international law.

⁶¹ See generally, J. M. CARRUTHERS, *The Transfer of Property in the Conflict of Laws*, Oxford University Press (2015), chapter 3.

⁶² *Ibid.*, para 5-34. See also Fox, C. (n 10) at 255.

IV. POTENTIAL MODELS OF LEGISLATIVE INTERVENTION

One feature of modern private international law has been the move towards regulation in the form of legislation. This can be seen on a national level,⁶³ as well as regionally⁶⁴ and internationally.⁶⁵ As earlier stated, however, there is a lacuna as regards property law; private international law rules pertaining to property remain largely untouched by any major harmonisation instrument. Recently, however, there has been a swell of interest and activity regarding the formulation of uniform applicable law rules pertaining to property.

Regulatory ambition may vary in scale. At the most modest end of the spectrum, on the level of sector-specific projects, it would be possible to commence work on a specific project to devise a harmonised choice of law rule for cultural objects.⁶⁶ The aim would be to craft a private international law companion to existing UNESCO and UNIDROIT instruments⁶⁷ and, in the context of the EU, a counterpart to the rule of special jurisdiction found in article 7(4) of the Brussels I Recast Regulation.

At the other end of the spectrum, the boldest endeavour would be to undertake a global project, via the Hague Conference on Private International Law, on the law applicable to proprietary rights, more specifically, concerning the *inter vivos* transfer of title to immoveable

⁶³ In Scotland and the UK, for example, in the closing decades of the 20th century and the early part of the 21st century, rules of choice of law were subject to substantial remodelling by way of statutes (e.g. the Family Law Act 1986, the Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995, and the Family Law (Scotland) Act 2006), some of which were later eclipsed by European legislative measures. See also, e.g., in France, the Draft Code of French Private International presented in March 2022 (see C. NOURISSAT, «The Draft Code of French Private International Law», *Yearbook of Private International Law* Vol. XXIV – 2022/2023, pp 237 – 246); and, in the USA, *Third Restatement of Conflict of Laws* (in respect of which, see K. ROOSEVELT III, and B. JONES, «What a Third Restatement of Conflict of Laws Can Do», in Special Issue on “Third Restatement of Conflict of Laws” *American Journal of International Law*, Volume 110 (2016), pp. 139-143).

⁶⁴ e.g. in the EU, see the Rome I Regulation (n 19); Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (“Rome II”) (OJ L 199, 31.7.2007, pp 40–49); and Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (“Rome III”) (OJ L 343, 29.12.2010, pp 10–16).

⁶⁵ In the 21st century to date, the Hague Conference on Private International Law has finalised five Conventions: Protection of Adults Convention 2000; Choice of Court Convention 2005; Securities Convention 2006; Child Support Convention 2007; and Judgments Convention 2019.

⁶⁶ See e.g. M. FRIGO, «Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthode de règlement des litiges» (2015) 375 *Hague Collected Courses* 217; and M. WELLER, *Rethinking EU Cultural Property Law: Towards Private Enforcement* (Nomos 2018).

⁶⁷ In relation to cross-border restitution claims, see Svoboda Report (n. 11).

and moveable property.⁶⁸ Widespread international agreement on the general use and application of the *lex situs* principle is a good starting point. Within such a framework, targeted consideration could be given to the topic of cultural objects. However, given the failure of past attempts by the Hague Conference to reform applicable law rules concerning sales of goods, the prospects of success of such a project may be limited.

A bold, but realistic, option is to contemplate a European regulation on international property law, to apply, in situations involving a conflict of laws, to property rights *in rem*. Such an instrument could seek to regulate the applicable law in respect of *all* types of property (immovable property, tangible movable property and intangible movable property, including digital assets) or, in the first place at least, it could be more limited in scope. In either case, an EU instrument seeking to regulate the law applicable to rights *in rem* in tangible movable property could incorporate a special provision to address the law governing rights *in rem* in cultural objects.

Projects in this regard are underway. In September 2023, the European Group for Private International Law (“GEDIP”) completed its work on the law applicable to rights *in rem* in corporeal assets, by adopting special rules on stolen or illegally exported cultural goods and issuing a consolidated version of a proposed text.⁶⁹ Similarly, the work of the International Property Law Working Group of the European Association of Private International Law (“EAPIL”) is at an advanced stage.⁷⁰ The aim of each group is to draw up proposals, in legislative form, for applicable law rules pertaining to rights *in rem* in tangible property.

V. BUILDING THE EUROPEAN LEGISLATIVE FRAMEWORK

Although the drafters of the Brussels I Recast Regulation eschewed any special jurisdiction rule in respect of movable property, as matters transpired, a much lighter-touch innovation was made in the form of the «new» rule of special jurisdiction to support civil claims for the cross-border revindication of cultural objects from an EU Member State.⁷¹ Article 7(4) of the Regulation provides that a person domiciled in a Member State may be sued in another Member State,

⁶⁸ For suggested models, including a draft Convention on the Law Applicable to the Transfer of Property, see CARRUTHERS (n. 61) para 9.46 et seq.

⁶⁹ <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2023/06/The-law-applicable-to-rights-in-rem-in-corporeal-assets-Consolidated-version.pdf>.

⁷⁰ <https://eapil.org/what-we-do/working-groups/group-on-property-law/>.

⁷¹ See GILLIES (n. 9).

as regards a civil claim for the recovery, based on ownership, of a cultural object as defined in point 1 of Article 1 of Directive 93/7/EEC initiated by the person claiming the right to recover such an object, in the courts for the place where the cultural object is situated at the time when the court is seised.

Recital (17) narrates that the owner of a cultural object (as defined) should be able, under the Regulation, to initiate proceedings as regards a civil claim for the recovery, based on ownership, of such a cultural object in the courts for the place where the cultural object is situated at the time the court is seised. Such proceedings should be without prejudice to proceedings initiated under Directive 93/7/EEC.

Technically-speaking, it is unfortunate that article 7(4) defines its scope of application under reference to Directive 93/7/EEC, which has been replaced by Directive 2014/60/EU. The definition of cultural object as set out in article 2 of the later Directive is not identical to that set out in article 1(1) of the earlier one. One hopes that this drafting point will be corrected in a future re-casting exercise.

Article 7(4) applies where a defendant is domiciled in an EU Member State other than the one where the cultural object in question is situated. Importantly, it is restricted to actions against persons who are domiciled in a Member State, and confers special jurisdiction only on Member State forums. In one sense, favouring the (Member State) *forum rei sitae* is a very natural and predictable rule. But in another respect, the rule of special jurisdiction does not neatly align with the rule found in article 13 of Directive 2014/60/EU to the effect that «Ownership of the cultural object after return shall be governed by the law of the requesting Member State» (that is, the law of the Member State from whose territory the cultural object has been unlawfully removed⁷²).

In effect, article 7(4) of Brussels I Recast confers special jurisdiction on what is described in article 2(4) of Directive 2014/60/EU as the «requested Member State», that is, the Member State in whose territory a cultural object (wrongfully removed from the territory of another Member State) is located. Thus, the “requested Member State” is competent to exercise jurisdiction, but, in terms of article 13 of Directive 2014/60/EU, it ought to apply the law of the “requesting Member State”.

This dissonance, however, while worthy of note, is not in itself problematic insofar as it is the duty of a forum, in appropriate cases, to admit the application of foreign law. Moreover, this is not the only instance in EU legislation of such misalignment between rules of jurisdiction and rules of choice of law.⁷³

⁷² Directive 2014/60/EU, art 2(3).

⁷³ E.g., in matters relating to a contract, the effect of the definition of «place of performance» in the Brussels I Recast Regulation, art 7(1)(a) (conferring special jurisdiction on the

VI. DRAFTING A SPECIAL CHOICE OF LAW RULE FOR A SPECIAL CATEGORY OF PROPERTY

As a preliminary point, it is important to state that, practically speaking, in the pursuit of uniform applicable law rules for tangible moveable property, until such time as there is agreement on the content and wording of a «general rule» on the law applicable to rights *in rem* in tangible movable property, the foundation upon which any bespoke choice of law rule for cultural objects may be laid would be necessarily unstable.

In devising a scheme of applicable law rules, the extent to which the general rule ought to prevail is a very important question, as is that of whether or not any “special rule” (that is, a specific exception to the general rule) ought to be admitted. Drafting a choice of law rule in respect of property rights in cultural objects *before* the general rule on the law applicable to rights *in rem* in tangible movable property has been finalised is placing the proverbial cart before the horse. Only when the general rule has been settled ought any exception to it be carved out, or its wording be refined for use in relation to particular categories of assets.

However, when it comes to applicable law rules pertaining to movable property, there is widespread international agreement on the general use and application of the *lex rei sitae* connecting factor.⁷⁴ Pre-supposing, therefore, a general rule based on the *lex rei sitae* principle⁷⁵—that is, the law of the State where the asset is situated at the time when the property right is created or acquired—the point of enquiry is whether any other connecting factor ought to apply to rights *in rem* in cultural objects.

Many systems of private international law make no distinction between the transfer of cultural objects and the transfer of other types of movable property. In such systems, as far as choice of law rules are concerned, cultural objects effectively lose any privileged status as soon as they enter private law channels; the legal issues regarding cultural property are resolved simply by reference to the rules that apply

courts of the Member State for the place of performance of the obligation, and indicating, in a sale of goods contract, the place where, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered), appears to have the result of clothing with jurisdiction the court of the buyer’s legal system. But, when art 4.1(a) of the Rome I Regulation is applied, the effect is that the buyer’s court is enjoined to apply the seller’s law, namely, the law of the country where the seller has his habitual residence.

⁷⁴ See L. D’AVOUT, «Property and proprietary rights», in BASEDOW, RUHL, FERRARI and ASENSIO (n 1) 1429, and at 1430.

⁷⁵ See, e.g., GEDIP proposal, art 4.

to movable property generally.⁷⁶ As has been said, «[t]rading in objects of art is only one kind of trading in movables. The national systems of conflict of laws have developed general rules applicable to *all* kinds of trade»⁷⁷. The policy position within such legal systems is that cultural property is not so idiosyncratic as to merit a unique, tailored rule, separate from the general rule that applies to movable property.

However, application of the *lex rei sitae* principle is capable of causing particular difficulties as regards rights *in rem* in stolen movable property or objects that have been unlawfully removed⁷⁸ from a given state. The struggle between an «original owner» of goods whose property is stolen or otherwise unlawfully removed from them and taken abroad to be sold, and a subsequent good faith purchaser of those goods is well known to conflict of laws scholars.⁷⁹ In such cases, routine application of the law of the *situs* may give rise to an injustice to the deprived «owner» since there was no voluntary act on their part (authorisation or consent to removal of the object from the «original» *situs*), leading to any legitimate connection being established between the property and the «new» *situs*. Where the domestic law of the *situs* protects the good faith acquisition of stolen property, that destination is liable to become a haven in which to launder stolen property.

Sometimes, as a corrective measure, it may be possible for a court to have resort to the forum's public policy, as a safeguard to oust application of the (new) *lex rei sitae* where that law (or its application⁸⁰) would be contrary to the forum's public policy. This, however, is a high threshold and public policy is an arbitrary and inexact mechanism.

⁷⁶ See, e.g., P. B. CARTER, «Transnational Trade in Works of Art: The Position in English Private International Law», in LALIVE, P. (ed.) *International Sales of Works of Art* (Institute of International Business Law and Practice/International Chamber of Commerce/Law Faculty, University of Geneva) (1988), at 322.

⁷⁷ Emphasis added. O. SANDROCK, «Foreign Laws Regulating the Export of Cultural Property», in LALIVE (n. 76) 457.

⁷⁸ See, e.g., definition of «unlawful removal» in Directive 2014/60/EU. The directive applies to any «cultural object» that, by definition (article 2(1)), has been «unlawfully removed» from the territory of a Member State that has classified or defined the object (whether before or after its removal), as being among the «national treasures possessing artistic, historic or archaeological value» under national legislation or administrative procedures within the meaning of Article 36 TFEU. The concept of «unlawful removal» is defined in article 2(2) of Directive 2014/60/EU, viz.: «(2) “unlawfully removed from the territory of a Member State” means: (a) removed from the territory of a Member State in breach of its rules on the protection of national treasures or in breach of Regulation (EC) No 116/2009; or (b) not returned at the end of a period of lawful temporary removal or any breach of another condition governing such temporary removal».

⁷⁹ See, e.g., in England, *Winkworth v Christie, Manson & Woods Ltd* [1980] Ch. 496. For detailed commentary, see CARRUTHERS (n 61), paras 3.24 – 3.59 and 8.36 – 8.51. See also A. M. GARRO, «‘The Recovery of Stolen Art Objects from *Bona Fide* Purchasers», in LALIVE, P. (ed.) *International Sales of Works of Art* (1988) (University of Geneva) 511, at 512.

⁸⁰ See CARRUTHERS (n 61), paras 8.47 – 8.50.

Likewise, overriding mandatory provisions may be brought into play,⁸¹ especially in the context of rules of a public law character (e.g. rules preventing export of property), but the application of such provisions invariably is uncertain.

When dealing with rights *in rem* in stolen or unlawfully removed movable property, it would be better directly to empower a court to take account of the property's provenance, including, in particular, any act of wrongful removal from the original *situs* and, ultimately, to enable the court to apply to the matter of rights *in rem* in the asset not the (new) *lex rei sitae*, but rather the *lex loci originis*,⁸² that is, the law of the state from which the property was stolen or unlawfully removed.

Strictly, in terms of semantics, the connecting factor of «the law of the place from which the property was stolen or unlawfully removed» might be more accurately referred to as the *lex loci furti*,⁸³ given that the place in which an object «originated» will not coincide, in all cases, with the place from which the object was wrongfully taken.⁸⁴ In any event, the purpose of the bespoke rule should be to «neutralise» the impact of the theft or wrongful removal, and to enable application of the law of the country from which the object was taken in breach of the proprietary rights attributed to the deprived party.

This cross-border, wrongful removal problem can affect any type of asset, and it may be that a special choice of law rule to encompass all types of stolen property ought to be considered by European lawmakers.⁸⁵ But the problem is particularly acute in relation to cultural objects. Notably, as seen above, article 7(4) of the Brussels I Recast Regulation is restricted to the cross-border recovery of cultural objects from an EU Member State, and does not apply to the revindication of

⁸¹ Cf. Rome I, art 9 and Rome II, art 16.

⁸² See CARRUTHERS (n 61), para 3.50 and pp 265-266, Model 1 (Draft Transfer of Property Convention), para 22(1).

⁸³ See Z. CHEN, «Is a Mummy a Person or a Property: The Classification and Choice of Law of Cultural Objects in Private International Law» (2022), *Chinese Journal of Comparative Law*, Volume 10(2) 274, 280. In referring to the «country of origin» of a stolen item, GARRO (n 79) recommended (at 514) application of «the law of the jurisdiction with the most significant interest in protecting the property which is the object of the transaction». Such a connecting factor, however, would be indeterminate: e.g. as regards protection of “Mona Lisa”/“La Gioconda”, would it be considered that France, the country in whose national collection the painting rests and in which it is exhibited, has a greater interest than, say, does Italy, the country of which the artist was a national and in which the artist, and the work, are highly respected? Similarly, as regards protection of the Elgin/Parthenon Marbles, would it be considered that the UK or Greece has a more significant interest in their protection? See also G. REICHELT (n 1), which, at 91 refers, as regards the transfer of cultural property, to the law of closest connection.

⁸⁴ Since this chapter argues in favour of a bespoke choice of law rule for cultural objects, the term “*lex loci originis*” is favoured. The term “*lex loci furti*”, it is suggested, should be reserved for use in relation to a choice of law rule that applies to all types of stolen property.

⁸⁵ See, e.g., art 92 («Law applicable to stolen goods») of the 2004 Belgian Code of Private International Law.

stolen goods generally. Given the magnitude of the problem of illicit trafficking in cultural objects, a uniform, special choice of law rule for cultural objects is necessary. Creating such a rule not only would circumvent problems that derive from the mechanical application of the *lex rei sitae*⁸⁶ (including, for example, the calculated use of free ports⁸⁷ to effect the transfer of rights *in rem* in cultural objects), and would be broadly consistent with article 3 of the 1995 UNIDROIT Convention,⁸⁸ but also it would actively promote the EU's stated objective of «preventing and combating unlawful trafficking in cultural objects»⁸⁹.

Opponents of a special choice of law rule for cultural objects might argue that fashioning a multi-layered choice of law rule, comprising a general rule plus specific exception(s), would be liable to generate problems of classification,⁹⁰ and potentially would risk the body of relevant law growing to an unwieldy extent.⁹¹ Against that, however, there is precedent in EU law for developing special choice of law rules⁹² and, more importantly, special rules to protect cultural objects.

While difficulties concerning the definition of «cultural objects» have been noted, for the purpose of a new European choice of law rule, the same definition of «cultural object» as found in article 2(1) of Directive 2014/60/EU could be employed.⁹³ Alternatively, and better serving the principle of universal application, a broader definition that is not reliant upon (Member) State classification of objects could be utilised, such as that found in article 2 of the 1995 UNIDROIT Convention, namely, «objects which, on religious or secular grounds, are of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science».

⁸⁶ See L. V. PROTT, «Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage» (1989-II) 217 *Recueil des Cours* 215, 306 and 314.

⁸⁷ See R. WORTHY, «The Impact of Free Ports on the Art Market» (2020) 25 *Art Antiquity & Law* 253; and D. TANICO, «The Secret Lives of Freeports: An Analysis of the Regulation of Freeports and the Illicit Antiquities Inside» (2021-2022), 45 *Fordham International Law Journal* 717.

⁸⁸ «The possessor of a cultural object which has been stolen shall return it».

⁸⁹ Directive 2014/60/EU, recital (17).

⁹⁰ See, e.g., Rome I, art 4(2).

⁹¹ SANDROCK (n 77) 462.

⁹² In EU private international law pertaining to the law of obligations, for example, there has been a tendency towards the specialisation or fragmentation of applicable law rules. See the contract-specific rules in Rome I, art 4; and the tort or delict-specific rules in Rome II, arts 5 – 9.

⁹³ That is, «an object which is classified or defined by a Member State, before or after its unlawful removal from the territory of that Member State, as being among the “national treasures possessing artistic, historic or archaeological value” under national legislation or administrative procedures within the meaning of Article 36 TFEU».

VII. EXISTING MODELS AND ALTERNATIVE SOLUTIONS

The significance of the link between cultural property and the *lex loci originis* was recognised by the *Institut de Droit International* in its 1991 Basel Resolution on «The International Sale of Works of Art from the Angle of the Protection of the Cultural Heritage»⁹⁴. Convinced that it was «opportune to propose to States guidelines for the development of their internal law, including rules of private international law [...]», the Institute declared, in article 2 of the Resolution, that, «The transfer of ownership of works of art belonging to the cultural heritage of the country of origin shall be governed by the law of that country»⁹⁵.

More recently, some individual legal systems have adopted the *lex loci originis* principle within their national choice of law rules for cultural property. Belgian private international law⁹⁶ and Hungarian private international law,⁹⁷ respectively, have special choice of law rules in respect of cultural property/assets. Both systems' rules, which

⁹⁴ Twelfth Commission, Rapporteur – DE ARRUDA FERRER-CORREIA, A. See English translation of the authoritative French text at https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_04_en.pdf. For comment, see E. JAYME, «Protection of Cultural Property and Conflict of Laws: The Basel Resolution of the Institute of International Law» (1997) *International Journal of Cultural Property*, Vol 6(2) 376. The Basel Resolution has no binding force, the Institute being merely a learned society without official standing, the purpose of which is to promote the progress of international law («Statutes of the Institute of International Law»).

⁹⁵ By art 4(1), «If under the law of the country of origin there has been no change in title to the property, the country of origin may claim, within a reasonable time, that the property be returned to its territory, provided that it proves that the absence of such property would significantly affect its cultural heritage».

⁹⁶ The 2004 Belgian Code of Private International Law provides in article 90 («law applicable to cultural property») that, «If an item, which a State considers as being included in its cultural heritage, has left the territory of that State in a way, which is considered to be illegitimate at the time of the exportation by the law of that State, the revindication by the State is governed by the law of that State, as it is applicable at that time, or at the choice of the latter, by the law of the State on the territory of which the item is located at the time of revindication. Nevertheless, if the law of the State that considers the item part of its cultural heritage does not grant any protection to the possessor in good faith, the latter may invoke the protection, that is attributed to him by the law of the State on the territory of which the item is located at the time of revindication» (*Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé*, English translation by CLIJMANS, C. and TORREMANS, P.) https://www.ipr.be/sites/default/files/tijdschrift_en/pdf/Engelse%20vertaling%20WIPR_augustus%202018.pdf.

⁹⁷ Section 46 of the Hungarian Act XXVIII of 2017 on Private International Law states that, (1) If a thing considered to be part of the cultural assets of a state leaves the territory of that state in a manner which is unlawful under the law of that state at the time of exit, the law of that state, or the law of the state in the territory of which the given thing is located at the time of the assessment of the ownership claim, shall govern the ownership claim made by the state, subject to the choice of the state enforcing the ownership claim. (2) If the law of the state which considers the unlawfully taken thing a part of its cultural assets does not provide protection to the possessor of the thing who is acting in good faith, the possessor acting in good faith may request the protection of the law of the state in the territory of which the thing is located at the

operate in circumstances where the property in question has unlawfully left the state of origin, apply only in respect of State-designated cultural property and so are narrower in scope than potentially would be an EU rule having universal application.

Article 10 of the GEDIP proposal on the law applicable to claims for the recovery of stolen or illegally removed cultural objects⁹⁸ proposes that a claim for the recovery of a stolen or illegally removed cultural object shall be governed, at the choice of the claimant, by any one of «(a) the State in which the object was located at the time of its theft or illegal removal from that State; (b) the State in which the object was located at the time of the acquisition of possession by the defendant subsequent to the theft or illegal removal; or (c) the State in which the object was located at the time of the filing of the action». Paragraph (a) permits application of the *lex loci originis*, but only at the claimant's discretion. Such a rule of «alternative» reference compromises certainty of applicable law and would be unhelpful in cases where competing claimants should choose different laws to govern their respective claims; it would not be clear in such cases which law should resolve a priority conflict between the competing claimants.

Notably, in China, in the context of a claim for return of a stolen, 1,000-year-old, mummified Buddhist monk contained in a golden statue, the Sanming Intermediate People's Court of China, in the Province of Fujian, ordered Dutch defendants to return the object in question to the original owner (two village committees in the Province).⁹⁹ The Chinese court applied the choice of law rule set out in article 37 of the Chinese Private International Law Act 2010,¹⁰⁰ to the effect that the governing law was the law of the country in which the movable property was situated «at the time when the legal fact took place». In an innovative interpretation of the *tempus inspiciendum*, the Chinese court held that the «legal fact» in question included the act of theft and, accordingly, the place where the theft occurred (the Fujian Province, China) was regarded as the place where the legal fact took place. By application of the Chinese law of the place of the theft (*lex furti*) *qua*

time of the assessment of the ownership claim. (English translation by Hungarian Ministry of Justice (<https://njt.hu/jogszabaly/en/2017-28-00-00>).

⁹⁸ (n. 69).

⁹⁹ *The Committee of Yunchun Village and the Committee Dongpu Village v. Oscar Van Overeem, Design & Consultancy B.V. and Design Consultancy Oscar van Overeem B.V.*, Sanming Intermediate People's Court (2015) Sanmin Chuzi No. 626, (4 December 2020), discussed in Z HUO, "The Chinese villages win a lawsuit in China to repatriate a Mummified Buddha Statue hold by a Dutch Collector — What Role has Private International Law Played?" at <https://conflictoflaws.net/2020/the-chinese-villages-win-a-lawsuit-in-china-to-repatriate-a-mummified-buddha-statue-hold-by-a-dutch-collector-what-role-has-private-international-law-played/>. See, for detail, Z. CHEN (n. 83).

¹⁰⁰ CHEN, *ibid.*, 278-279.

lex rei sitae, the court concluded that the Dutch defendants should return the statue to the Chinese claimants.¹⁰¹

“Soft law” solutions

Increasingly the interest of the *lex loci originis* in the resolution of *in rem* disputes concerning cultural objects is being recognised. It is time for the European lawmaker to act. If no action is taken then, absent a bespoke choice of law provision for cultural objects, it is highly possible that “soft law” solutions will prevail, potentially undermining the very purpose and integrity of choice of laws rules.¹⁰² Such solutions have been deployed, particularly in relation to wartime looted art, the model being the Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art, released in connection with the Washington Conference on Holocaust Era Assets.¹⁰³ The Conference developed «a consensus on non-binding principles to assist in resolving issues relating to Nazi-confiscated art», recognising, however, that among participating nations there are differing legal systems and that countries act within the context of their own laws.¹⁰⁴ Similar in nature is the follow-up “Prague Holocaust Era Assets Conference: Terezin Declaration,”¹⁰⁵ issued pursuant to the Conference that was organised by the government of the Czech Republic concerning, inter alia, Nazi-confiscated and looted art, Judaica and Jewish cultural property. As with the Washington Principles, the Terezin Declaration acknowledges its «legally non-binding nature [...] and moral responsibilities», and concedes that it is “without prejudice to applicable international law and obligations”¹⁰⁶.

Regardless of how well-intentioned such principles and declarations may be, the serious flaw from which they suffer is that they are not legally binding; they represent, at best, a moral commitment among nations. They do not deal adequately with the private law or international private law dimension. Nevertheless, the soft law solution has been embraced. In the UK, for example, the Spoliation Advisory Panel (“SAP”) exists to consider claims in respect of cultural objects looted during the Nazi era (1933-1945), principally where such an object is

¹⁰¹ CHEN, *ibid.*, 280.

¹⁰² See, e.g. N. PALMER, «The Best We Can Do? – Exploring a Collegiate Approach to Holocaust-related Claims», in CAMPFENS, E. (ed), *Fair and Just Solutions – Alternatives to Litigation in Nazi-Looted Art Disputes: Status Quo and New Developments*, Eleven International Publishing, The Hague (2015), 153-186; and in CAMPFENS, E. (n 8), at paras 2.4 and 5.2.4, a recommendation to establish a European ADR claims procedure.

¹⁰³ Released on 3 December 1998 (<https://www.ngv.vic.gov.au/wp-content/uploads/2014/05/Washington-Conference-Principles-on-Nazi-confiscated-Art-and-the-Terezin-Declaration.pdf>).

¹⁰⁴ Preamble to the Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art.

¹⁰⁵ Released on 30 June 2009.

¹⁰⁶ Preamble to the Prague Holocaust Era Assets Conference: Terezin Declaration.

in the possession of a UK national collection, or other UK museum or gallery established for the public benefit, albeit a Panel may also be designated to advise about any claim for an item in a private collection at the joint request of the claimant and the owner.¹⁰⁷

The SAP's task, as prescribed by its Terms of Reference, includes a duty to evaluate, on the balance of probability «the validity of the claimant's original title to the object, recognising the difficulties of proving such title after the destruction of the Second World War and the Holocaust and the duration of the period which has elapsed since the claimant lost possession of the object»¹⁰⁸ and «the validity of the institution's title to the object»¹⁰⁹. This exercise, however, is conducted subject to the critical reservation that the Panel's conclusions on questions of law are not determinative of the parties' legal rights. It is explicitly stated in SAP's Terms of Reference that, «In exercising its functions, while the Panel will consider legal issues relating to title to the object (see paragraph 15(d) and (f)), it will not be the function of the Panel to determine legal rights, for example as to title»¹¹⁰. The impression given is that the evaluation of title to the object is secondary to the Panel's other prescribed tasks, namely, «to give due weight to the moral strength of the claimant's case»¹¹¹ and (if it is necessary in order to arrive at a fair and just recommendation) to «consider whether any particular moral obligation rests on the institution»¹¹², taking into account any relevant consideration, including the circumstances of its

¹⁰⁷ Spoliation Advisory Panel, Constitution and Terms of Reference (updated 2016) (<https://www.gov.uk/government/groups/spoliation-advisory-panel>), para 6. Similarly, see, in Germany, the «Advisory Commission on the return of cultural property seized as a result of Nazi persecution, especially Jewish property» (<https://www.beratende-kommission.de/en>). On 13 March 2024, however, the German Federal Government, the Governments of the Laender and the Representatives of the German Municipalities, announced the replacement of the «Advisory Commission» with an arbitration framework. For information and comment, see M. WELLER, «German "Advisory Commission" to be Replaced by an Arbitration Framework» (<https://ial.uk.com/german-advisory-commission/>) (20 March 2024). In France, see *Commission pour la restitution des biens et l'indemnisation des victimes de spoliations antisémites*, one of the purposes of which is to recommend the restitution of cultural property looted in the context of Nazi anti-Semitic persecution, including outside France, between 1933 and 1945, when such property is kept in a public or similar collection in France (<https://www.civs.gouv.fr/actualites/nouvelles-competences-civs/>). In the Netherlands, see the Advisory Committee on the Assessment of Restitution Applications for Items of Cultural Value and the Second World War (<https://www.restitutiecommissie.nl/en/>).

¹⁰⁸ Spoliation Advisory Panel, Constitution and Terms of Reference (updated 2016), para 15(d).

¹⁰⁹ *Ibid.*, para 15(f).

¹¹⁰ *Ibid.*, para 8. See, e.g., Report of the Spoliation Advisory Panel in respect of a Painting now in the possession of the Tate Gallery (HC111), 18 January 2001, para 6(2); also Report of the Spoliation Advisory Panel in respect of a Painting now in the possession of Glasgow City Council (24 November 2004), paras 4 and 26.

¹¹¹ Spoliation Advisory Panel, Constitution and Terms of Reference (updated 2016), para 15(e).

¹¹² *Ibid.*, para 16.

acquisition of the object and its knowledge at that time of the object's provenance.

SAP proceedings are intended to be an alternative to litigation, not a process of litigation, and in their conduct, therefore, it is considered entirely legitimate to take into account non-legal obligations, such as the moral strength of the claimant's case.¹¹³ Any recommendation made by the Panel is not intended to be legally binding on the claimant, the institution or the Secretary of State¹¹⁴ (albeit, if a claimant accepts the recommendation of the Panel and that recommendation is implemented, the claimant is «expected» to accept the implementation in full and final settlement of the claim¹¹⁵).

Soft law solutions leave the legalities of ownership in limbo. In the UK, given the remit and status of the SAP, it is extremely unlikely that any national museum or gallery would refuse to honour or implement the Panel's recommendations. In cases, however, where the Panel is invited, at the joint request of the claimant and the owner, to advise on a claim for an item in a private collection, if either party should be dissatisfied with what they perceive to be an adverse recommendation, the option of litigation remains. Since both parties must support a reference to the Panel, one might suppose that an «owner» would not lightly spurn the Panel's recommendation. But if application of the relevant rule of private international law (most likely, the law of the State where the asset is situated at the time when the property right is created or acquired – the *lex rei sitae*) should corroborate the «owner's» title, then even although the SAP recommendation might deny such a title, it is probable that the «owner» would refuse to implement the Panel's recommendation. In such a case, a claimant's only resort would be to litigation. In that event, any court charged with making a conclusive determination of ownership would apply the relevant choice of law rule, and not simply look for the “moral favourite”.

VIII. CONCLUSION

Trading in cultural objects, both licit and illicit, is very important to the international community. Private international law has a role to play in the regulation of such trade, but the lack of any uniform choice of law rule pertaining to cultural objects is detrimental to the overall scheme of protection of such property. Not only does it undermine the operation of existing international mechanisms, such as the 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention, but it also

¹¹³ *Ibid.*, para 9.

¹¹⁴ *Ibid.*, para 10.

¹¹⁵ *Ibid.*, para 11.

detracts from the effectiveness of European instruments that seek to protect cultural objects; the EU objective of preventing and combating unlawful trafficking in cultural objects is betrayed.

Application of the default, general *lex rei sitae* rule to rights *in rem* in cultural objects is liable to work against the interests of owners whose property has been stolen or unlawfully removed from them, and taken abroad for the purpose of sale. The European legislator has acknowledged, through provision of a rule of special jurisdiction to deal with claims for revindication, that cultural objects have a special status. Likewise, Directive 2014/60/EU recognises the interest of the *lex loci originis* in the resolution of disputes about ownership of cultural objects. At present, however, there is no choice of law counterpart to these rules, even though, increasingly, the interest of the *lex loci originis* in the resolution of *in rem* disputes concerning cultural objects is being recognised by national legal systems.

With cultural objects, legal issues may run parallel to, or be intertwined with, ethical and policy questions, but if the resolution of some cross-border disputes pertaining to cultural objects is left to soft law solutions, there is a serious risk that moral sentiment will dictate the handling and resolution of issues that more appropriately fall within the ambit of due legal process.

It is an opportune time for the European lawmaker to step up and take forward the drafting of a special choice of law rule for rights *in rem* in cultural objects, utilising the connecting factor of the *lex loci originis*, the law of the state from which the property was stolen or unlawfully removed.

PROPRIETARY RIGHTS OVER CULTURAL OBJECTS IN A GLOBAL WORLD

Sabrina FERRAZZI*

SUMMARY: I. INTRODUCTION. A DISTINCTIVE CROSSROAD OF INTERESTS.—
II. *LEX REI SITAE* AS A GENERAL PRINCIPLE OF PRIVATE INTERNATIONAL
LAW AND THE ISSUE OF FOREIGN PUBLIC LAWS.— III. THE INTERNATIO-
NAL LAW APPROACH.— IV. THE EMERGENCE OF «CULTURAL» CONFLICT
OF LAWS RULES.— V. FINAL REMARKS.

I. INTRODUCTION. A DISTINCTIVE CROSSROAD OF INTERESTS

Cultural Heritage Law provides a special perspective for examining the intertwining between private international law and *rights in rem*.

The art market is international by its very nature. It traditionally trades highly collectable goods with almost an eternal market lifespan. A cultural object may have been traded for centuries and may have crossed numerous borders before entering the asset of its current owner. This is why the international restitution of stolen or unlawfully exported cultural objects appears to be one of the most critical and controversial topics in the Art Law field.

If, in theory, it is effortless to reach a universal consensus on the general idea that owners should be granted the right to recover their lost property, at the same time this very idea comes with the awareness that the owners' interest is not the only one at stake. Even when dealing with non-cultural goods, legislators around the globe have developed

* Post-doctoral Fellow at the University of Verona (sabrina.ferrazzi@univr.it).

different legal solutions to take into consideration, for instance, the legal position of good-faith purchasers. When the object of the restitution shifts from common tradable goods to cultural objects, the clash of interests is intensified by the specificities of cultural objects themselves and by the numerous interests shaping the art world.

With regards to the former (*i.e.* the specificities of cultural objects), cultural objects are typically non-fungible and non-perishable goods. The cultural component embedded in certain objects has long been recognized as an element worthy of distinctive regulation, able to shape proprietary rights over cultural property in a way that diverges from the ordinary legal regime. It is possible to find the first traces of such a special sensitivity already in ancient times. The Ancient Roman institute of the *dicatio ad patriam*, for example, established a legal bond between a public space and the statutes there located so that their removal was forbidden even if a statute was there placed by a private owner and the very same owner wished to recover it¹.

Even, in modern times, in those socio-cultural contexts where proprietary rights have been seen as absolute rights, a set of duties and limits have been imposed on owners of cultural artefacts, to the point that legal doctrine has referred to ownership over cultural property as a *right that binds*.²

The amount and variety of rules enacted worldwide illustrate the importance of the exceptions to the traditional law of property. Depending on the legal system, such divergent rules have been dealing with restrictions affecting the owner's right to freely dispose of the property for its own interest by, for instance, limiting the export of the goods (e.g., ch. VI, Law of the People's Republic of China on Protection of Cultural Relics³), reserving a right of pre-emption to the State (e.g. art. 38 Spanish Cultural Heritage Law⁴), providing for public access to privately-owned cultural property (e.g. art. 28, Italian Code of Cultural Heritage and Landscape⁵), providing for a public power the power to expropriate a cultural property for the pursuit of the national cultural interest (e.g., art. 4(3) Eritrean Cultural and Natural Heritage Law⁶), prescribing conservative obligations (e.g., arts. 30-32 of the Italian Code of Cultural Heritage and Landscape) or imposing informative duties to owners, thus, granting third parties to intervene and

¹ On the *dicatio ad patriam*, see M. FALCON, «*Dicatio ad Patriam*», *La collocazione in pubblico di beni privati nella riflessione dei giuristi romani*, Naples, Jovene, 2020.

² F. LONGOBUCCO, « Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà 'obbliga' », in BATTELLI, E., CORTESE, B., GEMMA, A., MASSARO A. (eds.), *Patrimonio culturale profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, Roma Tre Press, 2017, pp. 211-226.

³ 中华人民共和国文物保护法 (2017年修正本).

⁴ Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español, 25 June 1985.

⁵ Legislative decree, n. 42/2005.

⁶ Proclamation n. 177/2015.

preserve the integrity of cultural and artistic creations (e.g. California Civil Code, sec. 989, *e*). Moreover, there are also rules that affect the ordinary circulation of property rights by itself, such as rules on State ownership of undiscovered cultural objects (e.g., art. 6 of the Egyptian Law on Antiquities Protection)⁷ or *res extra-commercium* provisions, which void all the contracts for the sale of objects falling within the scope of application of the norm (e.g., L. 451-5 of the French Cultural Heritage Code⁸).

The mentioned rules mirror the existence of heterogeneous interests revolving around the legal circulation and protection of cultural objects.⁹ Owners and possessors of cultural objects share an interest in fully exercising their rights without restrictions and the general interest. Furthermore, the sound and prompt circulation of rights is a general interest of the society itself. But to those interests traditionally lying in the circulation of commonly tradable goods, cultural property raises further distinctive claims. As a way of exemplification, it may be recalled that different categories of people share a unique interest in having free access to cultural heritage. This is the case of the public in general with respect to important cultural property, of the communities of origin of the heritage as part of their «right to enjoy their own culture» (*see* art. 27 United Nations Covenant on Civil and Political Rights)¹⁰, as well as of researchers, for academic and scientific purposes.

Lastly, it should be noted that the international circulation of cultural property plays also a strategic geopolitical role from an international security and stability perspective. In fact, the illicit trafficking of cultural objects has been used as a source of financing not only by mafias around the globe but also by terrorist groups. To weigh the importance of the problem, it suffices to recall the numerous UN Security Council Resolutions dealing with the safeguarding of cultural heritage,¹¹ as

⁷ راتئال اقيامح نوناق رادصاب 1983 نسل 117 مقدر نوناق (Law n. 117/1983).

⁸ Code du patrimoine (legislative part enacted by the ordonnance n. 2004-178, 20 February 2004; regulatory part enacted by the decree 2011-573 and the decree 2011-574, 24 May 2011).

⁹ E. JAYME, «Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies», *Vanderbilt Law Review*, vol. 38, 2005, pp. 928-945; M. FRIGO, «Cultural Property v. cultural heritage: A “battle of concepts” in international law», *International Review of Red Cross* vol. 86, 2004, pp. 367-378; J.H. MERRYMAN, A.E. ELSÉN, S.K. ULRICE, 2007. *Law, Ethics and the Visual Arts*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, p. 113 ff.; J.H. MERRYMAN, «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law*, vol. 80(4), 1986, pp. 831-853; L.V. PROTT, «The International Movement of Cultural Objects», *International Journal of Cultural Property*, vol. 12(2), 2005, pp. 225-248.

¹⁰ United Nations Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1996, 14668 UNTS 999.

¹¹ United Nations Security Council, Resolution, 24 December 2018, A/RES/73/130 (2018); Resolution, 21 September 2017, S/RES/2379 (2017); Resolution, 24 March 2017, S/RES/2347 (2017); Resolution, 25 April 2013, S/RES/2100 (2013); Resolution, 22 May 2003, S/RES/1483 (2003).

well the European Union's decision to impose restrictions on trade in goods belonging to Iraq's and Syria's cultural heritage by prohibiting the import of such goods, respectively in 2003¹² and 2012¹³, during the emergency situations faced in those countries.

In such a framework, the debate over the opportunity (or the necessity) for rules specifically dedicated to cultural heritage has never stopped. The art market appears to be a field in which it is especially possible to experience how the socio-economic context and the legal framework influence each other. So, it is undisputed that the above-mentioned clashing interests play a role in the formulation, development, and implementation of the regulatory framework, just like the regulatory framework influences the socio-economic context and its practices.

The debate has quite recently reached private international law. Being cultural objects movable properties, rules applicable to movable property apply insofar as no special rules dedicated to cultural movables have been enacted. However, the above-mentioned intertwining of interests and peculiarities raises conflict of laws issues not common in ordinary claims. Thus, for instance, requests for the return of cultural objects based on the violation of public laws (most typically, export limits) stem from the recognition of a special relationship between a nation and cultural heritage manifestations.¹⁴ At the same time, the restitution of cultural objects has to deal not only with differences in national legal regimes but also with the impact of international law on those differences.

Aware of the breadth and complexity of the theme, the following pages address the issue of the law applicable to the merits of the dispute for the restitution of cultural property, trying to offer an overview of the main solutions provided both at the national and international levels.

¹² Council Regulation (EC) No 1210/2003 of 7 July 2003 concerning certain specific restrictions on economic and financial relations with Iraq and repealing Regulation (EC) No 2465/96, *Official Journal L*, 169, 08/07/2003, p. 0006 – 0023.

¹³ Council Regulation (EU) No 36/2012 of 18 January 2012 concerning restrictive measures in view of the situation in Syria and repealing Regulation (EU) No 442/2011, *Official Journal L*, 16, 19.1.2012, p. 1–32.

¹⁴ The possessive adjective «its» (*i.e.*, «between a nation and *its* cultural heritage») has been intentionally omitted in consideration of the existence of a school of thought that promotes the idea that the relationship between a country and the cultural objects considered part of that country's cultural patrimony is not exclusively territorial. Such a relationship may also be based on the cultural enrichment of the society. On the topic, see Tar Lazio, sez. II-quater, 24 March 2011, n. 2659 dealing with the exportability of a French *commode*.

II. *LEX REI SITAE* AS A GENERAL PRINCIPLE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND THE ISSUE OF FOREIGN PUBLIC LAWS

Whether the restitution is based on the violation of a public law,¹⁵ on ownership,¹⁶ or on proprietary rights established by a public law,¹⁷ conflict-of-laws principles typically come into play to identify the law applicable to the acquisition of the property in cases involving a good-faith purchaser (*a non domino* acquisition).

The topic is traditionally one of the most relevant and debated in the field.¹⁸ As cultural objects are typically passed through centuries from one collector to another (either an heir or a new collector), reconstructing their ownership history could result in a real challenge. Wars, fortuitous events, natural calamities, the demise of families, and the passing of time increase the chance of gaps in provenance documentation.¹⁹

Till now, private international rules have not often been directly reformed to consider cultural objects specifically. Thus, even if national approaches to cultural heritage vary from country to country, the most common attitude towards the issue of the law applicable in art and heritage claims is to resort to the same set of rules provided for ordinary movable property.

¹⁵ Typically, the illicit export of a cultural object.

¹⁶ As in the case of a stolen good.

¹⁷ The case of State ownership of undiscovered cultural objects may be taken as an example.

¹⁸ *Ex plurimis*, F. FIORENTINI, «Good Faith Purchase of Movables in the Art Market. Comparative observations», *Pravni život*, vol. 11, 2014, pp. 249-266; G. MAGRI, «Buona fede, clandestinità del possesso e opere d'arte rubate: riflessioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione – Nota a Cassazione civile, sez. II, 14/06/2019 (ud. 22/01/2019, dep. 14/06/2019), n. 16059», *Aedon*, issue 1, 2020, <http://www.aedon.mulino.it>; J.H. MERRYMAN, «The Good Faith Acquisition of Stolen Art», *Stanford Law School Research Paper*, n. 1025515, 2008, <https://law.stanford.edu/publications/the-good-faith-acquisition-of-stolen-art/>; A. MONTAGU, «Recent Cases on the Recovery of Stolen Art – The Tug of War Between Owners and Good Faith Purchasers Continues», *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 18, 1993, pp. 75-101; P. REYHAN, «A Chaotic Palette: Conflict of Laws in Litigation between Original Owners and Good-Faith Purchasers of Stolen Art», *Duke Law Journal*, vol. 50(4), 2001, pp. 955-1043; S.G. ROSS, «Res Extra commercium and the Barriers Faced When Seeking the Repatriation and Return of Potent Cultural Objects», *American Indian Law Journal*, vol. 4, 2016, pp. 297-389; A. SCHWARTZ, R. SCOTT, «Rethinking the Laws of Good Faith Purchase», *Columbia Law Review*, vol. 111, 2011, pp. 1332-1383.

¹⁹ J. LEVINE, «The Importance of Provenance Documentations in the Market for Ancient Art and Artifacts: The Future of the Market May Depend on Documenting the Past», *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, vol. 19(2), 2009, pp. 219-233; P. O'KEEFE, «Provenance and Trade in Cultural Heritage», *University of British Columbia Law Review*, 1995, pp. 259-272.

One of the most notorious cases that applied ordinary conflict of laws rules is *Winkworth vs Christie, Manson & Woods Ltd.*²⁰ The case involved some sculptures stolen in England from the lawful possession of the owner and subsequently taken to Italy, where they were sold to a good-faith purchaser. The purchaser was in such good faith that he decided to entrust the objects to the London branch of Christie's to sell them by auction. The original owner recognized the goods in the auction house's catalogue and brought an action for their recovery in England. The core issue concerned whether the plaintiff or the defendant had title to the goods. In addressing the question, the court had to determine if the sale that took place in Italy had the effect of conferring a title to ownership, which was valid against the original owner.

The identification of which law to apply between English domestic law and Italian domestic law was crucial for the result of the dispute. In fact, while under Italian law, the title would have been conferred on the basis of the principle of «*possession vaut titre*» (art. 1153 Italian civil code), under English law, the good-faith purchaser would not have a claim, not having raised the market overt exception provided for by the Sale of Goods Act 1893.²¹

The connecting factors were abundant but conflicting. England was the place where the original owner was domiciled at the time of the theft, where the action was brought, and where the goods were physically located at the time of the theft and at the time the court was seised. Italy, instead, was the place where the defendant was domiciled, where the challenged sale took place, and where the goods were physically located at the time both of the sale and of the delivery of the goods under the contract.

Failing an *ad hoc* private international law rule for cultural objects, the court resorted to the traditional conflict of laws principle, stating that the validity of the transfer and its effect was governed by the *lex*

²⁰ *Winkworth vs Christie, Manson & Woods Ltd* [1980] Ch. 496, [1980] 1 All E.R. 1121. See, L. NICOLAZZI, A. CHECHI, M.-A. RENOLD, «Affaire Collection japonaise de Netsuke – Winkworth c. Christie's», *Plateforme ArThemis* (<http://unige.ch/art-adr>), Centre du droit de l'art, Université de Genève, 2014; D.W. ROWE, «Stolen Property in the Conflict of Laws», *Canterbury Law Review*, vol. 1, 1980, pp. 71-82.

²¹ The rule —originated in the Middle Ages— used to apply to goods sold in an «open market», according to the usage of the market. It provided for the acquisition of good title by the good-faith purchaser. The exception is no longer available in the current legislative framework, having been abolished by the Sale of Goods (Amendment) Act 1994. On the market overt, see, G. BATTERSBY, «The Sale of Stolen Goods: A Dilemma for the Law», *The Modern Law Review*, vol. 54, 1991, pp. 752-757; J.L. LAP, «Appraising the Market Overt Exception», *Journal of International Commercial Law and Technology*, issue 3, 2008, pp. 254-258; D.E. MURRAY, «Sale in Market Overt», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 9(1), 1960, pp. 24-52; J.G. PEASE, «The Change of the Property in Goods by Sale in Market Overt», *Columbia Law Review*, vol. 8(5), 1908, pp. 375-383.

rei sitae/lex loci rei (i.e. the law of the country where the movables were located at the time of the transfer).²²

The *lex rei sitae* is a traditional widespread criterion in private international law, whose use was already attested in the Middle Ages.²³ However, its suitability as a connecting factor was debated in the past and part of the legal doctrine favored the *lex domicilii* or the *lex loci actus*.²⁴ In the English legal system, for instance, judicial opinions were still conflicting at the end of the 19th century. It is only since *Cammell v Sewell* (1858) that the *lex situs* theory seems to have been accepted as a general principle.²⁵

With time, the *lex rei sitae* has become the chosen criterion by national legislators and private international law theorists for its ability to safeguard the interests of buyers in relation to third parties.²⁶ Furthermore, since it has become a widespread solution, its adoption offers the advantage of guaranteeing a certain level of harmonization at the global level.²⁷

In confronting hypotheses of acquisition of title by uninterrupted possession under good faith, however, the criterion by itself may lead to uncertainty. This is the case when the goods are moved from one country to another pending the possession *ad usucapendi* (adverse possession), therefore, causing a s.-c. *conflit mobile*.²⁸ To avoid any

²² Dicey Rule 124, para. 24R-001.

It is worth noting that the court acknowledged the existence of numerous connecting factors with the English territory, addressing their relevance in determining the law applicable. In refusing English domestic law, the court declared that «[i]ntolerable uncertainty in the law would result if the court were to permit the introduction of a wholly fictional English situs, when applying the principle to any particular case, merely because the case happened to have a number of other English connecting factors».

²³ B. AKKERMANS, E. RAMAEKERS, «Lex Rei Sitae in Perspective: National Developments of a Common Rule?», *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, n. 14, 2012, <https://ssrn.com/abstract=2063494> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2063494>, §2; H. YNTEMA, «The Historic Basis of Private International Law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 2(3), 1953, pp. 297-317.

²⁴ Ernst Wolff, in: K. LIPSTEIN, «Conflict of Laws before International Tribunals (A Study in the Relation between International Law and Conflict of Laws)», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 27 (Problems of Peace and War), 1941, p. 177.

²⁵ *Cammell v. Sewell* (1858) 3 H. & N. 617; on appeal (1860) 5 H. & N. 728.

²⁶ J.P. NIBOYET, *Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits*, Paris, R. Sirey, 1912, pp. 14 et 20 ff. (cited by A. BAGGE, *Les conflits de lois en matière de contrats de vente de biens meubles corporels*, Recueil des cours, vol. 125, 1928, p. 209, fn 1) highlights the *situs rei* as a connecting factor for proprietary rights also with regard to the formalities that may be imposed for the transfer of property.

²⁷ Such an advantage has been expressly taken into consideration by the Italian legislators in reforming the national system of Private International Law (see Preparatory Works of the 1995 Reform of Italian Private International Law, *sub art.* 49).

²⁸ F. RIGAUX, «Espace et temps en droit international privé», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 22, 1989, pp. 107-123; F. RIGAUX, *Le Conflit Mobile En Droit International Privé*, Recueil des cours, vol. 117, 1966; F.C. SAVIGNY, *Private International Law and*

uncertainties, the *lex rei sitae* need to be integrated with a further element able to stabilize the law: a time indication to use as a reference point. As a result, to solve the *conflit mobile*, the general rule currently combines a territorial element (the location of the good) with a time element (the moment in which all the conditions for the conferral of ownership are satisfied under the *lex rei sitae*). Accordingly, the definitive connecting factor is the *loci situs* at the time of the acquisition of the title.²⁹

When cultural property comes into play, further issues arise. In particular, the *lex rei sitae* creates potential uncertainties in consideration of the influence of public interests. As above-mentioned, in the clashing of art market interests, inherent public interests in cultural heritage especially affect the regulatory framework to the point of excluding from trade certain cultural goods as *res extra commercium*, or of granting the actionability of restitution claims in contrast with and overcoming the ordinary legal regime.³⁰ Whenever the cultural property is subjected to public limits, a court may be asked to decide over the contrast of the title with a foreign public law or over the violation of foreign public laws by the possessor or the owner of the good.³¹ The very same foreign State may initiate an action on the basis of the violation of its own public laws.

the Retrospective Operation of Statues – A Treaties on Conflict of Laws, and the Limit of Their Operation in Respect of Place and Time [translated by William Guthrie], Edinburgh, T&T Clark, 1880, § 383.

²⁹ See, for instance, art. 53 of the Italian Private International Law Act (Legge n. 218, 31/05/1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato): «[l]’usucapione di beni mobili è regolata dalla legge dello Stato in cui il bene si trova al compimento del termine prescritto».

³⁰ This is the case, for instance, of the United States *Holocaust Expropriated Art Recovery Act* enacted in 2016 with the aim of offering a possibility to claim the restitution of Nazi-looted art, despite all the years passed since the events. Specifically, the norm provides a limited-time exception on the statute of limitations for claims aiming at recovering property lost between 1933 and 1945.

³¹ Two cases may serve as an example. The first —*Governo di Francia vs Pilone e Ministero dei beni culturali*— deals with the request for the recovery of cultural objects *extra commercium* under French law, in front of Italian tribunals [Tribunale di Roma 27 giugno 1987; Corte d’Appello di Roma n. 2107/1992; Cass. Civ., n. 12166/1995, *Foro Italiano*, vol. 119(3), 1996, 907 (commented by S. Benini)]. The second —*Government of Islamic Republic of Iran vs The Barakat Galleries Limited*— addresses the issue of the applicability of state ownership law over undiscovered cultural objects [Court of Appeal, 21-12-2007, *Government of Islamic Republic of Iran vs The Barakat Galleries Limited*, [2007] EWCA Civ. 1374.]

For a comment, see A. CHECHI, R. CONTEL, M.-A. RENOLD, «Case Jiroft Collection – Iran v. The Barakat Galleries Ltd.», *Platform ArThemis* (<http://unige.ch/art-adr>), Centre du droit de l’art, Université de Genève, 2011; S. FERRAZZI, *Riflessioni sul genus “bene culturale” in prospettiva comparata e internazionale*, Naples, ESI, 2023, p. 194 ff. and 213; M. WELLER, «Iran v. Barakat: Some Observations on the Application of Foreign Public Law by Domestic Courts from a Comparative Perspective», *Art Antiquity and Law*, vol. 12(3), 2007, pp. 279-295; M. WANTUCH-THOLE, *Cultural Property in Cross-Border Litigation – Turning Rights into Claims*, Berlin, de Gruyter, 2015, 13 ff.

For a long time, national practices have tended towards the non-applicability *a priori* of foreign public laws that are part of the foreign law designated by the rules of private international law.³² The legal doctrine has challenged this principle.³³ In particular, the *Institute de Droit International* has addressed the topic in two resolutions of the 70s: the 1975 Wiesbaden Resolution³⁴ and the 1977 Oslo Resolution³⁵.

The Wiesbaden Resolution declares that it has «*no cogent theoretical or practical reason*» and it often results in a mere duplication of public policy. It also highlights that an *a priori* veto towards public laws may lead to undesirable results, inconsistent with international cooperation values. Thus, the only ground for refusing the applicability of a foreign public law should be the public policy exception.

Focusing on claims made by foreign public bodies on provisions of their own public law, the Oslo Resolution draws the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*, depending on whether the subject-matter of the claim is related to the exercise of Governmental powers or to private law claims. Only the first ones should, in principle, be considered inadmissible, but exclusively insofar they are not justified in view of the needs of the principle of international cooperation or of the interests of the States concerned.³⁶ With respect to this latter point, it should be taken into consideration that, over the years, the international community's role in the field of cultural heritage law has been progressively expanding to the point that international cooperation can now be considered a pillar of cultural heritage protection.

III. THE INTERNATIONAL LAW APPROACH

For addressing the topic from an international law perspective, two are the main conventions to examine: the 1970 UNESCO Convention³⁷

³² M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Milan, Giuffrè, 2001, p. 32.

³³ M. FRIGO, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, The Hague, Académie de Droit International de La Haye, 2016, pp. 145 ff.; C. ROODT, *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 312 ff.

³⁴ Institut de Droit International, L'application du droit public étranger – Session of Wiesbaden-1975, XX Commission (Rapporteur: M. Pierre Lalive), http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1975_wies_04_fr.pdf.

³⁵ Institut de Droit International, Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public —Session of Oslo—1977, XX Commission (Rapporteur: M. Pierre Lalive), http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1977_oslo_01_fr.pdf.

³⁶ The assessment is made «from the viewpoint of the State of the forum and taking account of the right of the defendant to equitable treatment in his relations with the authority or body in question».

³⁷ UNESCO Convention on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property, 14 November 1970, United Nations Treaty

and the 1995 UNIDROIT Convention³⁸. Although to a different extent, they both deal with the issue of the international restitution of cultural property and, thus, with claims on proprietary rights over cultural objects.

As known, the restitution of cultural objects illicitly removed from their territory of origin was established for the first time as a general principle at the international level by the 1970 UNESCO Convention. However, it does not create a discipline of uniform law nor establishes a conflict of laws rule. Instead, it addresses the matter in two different ways.

The first way is the creation of a non-judiciary request for restitution. The request needs to be made through diplomatic offices, submitting documents and evidence necessary to prove the claim. At the request of a foreign authority, art. 13 requires the country where the cultural goods are located to «*take appropriate steps to recover and return*» the property. Two conditions need to be satisfied. First, the cultural property must have been stolen from a museum, a religious or secular public monument, or a similar institution (after the entry into force of the Convention). Second, the inventory of the institution must include that property. The interpretation of this rule is debated.³⁹ What should be remarked here is that —within the operative framework of art. 7— the conflict of laws issue on the validity of the title is circumvented. In fact, the Convention imposes a duty of restitution even if a valid legal title exists under domestic law, making the matter irrelevant.

The second way in which the Convention deals with the issue is a norm even more enigmatic, art. 13.⁴⁰ Its scope of application embraces privately owned property, without any further condition. The norm does not offer a specific procedure, but it simply requires States Member to undertake, «*consistent with the laws of each State, [...] to admit actions for recovery of lost or stolen items of cultural property*». Without going into details of its interpretation and its efficacy, it is worth noting that there is no reference nor any indirect effect on the law applicable to the merits of the dispute. Any claims on the title will be solved by the court in conformity with the law applicable to the merits, as identified under the *lex fori* conflict of laws rules.

Series 823:231-252.

³⁸ UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, 24 June 1995, United Nations Treaty Series 2421:457-484.

³⁹ P. O'KEEFE, *Commentary on the 1970 Unesco Convention*, Leicester, Institute of Art & Law, 2007, sub art. 7; O'KEEFE, P., *Commentaire relatif à la Convention de l'Unesco de 1970 sur le trafic illicite des biens culturels*, Paris, UNESCO, 2014, sub art. 7.

⁴⁰ P. O'KEEFE, *Commentary on the 1970 Unesco Convention ... op.cit.*, sub art. 13; P. O'KEEFE, *Commentaire relatif à la Convention de l'Unesco de 1970 ... op.cit.*, sub art. 13; S. FERRAZZI, *Riflessioni sul genus "bene culturale"*..., *op. cit.*, p.129 ff.

The 1995 UNIDROIT Convention creates two different actions for the recovery, respectively, for stolen («restitution») and illicitly exported («return») cultural objects.⁴¹ Even this Convention does not establish a conflict of laws rule. However, its indirect impact is wider.

It creates a uniform *minimum* regime for a *non domino* acquisitions. Of pertinence here, the restitution is *per se* compulsory. However, the possessor may be entitled to the payment of a «*fair and reasonable compensation*», subject to proof that the possessor did not know nor ought reasonably to have known the illegal provenance of the object and that it exercised due diligence in acquiring the object.

The law applicable to the merits may still influence the content of the final decision since, in the case of stolen property, the compensation is due only if consistent with the *lex fori* (art. 4(2)). Furthermore, art. 9 identifies the principles of the Conventions as a minimum level of protection, establishing a *favor restitutionis*. Under such premises, the law applicable will not interfere with the outcome (the object should be restituted), but with its conditions.

The UNIDROIT Convention also tackles the issues of foreign public laws with respect to State ownership of undiscovered cultural objects, by equating theft and unlawful excavation (or unlawful retention of lawfully excavated finds), provided that the law of the State where the excavation took place says so (art. 3).⁴² Thus, all the antiquities illegally removed from the State of origin will fall under the scope of application of the Convention. In this way, the Convention solves any possible legal restraints against the recognition of *iure publico* ownership at the national level⁴³.

⁴¹ G.A.L. DROZ, «La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés», *Revue critique de droit international privé*, 1997, pp. 239-281; C. FOX, «The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: An Answer to the World Problem of Illicit Trade in Cultural Property», *American University International Law Review*, vol. 9(1), 1993, pp. 225-267; M. FRIGO, «La Convenzione dell'UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, pp. 435-468; A. GARDELLA, «Nuove prospettive per la protezione internazionale dei beni culturali: la Convenzione dell'Unidroit del 24 giugno 1995», *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12(4), 1998, pp. 997-1030; P. LAGARDE, «La restitution internationale des biens culturels en dehors de la Convention de l'UNESCO de 1970 et de la Convention d'UNIDROIT de 1995», *Revue de droit uniforme*, 2006, pp. 83-92.

⁴² A.L. CALVO CARAVACA, «Private International law and the Unidroit convention of 24th June 1995 on stolen or illegally exported cultural objects», in: MANSEL, H.P., PFEIFFER, T., KRONKE, H., KOHLER, C., and HAUSMANN, R. (eds), *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, Sellier, 2004, p. 93 ff.

⁴³ See, in the case law, *United States v. McClain*, 545 F.2d 988, 996 (5th Cir. 1979). S. JANEVICIUS, A. CHECHI, M.-A. RENOLD, «Case Pre-Columbian Archaeological Objects – United States v. McClain», *Platform ArThemis* (<http://unige.ch/art-adr>), Centre du droit de l'art, Université de Genève; S. FERRAZZI, *Riflessioni sul genus "bene culturale"...*, *op. cit.*, p. 211 ff.

The analysis of the conventions shows that even without providing any uniform choice of law criteria, international law nevertheless demonstrates special sensitivity to problems arising from the application of traditional conflict of laws principles, addressing them through other legal tools.

IV. THE EMERGENCE OF “CULTURAL” CONFLICT OF LAWS RULES

The idea of addressing the problem from a private international law prospect has long been considered.⁴⁴ In 1991, the *Institut de Droit International*'s Basilea Resolution⁴⁵ has recommended the *lex originis* as the law to apply both to the transfer of ownership of property belonging to the cultural heritage of a State (art. 2) and to provisions governing the export of cultural objects (art. 3).⁴⁶

In recent years, the *lex originis* has been enacted at the national level by several States.

In the 2004 *Code de droit international privé*, the Belgian legislator—inspired by the evolution of International Cultural Heritage Law—has inserted a conflict of laws provision dedicated to cultural property: art. 90.⁴⁷ The rule regulates claims based on an illegal export of objects part of the cultural heritage of that State. According to art. 90,

⁴⁴ Z. CRESPI REGHIZZI, «Profili di diritto internazionale privato del commercio dei beni culturali», in CATANI, E., CONTALDI, G., and MARONGIU BUONAIUTI, F. (eds), *La tutela dei beni culturali nell'ordinamento internazionale e nell'Unione europea*, Macerata, eum, 2020, p. 167 ff.; D. FINCHAM, «How Adopting the Lex Originis Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property», *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 32(1), 2008, pp. 111-150; M. FRIGO, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable... op. cit.*, p. 409 ff.; E. JAYME, «Internationaler Kulturgüterschutz: Lex originis oder lex rei sitae. Tagung in Heidelberg», *Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 10, 1990, pp. 347 ff.; M.-A. RENOLD, «Cross-border restitution claims of art looted in armed conflicts and wars and alternatives to court litigations – Study for the Juri Committee» [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556947/IPOL_STU\(2016\)556947_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556947/IPOL_STU(2016)556947_EN.pdf), 2016; S. SYMEONIDES, *Choice of Law*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 586 ff.; K. SIEHR, «The lex originis for cultural objects in European Private International Law», in VENTURINI, G., BARIATTI, S. (eds), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato – Liber Fausto Pocar*, Milan, Giuffrè, 2009, p. 889 ff.

⁴⁵ Institut de Droit International, La vente internationale d'objets d'art sous l'angle de la protection du patrimoine culturel —Session of Basilea—1991, XXII Commission (Rapporteur: Antonio de Arruda Ferrer-Correia), https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_04_fr.pdf.

⁴⁶ M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali ...*, op.cit., pp. 17-18; E. JAYME, «Protection of Cultural Property and Conflict of Laws: The Basel Resolution of the Institute of International Law», *International Journal of Cultural Property*, vol. 6, 1997, pp. 376-378.

⁴⁷ Loi portant le Code de droit international privé, 16 July 2004, art. 90 - Droit applicable au bien culturel: «Lorsqu'un bien qu'un Etat inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet Etat de manière illicite au regard du droit de cet Etat au moment de son exportation, sa revendication par cet Etat est régie par le droit dudit Etat en vigueur à ce moment ou,

in bringing the action, the State is granted the choice between the *lex originis* and the *lex rei sitae*. Furthermore, special attention is paid to a *non domino* acquisitions, providing that if the *lex originis* does not guarantee any legal protection to the good faith purchaser, the latter has the right to ask for the protection granted by the *lex rei sitae*.

In 2011, Albania implemented an identical provision.⁴⁸ The 2005 Bulgarian Private International Law Code too contains the right to choose between the *lex originis* and the *lex rei sitae*, in State claims⁴⁹. However, it does not grant any special right to the good faith purchaser. The State whose export laws have been violated has the final say on the choice of law.

It should be noted that the very notion of *country of origin* in the Basilea Resolution seems to be different from the one adopted at the national level. While the former refers to the country of origin as «*the country with which the property concerned is most closely linked from the cultural point of view*» (art. 1(b)), the just mentioned national laws refer to export State. The difference may be considered not as striking once taken into consideration that each of the three norms requires the export State to be also culturally connected with the object («*good being part of the cultural heritage of a State*»).

Nevertheless, the difference should not be underestimated. The concept of country of origin is by itself ambiguous. Cultural objects may relate to more than one State, both from a legal and a cultural point of view. The inclusion of an object into the cultural heritage of one State may depend on several factors as, for instance, the nationality of the author, the nationality of the scientific group that discovered it,

au choix de celui-ci, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication.

Toutefois, si le droit de l'Etat qui inclut le bien dans son patrimoine culturel ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication».

See, K. SIEHR, «The *lex originis* for cultural objects...», *op.cit.*, p. 889 ff.

⁴⁸ LIGJ Nr.10 428, datë 2.6.2011 për të drejtën ndërkombëtare private, art. 40 – Mbrojtja e trashëgimisë kulturore: «1. Kur sendet, që përfshihen në trashëgiminë kulturore të një shteti, dalin jashtë territorit të tij në mënyrë të paligjshme, rivendikimi i tyre rregullohet nga ligji i shtetit nga ku ka dalë sendi, në fuqi në kohën e daljes së sendit. Shteti, nga i cili ka dalë sendi, mund të zgjedhë të zbatojë ligjin e shtetit, në territorin e të cilit gjendet sendi në kohën e rivendikimit të tij.

2. Megjithatë, nëse ligji i shtetit, ku sendi përfshihet në trashëgiminë e tij, nuk merr parasysh mbrojtjen e poseduesit në mirëbesim, ky i fundit mund të kërkojë mbrojtjen që i siguron ligji i shtetit, në territorin e të cilit gjendet sendi në kohën e rivendikimit të tij».

⁴⁹ Кодекс на международното частно право, DV, n.42 of 17 May 2005, art. 70 – Културни ценности: «Когато дадена вещь, включена в културното наследство на една държава, е неправомерно изнесена от нейната територия, искането на тази държава за връщане на вещта се урежда от нейното право, освен ако тя е избрала да се прилага правото на държавата, на чиято територия вещта се намира към момента на предявяване на искането за връщане».

the length of time the object has been in a country, the nationality of the patron, the influence exercised on the national culture, the change in national borders.⁵⁰

This is why using «origin» as a connecting factor may raise issues of unpredictability. In addressing the problem, the Basilea Resolution provides an autonomous definition, still —however— subjective. The phrase «*most closely linked*» requires further elaboration on which kind of links to ponder and how to assess the closeness. However, elements to reduce the uncertainty can be found in the definition of works of art as good «*identified as belonging to the cultural heritage of a country by registration, classification or by any relevant internationally accepted method of publicity*» (art 1(1)a). Thus, under the Resolution, the State of origin needs also to have had legally included the object in its cultural patrimony through an explicit measure.

The solution implemented by Belgian, Albanian, and Bulgarian legislators is objective. The combination of what we can name as «*patria originis*» with the *situs rei* results in identifying the State of origin as the place where the goods were located at the time of the illicit export. The additional references to national cultural heritage, while raising a certain degree of uncertainty, aim at better implementing the underlying rationale. That is to say, the aim of special criteria is related only to the protection of national cultural heritage. Ordinary cases of violation of export limits not related to the protection of national cultural patrimony *per se* fall outside the scope of this special discipline, even if they concern cultural good.

V. CONCLUSIONS

The introduction of *ad hoc* criteria of international private law has been perceived as a paradigm shift.⁵¹ The studies over the illicit trafficking of cultural objects has shown how the legal framework plays a crucial role in facilitating the trafficking.⁵² Goods are usually moved

⁵⁰ See also Art. 4 of the 1970 UNESCO Convention.

⁵¹ Centre d'Etude sur la Coopération Juridique Internationale. 2011. Étude sur la prévention et la lutte contre le trafic illicite des biens culturels dans l'Union européenne —Rapport final. CECOJI-CNRS— UMR 6224 (France), p. 118.

⁵² D. CHAPPELL, K. POLK, «Unraveling the “Cordata”: Just How Organized is the International Traffic in Cultural Objects?», in MANACORDA and S. CHAPPELL D. (eds), *Crime in the Art and Antiquities World - Illegal Trafficking in Cultural Property*, New York, Springer, 2011, pp. 99-113; M. M. KERSEL, «From the Ground to the Buyer: A Market Analysis of the Illegal Trade in Antiquities», in BRODIE, N., KERSEL, M.M., LUKE, C., and TUBB, K.W. (eds), *Archaeology, Cultural Heritage and the Antiquities Trade*, Gainesville, University Press of Florida, 2006, pp. 188-205; P. B. CAMPBELL, «The Illicit Antiquities Trade as a Transnational Criminal Network: Characterizing and Anticipating Trafficking of Cultural Heritage», *International Journal of Cultural Property*, 2013, vol. 20(2), pp. 113-153; S. MACKENZIE, *Going, going, gone: Regula-*

through countries or to countries whose legal system may help in title washing or in legalizing the title. This is why, by inhibiting the rewarding relocation of cultural goods made with the purpose of having a more favorable *lex rei sitae* applicable, the adoption of the *lex originis* may help in tackling the illicit trafficking of cultural objects. At the same time, it limits the protection of cultural heritage to the level ensured by the State of origin, creating a virtuous mechanism in which the State has the responsibility to adapt national legislation to its scope without making use of more favorable foreign laws. However, this is true only insofar as the *lex originis* is not provided as an alternative, as currently is.

Furthermore, it should be noted that the advantages of the *lex originis* are exploited exclusively by States and not by private parties. First of all, under such rule, the claimant must be a State, not a private party. With respect to this, the main scope of the provision appears actually to be the protection of national cultural treasures, not of original owners in general. Secondly, the private party involved in the claim, may not have been able to predict the law applicable at the time of the acquisition of its title over the object. However, a certain extent of unpredictability can not be avoided. The adoption of the *lex rei sitae* simply shifts the burden coming from the unpredictability to States instead, relieving private parties.

In conclusion, the *lex originis* appears to be an alternative criterion only for restitution claims submitted by national entities. Up-to-day, no general conflict of law rule applicable to all cultural restitution claims has been enacted. What appears undeniable is that the international character of the circulation of cultural heritage deriving from the global soul of art-collecting makes private international law pivotal in addressing legal claims in the field. Thus, the future development of cultural heritage law both at the national and international levels will probably lead to the further expansion of the debate over the intertwining between private international law area and cultural heritage.

ting the Market in Illicit Antiquities, Leicester, Institute of Art and Law, 2005; S. MACKENZIE, N. BRODIE, D. YATES, *Trafficking Culture: New Directions in Researching the Global Market in Illicit Antiquities*, London, Routledge, 2019.

BIENES CULTURALES EN DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL

Rosa MIQUEL SALA*
Universität Bayreuth

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. FACTORES PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE, EN GENERAL: 1. Especiales características de los bienes culturales; 2. Problemas derivados de la aplicación de la *lex rei sitae* en relación con bienes culturales muebles; 3. Propuestas de lege ferenda. En particular, la Propuesta del GEDIP.— III. FACTORES PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN SUPUESTOS INTERREGIONALES, EN PARTICULAR: 1. Los litigios «entre Cataluña y Aragón» como hilo conductor: 1.1. Hasta la segregación de las parroquias de «La Franja de Ponent»/«La Franja oriental de Aragón»; 1.2. A partir de la segregación; 2. Determinación del Derecho civil aplicable. Relevancia de la plurilegislación civil, también en supuestos internacionales; 3. El actual marco normativo para la protección de bienes culturales en España: 3.1. Marco competencial; 3.2. Supuestos de inalienabilidad e imprescriptibilidad. Particular referencia al art. 28.3 LPHE; 3.3. Diferenciación entre bienes muebles e inmuebles; 3.4. Separación, traslado, disgregación; 4. Criterios para la determinación del régimen de protección autonómico aplicable: 4.1. Principio de territorialidad; 4.2. Principio de vinculación histórico-cultural.— IV. CONCLUSIONES: 1. Sobre la determinación de la *lex rei sitae*. Consideraciones de lege ferenda; 2. Sobre la determinación del régimen de protección autonómico aplicable.

I. INTRODUCCIÓN

Ante la ausencia de normas de conflicto en el derecho de la UE, en derecho español el estatuto real continúa determinándose en base al

* Wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät, Universität Bayreuth (rosa.miquel-sala@uni-bayreuth.de). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 31 de mayo de 2024.

art. 10.1 CC. Sin embargo, las particulares características de los bienes culturales, que explican tanto las vicisitudes que por desgracia sufren a menudo como la existencia de acusados intereses estatales en relación con los mismos, han hecho que se cuestione la idoneidad de la *lex rei sitae* en este concreto contexto y se plantee, por ejemplo, la posibilidad de recurrir a la *lex originis* para determinar el estatuto real o, como mínimo, ciertas cuestiones pertenecientes al mismo. La adopción de una solución conflictual específica para los bienes culturales podría, hipotéticamente, tener lugar mediante la adopción de un Reglamento Europeo – en cuyo caso debería decidirse si se adopta o no una «solución española»¹ para los supuestos interregionales —o mediante la inclusión de una norma *ad hoc* en el art. 10 CC, tal vez incluso en un apartado específico como ocurre con los derechos de propiedad intelectual. Aun asumiendo que ninguna de las dos posibilidades mencionadas parece inminente, un análisis de las cuestiones específicas que pueden plantearse en este contexto en supuestos puramente interregionales y la evaluación de la posible necesidad de un tratamiento diferenciado de estos supuestos se justifica, por un lado, teniendo en cuenta que se ha afirmado repetidamente² la necesidad de contar con un sistema específico de normas de derecho interregional. Por otro lado, no pueden ignorarse los desafíos jurídicos que plantea la actual diversidad de regímenes de protección de los bienes culturales existente en España, especialmente cuando se plantea la disyuntiva—típica en el contexto internacional—entre el retorno de bienes culturales a un entorno originario y la integridad de colecciones museísticas.

El examen de estas cuestiones va a iniciarse con una sintética exposición de los factores relevantes a la hora de determinar el estatuto real de los bienes culturales, en general (II). Acto seguido va a tratarse del régimen jurídico aplicable a nuestros supuestos interregionales, para lo que van a servir de hilo conductor, especialmente, los litigios sobre los bienes procedentes de las parroquias aragonesas que habían formado parte del Obispado de Lérida así como sobre los bienes procedentes del Real Monasterio de Santa María de Sigüenza (III). Para terminar, se expondrán una serie de conclusiones tanto por lo que respecta a la determinación de la *lex rei sitae* como a la coordinación entre regímenes imperativos de protección (IV).

¹ Véase por ejemplo el art. 36.1 del Reglamento Europeo de Sucesiones.

² Véase por ejemplo S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Derecho interregional. Claves para una reforma», *AEDIPr* 2003, pp. 37-74; J. J. PÉREZ MILLA, «Un derecho interregional entre gigantes», en Bayod, M.C./SERRANO, J.A. (coords.), *Cincuenta años de Derecho civil aragonés*, Institución “Fernando el Católico”, Zaragoza, 2018, p. 104 s.; J. ÁLVAREZ RUBIO, «La necesaria reforma del sistema español del derecho interregional», en *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gasteiz = Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide ikastaroak* núm. 1, Cízur Menor, Aranzadi, 1998, pp. 279-321; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «El derecho interregional: realidades y perspectivas», en FLORENSA I TOMÁS (Dir.)/FONTANELLAS MORELL (Coords.), *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 553-574.

II. FACTORES PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE, EN GENERAL

1. Especiales características de los bienes culturales

El concepto de bien cultural utilizado aquí a efectos prácticos hace referencia a bienes muebles e inmuebles de valor histórico-artístico relevante que normalmente (aunque no siempre) se encuentran específicamente protegidos por la legislación del Estado en el que se encuentran y/o del Estado del que son originarios y debidamente catalogados e inscritos en un registro público. Esta definición general es la adoptada, con los matices pertinentes, en los instrumentos de Derecho de la UE y de Derecho convencional destinados a asegurar su protección.³ El valor histórico-artístico de estos bienes, asociado muchas veces a su valor económico, ha provocado desde siempre el deseo de acopiarlos⁴ y la reticencia a devolverlos al propietario originario en caso de reclamación, recurriéndose en ocasiones a su traslado precisamente para lograr la aparición de obstáculos legales a dicha devolución. El hecho de que por regla general los bienes culturales se caractericen por poseer cierta antigüedad implica que a menudo habrán sido transmitidos en circunstancias anómalas que favorecían el expolio o la transmisión forzada (conflictos bélicos, regímenes dictatoriales),⁵ planteándose con cierta habitualidad la necesidad de determinar su propiedad debido a la adquisición por un tercero de buena fe, la posible prescripción de una acción reivindicatoria tras décadas de imposible ejercicio o la necesidad de compensar al tercer adquirente.

Es precisamente el valor histórico-artístico de estos bienes lo que genera, adicionalmente, acusados intereses estatales que se plasman tradicionalmente en normas imperativas que inciden en el propio régimen del derecho de propiedad limitando las facultades de los propietarios para disponer de los bienes, modificarlos o trasladarlos. Se ha afirmado con razón que en este ámbito el Derecho material se pone al servicio de la protección de los bienes culturales y que a menudo cuesta diferenciar en este ámbito a las normas de Derecho privado de las de Derecho público.⁶ Adicionalmente, se han dictado normas de Derecho

³ Véase con el necesario detalle sobre los conceptos empleados en el derecho español, europeo e internacional C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Granada, Comares, 2007, p. 40 ss.

⁴ Cosa que ya observaba Cicerón en sus discursos según apunta L. ANGUITA VILLANUEVA, *Adquisición a non domino de bienes culturales muebles en derecho español*, Madrid, Reus, 2022, p. 37.

⁵ Como en el caso del cuadro *Retrato de dama*, atribuido a Mengs y depositado en el Ayuntamiento de Burgos tras su incautación en 1938, que recientemente ha sido restituido a los herederos de su primitivo propietario.

⁶ H. STOLL, «Sachenrechtliche Fragen des Kulturgüterschutzes in Fällen mit Auslandsberührung», en R. DOLZER, E. JAYME y R. MUSSGNUG (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, Heidelberg, C.F. Müller, 1994, p. 53.

convencional⁷ e institucional⁸ claramente pensados para su aplicación en supuestos internacionales. No puede omitirse, para terminar, que los intereses estatales entorno a estos bienes no acostumbran a obedecer simplemente a la voluntad de protegerlos por su valor artístico sino también en tanto que símbolos de la historia y de la identidad nacionales. En este sentido, se ha puesto de relieve la existencia de una contraposición entre «dos modos de pensar»: uno «nacional» o «nacionalista» que concibe al patrimonio cultural como perteneciente al país de origen y otro «internacionalista» que considera a los bienes culturales como patrimonio de la humanidad y aboga por tanto por la ausencia de toda limitación al acceso a los mismos, a su tráfico y a su circulación⁹.

2. Problemas derivados de la aplicación de la *lex rei sitae* en relación con bienes culturales muebles

A primera vista, la aplicación de la *lex rei sitae* a los bienes culturales (particularmente los bienes muebles) parece insatisfactoria. En primer lugar, el conflicto móvil resultante si los bienes culturales muebles cambian su ubicación puede conducir a la aplicación de un ordenamiento imprevisible y que conlleve una la adquisición de la propiedad por un tercero de buena fe en supuestos de pérdida o robo no permitida según el Derecho aplicable en el lugar del que salió el bien.¹⁰ Se ignora así el principio de continuidad, mediante el cual se persigue garantizar la estabilidad de las relaciones jurídico-reales.¹¹ Por lo que respecta a la usucapión, una cuestión clásica es la relativa a la consideración de los periodos de posesión *ad usucapionem* acaecidos antes y después del traslado del bien. Se considera de forma pacífica que la posibilidad de tener en cuenta la posesión acaecida cuando el bien se encontraba aún en el Estado de origen debe considerarse una cuestión de derecho material, a resolver según la *lex rei sitae*.¹²

⁷ Principalmente la Convención UNESCO de 1970 contra el tráfico ilícito de bienes culturales y el Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995.

⁸ Principalmente la Directiva 2014/60/UE, cuya transposición se encuentra en la Ley 1/2017 de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014.

⁹ J. MERRYMAN, «Two ways of thinking about cultural property», *The American Journal of International Law*, vol. 80, No. 4. (Oct., 1986), pp. 831-853.

¹⁰ Para una comparación general de las reglas sobre adquisición de bienes robados o perdidos véase L. ANGUITA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 40-42; o J. SCHELLERER, *Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 12-30.

¹¹ J. M. FONTANELLAS MORELL, «Drets reals», en FONT I SEGURA, A., FONTANELLAS MORELL, J.M., GARDEÑES SANTIAGO, M. y GARRIGA SUAU, G., *Lliçons de dret internacional privat*, Barcelona, Atelier, 2024, p. 486.

¹² Véase por ejemplo J. M. FONTANELLAS MORELL, *op. cit.*, p. 486.

En segundo lugar, porque aunque *lex rei sitae* es una solución tan tradicional como extendida, no se ha aplicado uniformemente en los litigios sobre bienes culturales. Si bien la solución más extendida pasa por aplicar el Derecho correspondiente al lugar en el que se encuentra el bien en el momento de su adquisición, en algunos casos se ha aplicado el derecho del lugar en el que se encontraba el bien en el momento de presentar la demanda. Asimismo, aunque solo a nivel doctrinal, también se ha optado por considerar que el momento relevante para la determinación de la *lex rei sitae* es el del robo.¹³ Por último, teniendo en cuenta que las normas imperativas estatales que alteran el régimen de la propiedad se refieren exclusivamente a los bienes culturales del propio Estado y no a los procedentes de otros Estados, la aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes en el momento de su reclamación conduce, de producirse un traslado al extranjero, a la total desactivación de dicho régimen de protección, lo cual es especialmente llamativo teniendo en cuenta que la inalienabilidad, la inexportabilidad o los derechos de adquisición preferente obedecen al interés en evitar la dispersión de los propios bienes culturales, en principio común a todos los Estados.¹⁴

Una posible vía para obviar los problemas expuestos es la toma en consideración, a los efectos de determinar la ley aplicable, de los llamados «bienes muebles inmovilizados». Se ha afirmado que, como para un tribunal español los bienes separados del inmueble al que pertenecen mantienen su condición de inmuebles (atribuida por el art. 334 CC o por el art. 14 LPHE), a los efectos del art. 10.1 CC la *lex rei sitae* no será la del lugar en el que se encuentra la concreta porción que ha sido separada, sino la del lugar (dentro de España) en el que se encuentra el conjunto al que pertenece.¹⁵ Este resultado no impone solamente una calificación (como bien inmueble)¹⁶ sino que llega hasta el extremo de

¹³ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 227-230.

¹⁴ Véase por poner un ejemplo, el famoso caso Trib.civ. de la Seine, 17.4.1885 (*Duc de Frias c. baron Pichon*), 13 *Clunet* 593 (1886), en el que los tribunales franceses decidieron no aplicar las normas españolas según las cuales las *res sacrae* eran inalienables puesto que el interés social que subyacía al art. 2279 Code civil exigía la aplicación de dicha norma. El litigio versaba sobre la denominada *Coupe de Sainte Agnès*/Copa de Santa Inés/*Royal Gold Cup*, encargada por el duque de Berry en 1374, que llegó posteriormente a Inglaterra y que fue regalada por Jacobo I de Escocia a Juan Fernández de Velasco y Tobar, quien la donó a un monasterio burgalés en 1604.

¹⁵ V. FUENTES CAMACHO, «El patrimonio cultural mueble y el Derecho internacional privado (mecanismos de compate contra su dispersión)», en ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.), *Arte, Derecho y comercio internacional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 158; derivando este resultado del art. 18 LPHE y afirmando que debido a este artículo no sería válida la adquisición de un tercero C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 263.

¹⁶ Es decir, el tratamiento del bien como un bien inmueble por parte de la ley del Estado en el que este se encuentre efectivamente, que evitaría por ejemplo la aplicación de sus normas sobre adquisición *a non domino* de bienes muebles. Véase en este sentido B. CARRILLO CARRILLO, «Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y Derecho internacional privado», *Anales de la Universidad de Murcia*, 19 (2001), p. 224.

determinar el resultado de la aplicación de la norma de conflicto, con lo que se logra, aunque sea por una vía indirecta y atípica, la aplicación de la *lex originis* española. Y de acuerdo con esta ley se tendría que dilucidar, por tanto, si las normas aplicables a la disposición de estos bienes son o no las aplicables a los bienes inmuebles.¹⁷

La posibilidad de tener en cuenta la calificación de un bien como inmueble por destinación según el ordenamiento extranjero de origen después de su traslado se desestimó por la *Cour de Cassation* francesa en el asunto sucesorio *Stroganoff-Sherbatov*.¹⁸ Otro supuesto parecido se le planteó posteriormente en el asunto *Ville de Genève et Fondation Abegg c. Consorts Margail*, descartándose la aplicación del Derecho francés al considerar extinguido el vínculo con el inmueble.¹⁹ La doctrina alemana, por su parte, ha criticado el recurso a la calificación para controlar el resultado de la aplicación de la norma de conflicto.²⁰ Por

¹⁷ Así por ejemplo, sobre los bienes muebles inmovilizados considera M. Albaladejo que como su carácter «es pura ficción, [...] tales bienes se rigen por los preceptos propios de los muebles, cuando el hecho o acto que les afecte, se produzca fuera de la esfera de su relación con el inmueble. Por ejemplo, si el objeto que su dueño destina permanentemente al servicio del fundo, lo llega a poseer otro, por la razón que sea, en concepto de dueño, lo usucape por el transcurso del plazo que la ley fija para usucapir los muebles (así, C.c. art. 1955, y no art. 1957 y ss. que lo fijan para los inmuebles) o lo adquiere ex art. 464 (véase la sentencia de 25 de febrero 1992), o para donarlo no hace falta escritura pública, ni semejantes muebles inmovilizados tienen acceso al Registro de la Propiedad, no para enajenarlos o gravarlos hace falta al menor emancipado que lo consientan sus padres o curador, ni autorización judicial para que lo hagan representando al menor o incapaz sus padres o tutor, ni la competencia judicial cuando se ejerciten acciones reales sobre ellos es la de L.e.c., art. 52, 1º sino la del art. 50, 1, ni pasan de muebles a inmuebles en el art. 1591, aunque diga que sí la sentencia de 17 de diciembre 1997, la de 21 julio 2000 y las que cita apoyan la tesis que mantengo», véase M. ALBALADEJO, *Derecho civil I Introducción y parte general*, Madrid, Edisofer, 2006, p. 518, y en el mismo sentido y especialmente en relación con el art. 464 CC Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derechos reales mobiliarios e inmobiliarios, en Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, III, Madrid, Civitas, 2008 (BIB 2008\5492), p. 20.

¹⁸ *Cour de Cassation, première chambre civile, Arrêt du 3 mai 1973 Georges Stroganoff-Scherbatoff c./ Société Bensimon et Cie et Maurice Bensimon, Annuaire français de droit international*, vol. 22, 1976, pp. 930-933. La *Cour de Cassation* considera que la inclusión como «intangibles» e «indivisibles» de ciertos bienes en un mayorazgo constituido mediante decretos imperiales antes de la Revolución rusa (y, por tanto, la consideración como bienes inmuebles por destino de las obras de arte integrantes del mismo) no debía ser tomada en consideración por los tribunales franceses a pesar de no haber reconocido el régimen soviético hasta 1924 puesto que dichos decretos habían sido derogados en 1918 y además el resultado no era contrario al orden público francés.

¹⁹ *Cour de cassation (Assemblée plénière) Audience publique du 15 avril 1988 N° de pourvoi 85-10262 85-11198*. El asunto versaba sobre la propiedad de unos frescos románicos arrancados de los muros de una iglesia situada en los alrededores de Perpiñán, trasladados a Suiza y adquiridos por la ciudad de Ginebra y por un particular. Si bien la *Cour d'Appel* consideró que los frescos debían continuar considerándose bienes inmuebles por falta de *animus* en la separación, la *Cour de Cassation* consideró suficiente la separación física de los frescos para pasar a considerarlos bienes muebles, por lo que terminó aplicando derecho suizo al fondo del asunto. Véase en el mismo sentido la nota de P. KAHN, *Journal du droit international* 16 (1989). pp. 88-89.

²⁰ Así V. WIESE, *Der Einfluß des EG-Rechts auf das Internationale Sachenrecht der Kulturgüter*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, p. 168 s.

lo que respecta a la determinación del Derecho aplicable a las «pertenencias», que es la categoría del Derecho alemán más próxima a la de los bienes inmuebles por destinación, se considera que aquellas cosas que en su Estado de origen sean consideradas accesorios o pertenencias de un bien inmueble se considerarán situadas en el Estado en el que efectivamente se encuentren. Una excepción rige solamente si el bien mueble solo se encuentra de modo provisional en otro Estado.²¹

Una notable excepción a la aplicación de la *lex rei sitae* se encuentra, de todos modos, en la referencia a la *lex originis* en el art. 13 Directiva 2014/60/UE (art. 12 de la Ley 1/2017), según el cual la propiedad del bien cultural tras su restitución (al territorio del Estado miembro requirente, es decir, del Estado del que ha salido el bien de forma ilegal) se registrará por la legislación interna del Estado miembro requirente.

3. Propuestas de lege ferenda. En particular, la Propuesta del GEDIP

A la vista de lo expuesto, es legítimo plantearse si el régimen de determinación del derecho aplicable podría ponerse en mayor medida al servicio de la protección de los bienes culturales y cuáles deberían ser los concretos intereses a perseguir. Por lo que respecta a los intereses privados, parece que debería tenerse en cuenta muy especialmente el ya mencionado principio de continuidad, de modo que el propietario de un bien cultural perdido u objeto de una privación ilegal no pudiera perder la propiedad, a través de la adquisición de buena fe de un tercero, debido a un cambio en la ley aplicable como consecuencia de un traslado del bien. Teniendo en cuenta que lo mismo puede ocurrir con bienes muebles que no cuenten con un régimen especial de protección, parece razonable plantear la inclusión de una norma de conflicto aplicable a todos los supuestos de pérdida o privación ilegal²².

Un cambio de paradigma consistente en la aplicación de la *lex originis* permitiría la aplicación de las normas imperativas estatales que excepcionan el régimen general de la propiedad para los bienes culturales aun cuando dichos bienes fueran trasladados al territorio de

²¹ P. MANSEL, «Art. 43 EGBGB», en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Colonia/Berlin, Otto Schmidt/De Gruyter, 2015, n. 478; en general en todos los supuestos en los que un bien es subordinado a un bien inmueble H. STOLL, *op. cit.*, p. 57; A. MÜLLER-KATZENBURG, *Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 229.

²² Como hacía J. CARRUTHERS en el transcurso de las Jornadas que dieron lugar a la presente obra.

otro Estado.²³ Ello plantea la cuestión relativa a la determinación del origen de un determinado bien cultural. Según la Resolución de Basilea de 3 de septiembre de 1991 del Instituto de Derecho Internacional, esta sería la ley con la que el bien presenta los vínculos más estrechos.²⁴ Se ha puesto de relieve que los Estados determinan unilateralmente qué bienes forman parte de su patrimonio cultural y que ello podría dar lugar a abusos consecuencia de la avaricia estatal o museística²⁵ o, como mínimo, a situaciones dudosas.²⁶ También se han citado como posibles lugares de origen del bien aquel en el que los efectos se destinan regularmente al culto, mientras este se mantenga, la nacionalidad del autor o la «sede» del bien cultural en el sentido del lugar en el que se encuentra regularmente el bien según la voluntad del último propietario o el lugar para el que fue concebido.²⁷

Alternativamente, cabría plantearse la no adopción de una solución conflictual específica y la aplicación de las normas imperativas del Estado de origen del bien como normas de policía. De hecho, un ejemplo clásico de normas de policía se refiere precisamente a las normas imperativas que prohíben la exportación de bienes culturales,²⁸ pero también otras normas relativas a la inalienabilidad podrían considerarse sin más como normas de policía en el sentido del art. 9.1 Reglamento Roma I. Teniendo en cuenta esto, podría plantearse la posibilidad de aplicar o dar efecto a estas normas por la vía indirecta del art. 9 del Reglamento Roma I, en tanto que las mismas incidieran en la posibilidad de ejecutar las obligaciones derivadas del correspondiente contrato, si lo hubiera. Si bien no habría problemas en aplicar normas imperativas del foro (art. 9.2 RRI), del art. 9.3 RRI se deriva que dar efecto a las normas de policía del Estado en el que el bien cultural se encontraba originariamente y que hicieran la ejecución del contrato ilegal solamente sería posible si las obligaciones derivadas del contrato (la entrega) tuvieran que ejecutarse o se hubieran ejecutado en el Estado de origen de los bienes en cuestión.

²³ Véase por ejemplo la propuesta de S. SYMENONIDES, «A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property», *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 38 (2005), p. 1183.

²⁴ Citada por C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 271.

²⁵ V. WIESE, *op. cit.*, p. 45.

²⁶ Por ejemplo en el famoso caso *Jeanneret v. Vichey*, 693 F.2d 259, 261-262 (2d Cir. 1982), que versaba sobre el traslado de un cuadro de Matisse de Italia a Nueva York por su propiedad en contravención de las normas sobre exportación del patrimonio cultural italiano. El tribunal norteamericano cuestionó que un cuadro de Matisse pudiera tener la misma relación con Italia que un cuadro de Rafael o una *Madonna* de Bellini.

²⁷ E. JAYME, «Neue Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im internationalen Privatrecht», en R. DOLZER, E. JAYME y R. MUSSGNUG (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, Heidelberg, C.F. Müller, 1994, pp. 44, 45 y 48.

²⁸ Se trata de la famosa Sentencia del Tribunal Federal Supremo alemán de 22 de junio de 1972, en el que se declaró nulo un contrato de seguro de transporte marítimo sobre bienes culturales procedentes de Nigeria al haber sido estos exportados contraviniendo la prohibición existente en Derecho nigeriano (BGH 22.06.1972 - II ZR 113/70, NJW 1972, p. 1575).

La reciente Propuesta sobre la ley aplicable a los derechos reales sobre bienes corporales del Groupe Européen de Droit International Privé²⁹ contiene en sus arts. 9 a 11 reglas para la recuperación de objetos culturales robados o ilegalmente separados, y proporciona una respuesta a los problemas que se acaban de exponer. Su art. 10 da entrada a la autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito de los derechos reales permitiendo la elección entre el Derecho en el cual se hallaba el bien en el momento de robo o separación ilegal, el Estado en el cual el bien se hallaba después de la adquisición de la posesión por el demandado después del robo o de la separación ilegal o el Estado en el que se encontraba el bien en el momento de presentar la demanda. Además, el art. 10.2 regula directamente la posibilidad de que el órgano jurisdiccional competente ordene el reembolso de los gastos en que había incurrido el poseedor de buena fe para la adquisición y conservación del bien. En ausencia de una norma que establezca cuál tendría que ser el Derecho aplicable en defecto de elección, parece que debería aplicarse la regla general (*lex rei sitae*), contenida en el art. 4 de la Propuesta. Por último, debe valorarse positivamente que el art. 12 de la Propuesta recoja la definición de norma de policía del Reglamento Roma I y que en su apartado tercero permita, aunque sea solamente en relación con demandas de restitución de bienes culturales robados o separados ilegalmente, puede darse efecto a normas de policía destinadas a la protección de «tesoros nacionales» que no formen parte de la *lex causae* y con los que el supuesto presente un vínculo estrecho.

III. FACTORES PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN SUPUESTOS INTERREGIONALES, EN PARTICULAR

1. Los litigios «entre Cataluña y Aragón» como hilo conductor

Tras haber indicado, aunque sea de forma extremadamente simplificada, cuáles son las cuestiones que se presentan en supuestos internacionales, su actual tratamiento y las propuestas *de lege ferenda* en este ámbito, es posible abordar la problemática específica de los supuestos interregionales. Para ello se describirán en primer lugar dos litigios sobre la propiedad de bienes culturales que desgraciadamente han sobrevolado las relaciones entre las Comunidades autónomas de Cataluña y Aragón en las últimas décadas, que sirven para ilustrar perfectamente los desafíos legales que presentan los conflictos interregionales en España y en los que desde luego no cuesta identificar los

²⁹ GEDIP subgroup „rights in rem”, documento de 17 de septiembre de 2023 (<https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2023/06/The-law-applicable-to-rights-in-rem-in-corporeal-assets-%E2%80%9393-Consolidated-version.pdf>)

factores descritos en el apartado anterior.³⁰ Se trata del denominado «litigio de los bienes de la Franja» y del litigio sobre los bienes originarios del Real Monasterio de Santa María de Sigena.

1.1. *Hasta la segregación de las parroquias de «La Franja de Ponent»/«La Franja oriental de Aragón»*

En 1893 se fundó el Museo diocesano de Lérida, al cual se fueron incorporando paulatinamente obras de arte procedentes de parroquias de la Diócesis. Tal y como puede derivarse de una Circular firmada por el propio Obispo en el año 1895,³¹ la creación del museo obedecía tanto al deseo de mejorar la formación de los seminaristas como al loable propósito de salvar de la pérdida, robo o destrucción las obras de arte procedentes de las parroquias. La salida de las obras de sus parroquias iba normalmente acompañada de «respetables limosnas» para obras en la iglesia parroquial o de la reposición de los objetos litúrgicos que habían salido por otros de nueva factura³².

El Real Monasterio de Santa María de Sigena, regentado por una rama femenina de la Orden de San Juan de Jerusalén,³³ había sido uno de los más importantes de la Corona de Aragón y contaba con un importantísimo patrimonio artístico que le valió su declaración como Monumento Nacional en el año 1923. En 1970 las cuatro religiosas integrantes de la comunidad se instalaron en otro monasterio de la misma orden en Barcelona ante el deficiente estado de conservación del monumento y retiraron los bienes litigiosos para asegurar su conservación, aunque sin notificarlo al Ministerio competente. En documento privado 21 de abril de 1971 la comunidad de Sigena cedía supuestamente todos los bienes muebles e inmuebles del Monasterio a la comunidad de Barcelona. Sin embargo, el 10 de abril de 1972 la Priora del Monasterio de Sigena dejaba en depósito una colección de

³⁰ Para un tratamiento más detallado de ambos litigios, véase M. A. ANDREU MARTÍNEZ, *Sijena y Barbastro-Monzón. Controversias en la protección del patrimonio cultural confesional*, Madrid, Edisofer, 2020, así como, sobre el litigio de los bienes de Sigena, los comentarios a la STS 1/2021 en la nota 61.

³¹ Reproducida en la SJPI Lérida de 6 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:JPI:2010:15), FD 7º.

³² En Circular de 8 de noviembre de 1903 (citada por M. A. ANDREU MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 257, n. 393) afirmaba el propio Obispo que «[n]adie ignora tampoco, que hemos recogido los restos de la antigüedad en el Museo del Seminario cuando han sido dignos de figurar en él, dando generalmente alguna cosa a las iglesias, más bien como un afectuoso recuerdo que como precio de mercadería, porque no es decoroso descender al terreno de los contratos».

³³ No debe confundirse este litigio con el relativo a las pinturas de la Sala capitular, arrancadas y trasladadas a Barcelona tras el incendio del Monasterio en 1936, que actualmente se encuentran expuestas en el MNAC y cuyo retorno presenta importantes riesgos pero no es imposible a según se afirma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 2 de octubre de 2010 (ECLI:ES:APHU:2020:182).

objetos artísticos procedentes del Monasterio en el Museo de Arte de Cataluña. Tras el fallecimiento de su Priora, la comunidad aragonesa se integró en la comunidad barcelonesa, trasladada entre tanto a la localidad de Valldoreix. A pesar de la «fusión» de comunidades, el Monasterio de la Mare de Déu d'Alguaire i Sant Joan de Jerusalem de Valldoreix y el Real Monasterio de Santa María de Sigüenza seguían siendo dos personas jurídicas separadas. Por contrato privado de 21 de enero de 1983, elevado a escritura pública el 21 de abril de 1983, la Priora del Monasterio de Valldoreix, en representación de su Monasterio, vendía a la Generalitat de Catalunya un lote de 44 obras artísticas procedentes del Monasterio de Sigüenza. En la escritura se hacía constar que la Priora actuaba

en nombre y representación de la Orden de San Juan de Jerusalén, en Valldoreix, en su calidad de Priora, expresamente facultada para este acto en virtud de la certificación que presenta en original, librada por el secretario general y Canciller de la Diócesis de Lleida el 7 de febrero de 1983.

Posteriormente, en 1992 y 1994, tuvieron lugar dos ventas adicionales de lotes de obras de arte entre la Priora del Monasterio de Valldoreix y, respectivamente, la Generalitat y el MNAC, esta vez en contrato privado. Los tres contratos contaban con licencia del Obispo de Lérida. En 1993 se había dictado la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del patrimonio cultural catalán.

1.2. *A partir de la segregación*

El 15 de junio de 1995 la Congregación para los Obispos dictó el decreto *Ilerdensis Barbastrensis de finium mutatione* por el cual 111 parroquias del antiguo obispado de Lérida situadas en tierras aragonesas se integraban en el obispado de Barbastro-Monzón. El proceso de partición de la diócesis culminó en 1997. El día 1 de agosto de 1997, el Museo diocesano de Lérida se convirtió en el Museu de Lleida Diocesà i Comarcal y pasó a estar dirigido por un consorcio del que forma parte el Gobierno catalán. El entonces Obispo de Lérida solamente se mostró dispuesto a devolver los bienes de las parroquias segregadas que se poseyeran en depósito y no aquellas que se hubieran adquirido por compraventa.³⁴ Siguió un largo proceso canónico en la vía administrativa, cuyo primer resultado fue un Decreto de 29 de junio de 1998, según el cual debía considerarse que el patrimonio de las parroquias aragonesas estaba en la Diócesis de Lérida a título de depósito mientras no se probase lo contrario y que debía devolverse en caso de reclamación

³⁴ Para una lista de los bienes procedentes de Aragón, véase <https://www.heraldo.es/especiales/bienes-aragon/franja.html>

por sus propietarios, y que culminó con Acuerdo sobre la devolución del patrimonio histórico-artístico firmado por los Obispos de Lérida y de Barbastro-Monzón el día 8 de septiembre de 2008. En 1999, los bienes litigiosos habían sido catalogados por el Gobierno catalán en aplicación de la Ley 9/1993 y el Obispo de Lérida había firmado un Convenio por el cual estos se integraban en el nuevo Museo, que se inauguró el año 2007.

Ante el incumplimiento del Acuerdo de septiembre de 2008, el Obispo de Barbastro solicitó ante los tribunales civiles la obtención de un exequátur, lo que le fue denegado por el JPI de Barbastro y la Audiencia Provincial de Huesca.³⁵ Entre tanto, la Associació d'Amics del Museu Diocesà i Comarcal de Lleida había interpuesto demanda contra ambos Obispados alegando que el Obispado de Lérida había adquirido los bienes litigiosos por usucapión. En Sentencia de 6 de septiembre de 2010,³⁶ el JPI núm. 4 de Lérida aplicó el art. 10.1 CC y una vez identificado el Derecho civil catalán como el aplicable al fondo del asunto determinó que el Obispado de Lérida nunca había poseído (o pasado a poseer, como consecuencia de una interversión del concepto posesorio) a título de dueño y que por tanto no había podido adquirir la propiedad por usucapión.³⁷ Entre tanto, el Gobierno de Aragón procedió a catalogar los bienes litigiosos como BIC o inventariados de acuerdo con la Ley 3/1999 del Patrimonio Cultural aragonés, declaraciones que fueron impugnadas infructuosamente por parte de la administración catalana.³⁸ Siguió finalmente una Sentencia del JPI núm. 1 de Barbastro de 10 de diciembre de 2019³⁹ que decidió sobre una acción reivindicatoria sobre 111 bienes presentada por el Obispado de Barbastro-Monzón en

³⁵ Auto del JPII Barbastro de 31 de mayo de 2010 (ECLI:ES:JPII:2010:2A); Auto de la Audiencia Provincial de Huesca 29/2011 de 4 de marzo de 2011 (ECLI:ES:APHU:2011:1A).

³⁶ ECLI:ES:JPI:2010:15.

³⁷ En relación con la misma el Juzgado se planteó dos hipótesis: «1) o bien el Obispo Don. Victor Manuel y los siguientes titulares del cargo que recibieron los bienes de las Parroquias, lo hicieron no en virtud de un negocio traslativo de dominio sino en ejercicio de sus propias facultades canónicas de administración superior, con la finalidad de guardarlos, conservarlos y restaurarlos incluso, evitando su pérdida, y que fueran objeto de estudio en el Seminario, no poseyendo el Obispado en concepto de dueño y manteniéndose el dominio en las Parroquias; 2) o bien el Obispo Don. Victor Manuel y los siguientes Obispos, con una evidente carencia de buena fe (por tener perfecto conocimiento de que se estaban vulnerando las normas canónicas que regían la enajenación de bienes, normas esenciales que debían ser conocidas por un Obispo), realizaron con los Párrocos enajenaciones no admitidas por la ley canónica, consideradas nulas por no concurrir la preceptiva licencia de la Santa Sede para la validez del contrato traslativo de dominio, exponiéndose a las graves sanciones canónicas, pero poseyendo las piezas con animus rem sibi habendi o en concepto de propietario de las mismas». Esta segunda hipótesis se descartó en base a las afirmaciones del Obispo en las Circulares mencionadas.

³⁸ Véase al respecto SSTs (Sala 3ª) de 26 de mayo de 2015 n°2330/2015 (ECLI:ES:TS:2015:23302331/2015); 2331/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2331); 2332/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2332); n°2333/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2333); 2337/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2337).

³⁹ ECLI:ES:JPII:2019:130.

representación de 43 parroquias con intervención adhesiva simple del Gobierno de Aragón contra el Obispado de Lérida y el Consorci del Museu. El JPI desestimó la reconvencción tras llegar al mismo resultado que su homólogo leridano sobre la copiosa documentación que acreditaba las transacciones entre las parroquias y el Obispado y desestimó una posible usucapión en base a la aplicación cumulativa del Código civil y del Derecho civil catalán. Esta Sentencia ha sido paulatinamente ejecutada y los 111 bienes litigiosos se encuentran desde marzo de 2021 en el Museo Diocesano de Barbastro-Monzón.

Por lo que respecta a los bienes del Real Monasterio de Santa María de Sigüenza, que quedaban fuera del litigio anterior al ser dicho cenobio una entidad *sui iuris* según el derecho canónico, mediante Orden de 8 de agosto de 1997 el Consejero de Educación y Cultura de la Diputación General de Aragón ejercitó derechos de retracto para lograr la ineficacia de las compraventas concluidas por la administración catalana y el retorno de los bienes del Real Monasterio de Sigüenza a territorio aragonés. Siguió un conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional que culminó con Sentencia núm. 6/2012 de 18 de enero.⁴⁰ El día 9 de abril de 2012 la Comunidad Autónoma de Aragón interpuso demanda de juicio ordinario contra la Generalitat de Catalunya y contra la Orden de San Juan de Jerusalén, en la que solicitaba la declaración de nulidad de pleno derecho:

de las compraventas perfeccionadas entre la Comunidad Religiosa titular Real Monasterio de Sigüenza, las religiosas de la Orden de San Juan de Jerusalén, y la Generalitat de Cataluña, entre 1983 y 1992, y en consecuencia, se declare la nulidad de pleno derecho y se anulen los contratos de fecha 21 de abril de 1983, y 17 de diciembre de 1992, celebrados entre los demandados, y asimismo se declare la propiedad de los bienes objeto de dichos contratos a favor de la Orden Sanjuanista, condenando a los demandados (que procedieron a remover y dividir ilícitamente dichos bienes del exorno del monumento) a pasar por ello, reintegrándose de este modo al propietario la posesión material, y por lo tanto, se ordene su traslado al Bien de Interés Cultural Real Monasterio de Sigüenza, sito en el término municipal de Villanueva de Sigüenza, y todo ello con su expresa condena en costas.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Huesca como la Audiencia Provincial de Huesca afirmaron que los tres contratos litigiosos eran radicalmente nulos por infracción de normas imperativas (art. 6.3 CC). Tras interpretar las normas de protección del patrimonio cultural que consideró temporalmente aplicables a cada uno de los tres contratos litigiosos, el Tribunal Supremo llegó al resultado contrario, aunque confirmando —después de que en la Sentencia de la Audiencia Provincial

⁴⁰ BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012.

se hubiese apuntado esta cuestión «a mayor abundamiento»— que los tres contratos eran ineficaces para transmitir la propiedad debido a que la Priora del Monasterio de Valldoreix había vendido, exclusivamente como representante legal de su Monasterio, unos bienes que en realidad pertenecían al Real Monasterio de Santa María de Sigena, que no había sido formamente disuelto a pesar de que las monjas aragonesas se hubiesen integrado en la comunidad barcelonesa a la muerte de su Priora.⁴¹

2. Determinación del Derecho civil aplicable.

Relevancia de la plurilegislación civil, también en supuestos internacionales

Como se indicaba al principio, actualmente la determinación del Derecho civil español aplicable para la determinación del estatuto real tiene lugar en base al art. 16.1 en relación con el art. 10.1 CC. Es cierto que, como es sabido, por regla general los derechos forales o especiales contienen pocas reglas propias en materia de derechos reales y no abordan el régimen del derecho de propiedad. Sin embargo, existen dos notables excepciones: tanto en el Código civil de Cataluña (Libro Quinto) como en el Libro Tercero de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra se contienen normas en materia de derechos reales potencialmente aplicables a los mencionados supuestos de pérdida o privación ilegal de bienes culturales. Empezando por el Derecho civil navarro, deben destacarse las definiciones de bienes muebles e inmuebles en la Ley 347 y la regulación de la usucapión y de la posesión en las Leyes 356 a 364. El Derecho civil catalán, por su parte, regula de forma exhaustiva la posesión, la adquisición de los derechos reales (por ejemplo, por usucapión) y la propiedad. El art. 522-8 del Código civil de Cataluña, aplicable a adquisiciones a título oneroso, adopta claramente la teoría germanista y afirma por lo demás la reivindicabilidad en supuestos de pérdida, robo, hurto o apropiación indebida,⁴² a no ser que la adquisición haya tenido lugar «en subasta pública o en un establecimiento dedicado a la venta de objetos similares a dicho bien y establecido legalmente». También deben considerarse las normas sobre prescripción extintiva en ambos ordenamientos civiles.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) núm. 1/2021 de 13 de enero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1.

⁴² Extensión que critica P. DEL POZO CARRASCOSA, en DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 49 s.

3. El actual marco normativo para la protección de bienes culturales en España

3.1. Legislación estatal y autonómica

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴³ se deriva que el art. 149.2 CE le atribuye al Estado competencia legislativa en ámbitos que van más allá de los establecidos en el art. 149.1.28ª CE. El TC asume además la existencia de competencias concurrentes en materia de cultura, afirmando la competencia estatal en particular «en el área de preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que haga menester esa acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias». Con ello la cuestión relativa al reparto de competencias queda lejos de estar resuelta a juicio de la doctrina.⁴⁴ Todo ello se ha traducido en la coexistencia de la LPHE con las leyes autonómicas de protección de patrimonio cultural⁴⁵ que regulan las categorías de protección de los bienes culturales, pudiéndose constatar que algunas simplemente reproducen las categorías previstas en la LPHE aunque en parte con denominaciones distintas mientras que otras optan la inclusión de categorías de protección adicionales, con un nivel de protección inferior.⁴⁶ La diversidad normativa tanto por lo que respecta a la definición del objeto de protección como al alcance de la propia protección despierta fundados recelos en tanto que puede entorpecer la propia protección de los bienes.⁴⁷ A ello debe añadirse que, como se verá, la delimitación del ámbito espacial/material de protección de las normas autonómicas está siendo objeto de desarrollo jurisprudencial, impulsado en gran medida por los mencionados litigios relativos a obras de arte procedentes de Aragón.

⁴³ SSTC 49/1984, 157/1985, 106/1987 y 17/1991.

⁴⁴ Véase por ejemplo J. M. ABAD LICERAS, «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de patrimonio cultural histórico artístico: soluciones doctrinales», *Revista española de derecho constitucional*, Año núm. 19, núm. 55, 1999, pp. 133-184; R. CARRASCO NUALART, «Competencia en materia de cultura», *Revista catalana de dret públic*, Extra 1, 2010 (Ejemplar dedicado a: Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006), pp. 322-327.

⁴⁵ Accesibles en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=175&modo=2&nota=0&tab=2

⁴⁶ Véase en detalle C. LÓPEZ BRAVO, «Interrelación de las categorías legales de protección del Patrimonio Cultural en España», *PH: Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, Año nº 7 (27), pp. 83-90.

⁴⁷ Véase en este sentido de forma muy expresiva L. ANGUITA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 32 ss.

3.2. *Supuestos de inalienabilidad e imprescriptibilidad.* *Particular referencia al art. 28.3 LPHE*

Precisamente para evitar tanto la consolidación de la adquisición de terceros como que los bienes culturales inmuebles sean despojados de los elementos que los integran y puedan sustraerse en todo o en parte a la tutela de la administración competente en su lugar de origen es frecuente la aparición de limitaciones a la libertad de enajenarlos, de trasladarlos o de adquirirlos *a non domino* o por usucapión. Tomando como referencia a la LPHE, se constata que obedecen a estas finalidades, entre otros, el art. 18, el art. 28, el art. 29.1 o el art. 38, así como aquellas normas (arts. 14, 27) que concretizan qué puede considerarse, respectivamente, bienes culturales inmuebles y muebles y alcance de la declaración como bienes de interés cultural. Evidentemente, España no es el único Estado que cuenta con normas de este tipo.⁴⁸

Estas limitaciones se encuentran, *mutatis mutandis*, en las leyes autonómicas. Así se establece, por ejemplo, que los bienes de interés cultural que sean titularidad de la propia Comunidad autónoma serán imprescriptibles, inalienables e inembargables, salvo las transmisiones que puedan efectuarse entre entes públicos territoriales (así p. ej. art. 44 ley cántabra, art. 28 ley catalana). A ello se añade en algún caso (art. 24.4 ley valenciana, 48.2 de la ley asturiana, art. 28.2 ley catalana) que la enajenación de los bienes culturales titularidad de instituciones eclesiásticas se rige por la legislación estatal. Por supuesto esto no debería interpretarse como una problemática norma de Derecho interregional de origen autonómico, sino como una mera remisión al art. 28 LPHE. Mención especial merece la limitación a la libre circulación de bienes en todo el territorio español contenida en el art. 62 de la ley aragonesa, según el cual los bienes muebles incluidos en el censo general del patrimonio cultural aragonés que estén en posesión de instituciones eclesiásticas no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles. Dichos bienes solo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a la Comunidad autónoma, a las entidades locales aragonesas o a otras instituciones eclesiásticas con sede en Aragón.⁴⁹

⁴⁸ Véase por ejemplo los derechos de adquisición preferente sobre bienes culturales en derecho francés (art. L123-1 Code du patrimoine) o las normas sobre derechos de adquisición preferente o imprescriptibilidad de los bienes culturales muebles en la Lei de Bases do Património Cultural Português.

⁴⁹ Se ha indicado que esta norma se introdujo en el contexto del litigio sobre los bienes de las parroquias de la Franja de Aragón, v. S. GASPAS LERA, «Limitaciones a la libertad de enajenación de los bienes culturales», *Derecho Privado y Constitución*, vol. 42, enero-junio (2023), p. 66, n. 22.

El art. 28.3 LPHE establece que tanto los bienes culturales muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General que estén en posesión de instituciones eclesiásticas como los bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español y que sean titularidad de las administraciones públicas son imprescriptibles y que no se les aplica en ningún caso el art. 1955 CC. El alcance real de esta remisión se puede vislumbrar si se tiene en cuenta que la vulneración de las prohibiciones de enajenación *a determinados sujetos* contenidas en los art. 28.1 y 2 LPHE en relación con la Disposición Transitoria 5ª LPHE es, de acuerdo con el art. 44 RPHE, la nulidad absoluta. Obsérvese que ello impide afirmar con carácter absoluto que los bienes mencionados en el art. 28 sean «totalmente» *res extra commercium*.⁵⁰ Si la transmisión directa a los sujetos mencionados es nula, con mayor razón lo tiene que ser la adquisición *a non domino*, y ello debe regir con independencia de si el bien adquirido ha sido o no objeto de pérdida o de privación ilegal y del establecimiento en el cual se haya adquirido. Por otro lado, se ha defendido con apoyo en la STS (Sala 1ª) núm. 301/2019⁵¹ que la aplicación del art. 28.3 LPHE no tiene sentido en relación con adquisiciones de aquellos sujetos (Estado, entidades de Derecho público, instituciones eclesiásticas) a los que, de acuerdo con los arts. 28.1 y 2, se podrían enajenar legalmente los bienes allí mencionados y que por tanto dichos sujetos pueden adquirir *a non domino* de acuerdo con lo previsto en los arts. 464 CC, 85 Ccom y 61 LOCM.⁵² De mantener esta postura, y teniendo en cuenta que con respecto de los bienes que no han sido objeto de pérdida o privación ilegal el Tribunal Supremo adopta mayoritariamente la teoría germanista y que la misma se asume expresamente en el art. 522-8 CCCat, debería concluirse forzosamente que la imprescriptibilidad de los bienes mencionados en el art. 28 LPHE⁵³ no puede ser obstáculo a su adquisición *a non domino* por el Estado, las entidades de Derecho público o las instituciones eclesiásticas. Es posible plantearse, sin embargo, si hoy en día sería posible la adquisición *a non domino* de una administración distinta a la aragonesa de aplicarse el art. 62 de la ley aragonesa, y también si esta norma sería aplicable de estar el bien en cuestión situado (y catalogado) en otra Comunidad autónoma en el momento de la compraventa.

La remisión general al art. 1955 CC en el art. 28.3 LPHE es problemática adicionalmente si se tiene en cuenta la posible aplicabilidad del derecho catalán o del derecho navarro en tanto que *lex rei sitae*, acaso

⁵⁰ Rotundamente en este sentido STS núm. 1/2021 de 13 de enero (FJ 37.10º) y L. ANGUITA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 54 s.

⁵¹ Véase STS núm. 301/2019, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1972), FJ 3º.3: «[...] solo quienes pueden adquirir estos bienes pueden pretender haberlos adquirido “a non domino” en subasta pública».

⁵² Aunque reconociendo que su postura es minoritaria, véase ANGUITA VILLANUEVA, L., *op. cit.*, p. 54 ss. y con cita de la doctrina en sentido contrario n. 74.

⁵³ Reafirmada en la STS núm. 1/2021, FJ 42º.

a consecuencia de un conflicto móvil tras el traslado del bien a Navarra o Cataluña. Lo mismo regiría si la ley aplicable fuera extranjera.⁵⁴ Teniendo en cuenta también esto, tal vez sería recomendable suprimir toda referencia al art. 1955 del art. 28.3 LPHE y redactar de nuevo la norma en el sentido de que no es posible adquirir por usucapión ningún derecho en relación con los bienes mencionados en los dos apartados anteriores y que solamente aquellos sujetos a quienes se pueden enajenar dichos bienes los pueden adquirir *a non domino* de acuerdo con la legislación civil que resulte aplicable.

3.3. *Diferenciación entre bienes muebles e inmuebles*

En el presente contexto es especialmente relevante la diferenciación entre bienes culturales muebles e inmuebles. Si bien los derechos de tanteo y retracto de la administración (art. 38 LPHE y leyes autonómicas) existen en relación con todos ellos, como ya se ha visto solamente los bienes muebles de interés cultural o inventariados son imprescriptibles y solamente se pueden enajenar a las administraciones públicas. El art. 14.1 LPHE se refiere, además de a los bienes inmuebles enumerados en el art. 334 CC, a elementos que puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su entorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos. Se ha interpretado que los bienes «consustanciales con los edificios» forzosamente deben diferenciarse de los bienes inmuebles por incorporación o por destino, puesto que los mismos ya están contemplados en el art. 334 CC. Se trataría por ejemplo de bienes que en otro tiempo fueron inmuebles por destino y cuya relación de destinación fue terminada por el propietario o de bienes inmuebles por incorporación que son objeto de un negocio referido a cosas futuras. De ello se derivaría que la desafectación de un buen inmueble por destino por parte de su propietario no influiría en su consideración como bien inmueble. El art. 15.2 de la ley aragonesa, sin embargo, no considera inmuebles a los bienes consustanciales.⁵⁵ Mayores diferencias de regulación se encuentran en aquellas legislaciones autonómicas que ni siquiera recogen una mención a los «bienes consustanciales»⁵⁶.

⁵⁴ L. ANGUITA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 60.

⁵⁵ Véase con referencia a las normas autonómicas que reproducen con mayores o menores variaciones el contenido del art. 14 LPHE y en particular al art. 15.2 de la ley aragonesa S. GASPÀR LERA, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁶ No es así en el art. 2 de la ley vasca; la ley catalana, la ley asturiana, la ley castellano-manchega o la ley canaria.

Por otro lado, en el art. 27 LPHE se afirma que tendrán la consideración de bienes de interés cultural, en todo caso, los bienes «muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración y que esta los reconozca como parte esencial de su historia». Se hace referencia aquí a meros accesorios o pertenencias que no son inseparables del edificio que los contiene, a no ser que su dueño los haya adscrito al inmueble de modo que puedan considerarse bienes inmuebles por destino.⁵⁷ Estos bienes muebles equivaldrían, en las legislaciones autonómicas, a los bienes muebles vinculados, calificados o incluidos en un bien mueble de interés cultural⁵⁸.

3.4. Separación, traslado, disgregación

Numerosas leyes autonómicas⁵⁹ transcriben de forma más o menos literal el contenido del art. 18 LPHE, que establece la inseparabilidad de su entorno de los bienes inmuebles declarados bienes de interés cultural. Debe interpretarse que este precepto se refiere propiamente a la prohibición de dismantelar los bienes inmuebles para reconstruirlos en otro lugar.⁶⁰ Con respecto a la inseparabilidad de los bienes inmuebles, el Tribunal Supremo afirmó en la Sentencia sobre los bienes del Real Monasterio de Santa María de Sigüenza (FJ 36.15º) que este artículo no era aplicable al caso puesto que lo enjuiciado era un contrato de compraventa y no el propio desplazamiento, y que la indivisibilidad de los bienes como conjunto no afectaba a la facultad de disponer sobre los mismos (FJ 37.8º).⁶¹ Se ha afirmado que en el asunto de los bienes del

⁵⁷ S. GASPAR LERA, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁸ Véase arts. 36.2 de la ley castellanoleonesa, 48.5 de la ley navarra, 46.2 de la ley riojana, 45 de la ley balear, 45.2 de la ley extremeña, 45.2 de la ley catalana o 54 de la ley vasca.

⁵⁹ Véase art. 35 de la ley castellanoleonesa, art. 29 de la ley extremeña, art. 41. 1 y 2 de la ley navarra, art. 46.1 de la ley riojana, art. 34 de la ley murciana, art. 54 de la ley cántabra, art. 52 de la ley gallega, art. 48 de la ley vasca, art. 37 de la ley castellanoleonesa, art. 37 de la ley catalana.

⁶⁰ S. GASPAR LERA, *op. cit.*, p. 64.

⁶¹ Precisamente este ha sido con diferencia el principal motivo de crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo, puesto que, si se afirma que las compraventas sobre partes de los monumentos son válidas, ello pone en peligro su integridad no solo de este, sino de otros conjuntos monumentales en un futuro. Además, se cuestiona la interpretación, por parte del Tribunal Supremo, del art. 18 LPHE y de la normativa aplicable al contrato de compraventa celebrado en 1983. Dado que los tres contratos fueron considerados válidos por el Tribunal Supremo, se constata que la restitución de los bienes fue consecuencia del hecho —circunstancial— de que la Priora del Monasterio de Valldoreix, a pesar de pertenecer a la misma orden religiosa que la comunidad originaria del Real Monasterio de Sigüenza, no pudiera disponer de los bienes al continuar los mismos siendo propiedad del cenobio aragonés, véase C. BITRIÁN VAREA, «Consecuencias para la interpretación de la legislación en materia de patrimonio cultural de la sentencia del Tribunal Supremo sobre los bienes de Sigüenza. Reflexiones sobre patrimonio, memoria y medio rural a propósito del caso», *Revista electrónica de patrimonio histórico*, vol. 33, 2023, pp. 59-64; I. ALDANONDO SALAVERÍA, «La indivisibilidad de los monumentos históricos. a propósito de las ventas de bienes del Monasterio de Sigüenza», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho*

Real Monasterio de Santa María de Sigüenza el Tribunal Supremo debía haber considerado los bienes litigiosos como consustanciales en el sentido del art. 14.1 LPHE y por tanto como inmuebles.⁶² En ausencia de una respuesta del legislador a esta cuestión, se ha considerado sin embargo que la enajenación independiente de este tipo de bienes debería estar justificada, por ejemplo, cuando fuera la única medida susceptible de asegurar su conservación.⁶³

En cuanto a los bienes muebles vinculados, se afirma (por ejemplo, en el art. 46.2 de la ley castellanoleonesa) que «estarán sometidos al destino de aquel». Si bien el art. 14 c) de la ley castellanomanchega, el art. 11.1 b) de la ley castellanoleonesa y el art. 16 b) de la ley vasca afirman su inseparabilidad sin excepciones, otras leyes permiten la enajenación con autorización (art. 44 de la ley andaluza) y se afirma en parte la excepcionalidad con la que dicha autorización debe tener lugar (art. 48.5 de la ley navarra, art. 43.2 de la ley castellanomanchega, art. 49.2 de la ley murciana, art. 71.2 de la ley cántabra). De acuerdo con el art. 138.1 u) de la ley canaria, constituye una infracción leve la no comunicación de la separación de bienes muebles vinculados a un bien inmueble de interés cultural incluido en el catálogo insular. La ley riojana (art. 43.2) requiere acuerdo de la Consejería competente. El traslado de un bien mueble que no esté vinculado a un inmueble deberá comunicarse a la Consejería competente (art. 46.1 de la ley castellanoleonesa, art. 43.1 de la ley castellanomanchega, art. 43 de la ley valenciana, art. 47.1 de la ley murciana, art. 44 de la ley catalana). La ley madrileña (art. 46.4) solo contempla un deber de comunicación en el supuesto de que un bien mueble salga de la Comunidad autónoma. En sentido parecido se expresa el art. 40.1 b) de la ley asturiana. La ley navarra (art. 48.4) establece que si el bien sale de la Comunidad Foral

Eclesiástico del Estado vol. 56, 2021, pp. 1-26; M. A. ANDREU MARTÍNEZ, «Delimitación y aplicación de la legislación civil, canónica y de protección del patrimonio histórico en la venta de bienes eclesiásticos. a propósito de la STS 1/2021, de 13 de enero», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 59, 2022, pp. 1-28; a juicio de L. Anguita Villanueva, la nulidad de los contratos litigiosos se derivaría, tanto de acuerdo con la LPHE como con la legislación anteriormente vigente, del cambio de uso de los bienes sin la preceptiva autorización. El art. 26 de la ley de 1933 en su redacción a partir de 1955 ordena la nulidad de los actos jurídicos que vulneren las obligaciones previstas en el mismo; el art. 36.4 LPHE, sin embargo, no menciona la nulidad sino que «[e]l incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo será causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes declarados de interés cultural por la Administración competente», véase L. ANGUITA VILLANUEVA, «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2021(1/2021). Ineficacia de los contratos de compraventa de bienes del patrimonio histórico-artístico que determinan su restitución y el reconocimiento de la propiedad privada de los mismo al monasterio de Sigüenza», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Madrid, AEBOE&Dickinson, 2021, pp. 2015-217. También se pronunció con preocupación al respecto la Academia de Bellas Artes de San Fernando <https://publicaciones.realacademiabellasartessanfernando.com/cmph/article/view/10/7>

⁶² S. GASPAS LERA, *op. cit.*, p. 65 s.

⁶³ S. GASPAS LERA, *ibid.*, p. 60, n. 13.

el destino se comunicará a la administración que resulte competente. En algunas leyes se ha incluido además la imposibilidad de disgregar una colección por los titulares o los poseedores de los bienes muebles que las integran sin la autorización pertinente (art. 45.1 de la ley extremeña, art. 52.2 de la ley navarra, art. 44 de la ley valenciana, art. 47.1 de la ley murciana, art. 49 de la ley asturiana, art. 45 ley catalana) o la necesidad de autorización expresa para separar partes de un conjunto de bienes muebles (art. 46.3 de la ley madrileña).

4. Criterios para la determinación del régimen de protección autonómico aplicable

Como ya se ha apuntado,⁶⁴ las normas que alteran el régimen general de la propiedad de los bienes culturales pueden considerarse, en un contexto internacional, como normas de policía puesto que se trata de normas esenciales para la salvaguardia de intereses públicos (véase. art. 9.1 RRI). La aplicación de las normas autonómicas arriba mencionadas no se determina en función de las normas de conflicto del derecho interregional (art. 16.1 CC en relación con el art. 10.1 CC) puesto que estas sirven exclusivamente para determinar la aplicabilidad de los distintos derechos civiles españoles. Se ha afirmado que las normas materiales imperativas no existen en Derecho interregional en el mismo sentido que en el plano internacional.⁶⁵ Lo cierto es que en Derecho interregional no es necesaria una norma que determine con carácter general en qué supuestos procede aplicar o dar efecto a normas «ajenas». En todo caso, todas las normas autonómicas que se corresponden con la definición ya tradicional de norma de policía contenida en el art. 9.1 RRI podrían considerarse normas de policía de la única *lex fori* existente en España, lo que conlleva la inexistencia de cualquier obstáculo a su aplicación más allá de los límites fijados por el ámbito de aplicación de la propia norma, que debe respetar por supuesto el marco competencial.

En el presente contexto, ello equivale a determinar cuáles son los bienes sobre los que puede ejercer sus competencias una determinada Comunidad autónoma así como qué competencias pueden ser ejercitadas. También será relevante el ámbito de aplicación material de las normas destinadas a la protección de los bienes culturales. Se constata en este punto, en un claro paralelismo con la discusión sobre el punto de conexión más adecuado para la determinación del estatuto real, una dicotomía entre el principio de territorialidad y el principio de vinculación histórico-cultural.

⁶⁴ Véase *supra* II. 3.

⁶⁵ A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional*, Universidade Santiago de Compostela, 2007, p. 248.

4.1. *Principio de territorialidad*

La mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2012, de 18 de enero, sobre ejercicio de derechos de retracto por la Comunidad autónoma de Aragón y la Comunidad Autónoma de Cataluña parece fijar la preeminencia del principio de territorialidad al afirmar que

el territorio es elemento delimitador de los poderes públicos territoriales en el ejercicio de las competencias que les corresponden y, más en concreto, es elemento delimitador de las competencias de las Comunidades Autónomas en su relación con las demás Comunidades y con el Estado [...], pues hemos indicado también que este principio no puede ser interpretado «en unos términos que impidan a las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones cuyas consecuencias puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional» (FJ 6º).

El ejercicio, por parte de la Comunidad autónoma de Aragón, de las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón (arts. 71.45 y 22.2 EAAr) permitía en principio, a juicio del TC, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en relación con bienes situados fuera de Aragón. No obstante, el ejercicio de potestades públicas debía realizarse en todo caso, en términos conformes con el orden competencial y atendiendo los contornos posibles de las mismas, lo que impedía el ejercicio de dichos derechos en relación con los bienes situados en Cataluña puesto que ello

choca con la competencia autonómica catalana en materia de preservación del patrimonio que ha de entenderse que se extiende a aquel que está en su territorio, independientemente de su origen (art. 127 EAC) (FJ 8º).⁶⁶

4.2. *Principio de vinculación histórico-cultural*

Por otro lado, debe destacarse que varias definiciones del patrimonio cultural propio en las legislaciones autonómicas, que pueden servir como criterio para determinar el ámbito material de aplicación de las mismas, presuponen un cierto vínculo entre los bienes protegidos y la

⁶⁶ Véase con opinión crítica sobre la sentencia F. LÓPEZ RAMÓN, «Potestades públicas y prevalencia entre competencias autonómicas en el conflicto de Sijena (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2012, de 18 de enero)», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 39-40 (2012), p. 418 ss.; M. A. ANDREU MARTÍNEZ, *Sijena y Barbastro-Monzón. Controversias en la protección del patrimonio cultural confesional*, Madrid, Edisofer, 2020, p. 233-241.

propia Comunidad autónoma. Así por ejemplo, el art. 1.2 de la ley catalana establece que «El patrimonio cultural catalán está integrado por todos los bienes muebles o inmuebles *relacionados con la historia y la cultura de Cataluña* que por su valor histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, paleontológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o técnico merecen una protección y una defensa especiales, de manera que puedan ser disfrutados por los ciudadanos y puedan ser transmitidos en las mejores condiciones a las futuras generaciones»⁶⁷.

Parece bastante claro que las referencias a estos vínculos histórico-culturales y particularmente la imposición de limitaciones a la circulación de bienes culturales «propios» o la autoatribución de la competencia para procurar el retorno de los bienes a su territorio de origen deben entenderse como manifestaciones de nacionalismo cultural en el sentido expuesto más arriba.⁶⁸ No en vano, se ha afirmado que el concepto de territorio que presentan las leyes autonómicas es más próximo al de nación que al de autonomía y se cita como ejemplo de ello el art. 1.4 de la ley catalana o el art. 41.2 de la ley asturiana.⁶⁹ También parece evidente que esta limitación del ámbito de aplicación material contenida en muchas leyes autonómicas, de ser interpretada en un sentido estricto, podría llevarse al extremo de considerar ilegal la catalogación de bienes que no tienen vinculación histórico-cultural con la Comunidad autónoma e incluso a considerar toda catalogación de estos bienes un supuesto de «avaricia museística» no ya estatal,⁷⁰ sino autonómica. Con ello se estaría haciendo un flaco favor a la protección de los bienes culturales ubicados en el territorio de la Comunidad autónoma.

El vínculo histórico-cultural de un bien con una determinada Comunidad autónoma se ha considerado un criterio relevante para determinar en el caso concreto la legalidad de la doble catalogación en supuestos de divergencia entre la Comunidad autónoma de situación y la Comu-

⁶⁷ En sentido parecido art. 1.2 de la ley asturiana; art. 2.1 de la ley riojana; art. 1.2 de la ley valenciana; art. 2.1 de la ley aragonesa; art. 2.1 de la ley navarra, art. 1.3 de la ley extremeña. En claro contraste, la ley madrileña afirma simplemente en su art. 1.1 que tiene por objeto la protección, conservación, investigación, enriquecimiento, difusión y disfrute del patrimonio cultural *español ubicado* en el territorio de la Comunidad de Madrid.

⁶⁸ Véase *supra* II.1.

⁶⁹ Véase L. ANGUITA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 28. Afirma este autor (p. 29) que «Las normas de patrimonio histórico o cultural tienen un marcado carácter político, ya sea en nuestro ordenamiento jurídico o en cualquier otro: sirven para crear una identidad a través de los bienes que pretendidamente la representan. El nacionalismo de los pueblos se basa en la existencia de bienes que lo mitifican, y para ello es necesario recurrir a la historia y al arte. Conservar y enriquecer el patrimonio se ha convertido, en algunos casos, en un objetivo más que subsidiario. Ello no es una excepción en la normativa autonómica, más cuando esta división territorial del Estado español tiene una antigüedad de poco más de cuarenta años en muchos casos. Por ello, para lo que sí han servido estos años es para ver como los políticos las han usado como instrumentos de beligerancia institucional entre las autonomías o entre estas y el Estado, y, por desgracia, para muchos ha sido su única preocupación respecto a este patrimonio».

⁷⁰ Véase *supra* n. 25.

nidad autónoma de origen. En las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 26 de mayo de 2015⁷¹ ya citadas se resolvieron Recursos de casación sobre la legalidad de la catalogación como bienes de interés cultural por parte del Gobierno de Aragón los bienes litigiosos de La Franja así como del frontal del altar de El Salvador, correspondiente a la iglesia de la localidad oscense de El Berbegal.⁷² El Tribunal Supremo admitió la doble catalogación basándose, en primer lugar, en la jurisprudencia constitucional⁷³ que permite un régimen de sobreprotección pero sin admitir menoscabo o inferencia competencial, es decir, doble gestión (FJ 23º). En segundo lugar, observó que la catalogación de los bienes por parte de Aragón se llevó a cabo de acuerdo con los arts. 2 y 7.2 de la ley aragonesa, según los cuales lo decisivo era el origen aragonés del bien y tal presupuesto prevalecía aunque hubieran sido desplazados de su territorio (FJ 25º). En tercer lugar, observó que la declaración efectuada en 2010 no suponía automáticamente la ineficacia de la catalogación efectuada por el gobierno catalán pero que la misma tenía ya solamente una eficacia provisional, que cesaría cuando se produjera la devolución de las obras y cesase por tanto el depósito de los mismos en el Museo. Entender que la declaración aragonesa no procedía por no estar el bien ubicado en Aragón en ese momento hubiese implicado la exclusión de la competencia exclusiva de Aragón para proteger los bienes de origen aragonés y facilitar su retorno (FJ 27º).

Asumida pues la posibilidad de la doble catalogación, cabe preguntarse si la misma no solamente sirve para evitar lagunas de protección ante un inminente traslado sino que también puede justificar el ejercicio de derechos de adquisición preferente con efecto extraterritorial, incluso ante una adquisición por parte de la administración autonómica del lugar de situación del bien. El art. 40.1 RPHE⁷⁴ establece que la voluntad de enajenar un bien que haya sido declarado de Interés Cultural o que tenga incoado expediente para su declaración, o esté incluido en el Inventario General debe notificarse al órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente encargado de la protección del Patrimonio Histórico Español y al Ministerio de Cultura. Del apartado tercero de esta misma norma puede deducirse que la voluntad del legislador es designar a una única Comunidad autónoma como titular del derecho, por lo que si el bien estuviera catalogado dos veces parece que solamente procedería informar a la Comunidad autónoma en la que está situado

⁷¹ Véase *supra* n. 38.

⁷² <http://museudelleida.cat/item-collection/frontal-de-berbegal/>

⁷³ Varias sentencias sobre la catalogación autonómica de fondos de archivos estatales, SSTC 14/2010 (BOE núm. 129, de 27 de mayo de 2010, ECLI:ES:TC:2010:14), 31/2010 (BOE núm. 172, de 16 de julio de 2010, ECLI:ES:TC:2010:31), 38/2013 (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2013, ECLI:ES:TC:2013:38) y 136/2013 (BOE núm. 157, de 02 de julio de 2013, ECLI:ES:TC:2013:136).

⁷⁴ Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

el bien de acuerdo con el Registro General o el Inventario General. Si se hubieran iniciado dos procedimientos de catalogación, ante el silencio del art. 40 RPHE podría defenderse que la comunicación debería dirigirse a la Comunidad autónoma que lo hubiera iniciado antes. Por último, la referencia al lugar de celebración de la subasta si el bien no estuviera catalogado ni tuviera iniciada catalogación se ha criticado puesto que las subastas acostumbran a tener lugar en determinadas Comunidades autónomas.⁷⁵ Se ha observado asimismo que existe una contradicción entre el apartado primero y el tercero del mencionado precepto, por lo que existen dudas en cuanto a la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo con respecto a bienes que no estén declarados como BIC o inventariados ni tengan expediente iniciado (lo cual parece que se tendría que responder en sentido positivo) o sobre los efectos de una adquisición preferente por parte de la administración si no se llega a producir la declaración o la inclusión en el inventario. También se considera dudosa la posibilidad de ejercitar derecho de retracto si la catalogación es posterior a la venta.⁷⁶ Precisamente en relación con el ejercicio de derechos de tanteo se pone de relieve que una hipotética prevalencia del criterio de la vinculación histórico-cultural del bien con una Comunidad autónoma determinada podría resultar problemática en los supuestos en los que el origen del bien no es evidente. Esta cuestión se planteó en un supuesto resuelto en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2012, aunque aquí se planteaba la disyuntiva entre el ejercicio de la competencia estatal (a instancias de la Comunidad autónoma de Aragón) para ubicar una tabla en un museo situado en Huesca y de titularidad estatal o el ejercicio de la competencia por parte de la Comunidad autónoma de Cataluña.⁷⁷

Cuestión distinta es la determinación de “la” Comunidad autónoma que puede ejercitar un derecho de retracto si no se la hubiera notificado de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 40 RPHE. En la

⁷⁵ S. GASPÀR LERA, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁶ Con referencia a la STS (Sala 3ª) de 23 de marzo de 2015, J. LLOP BARCELONA, «Retracto de bienes culturales», *Revista de Administración Pública* vol. 222, 2023, pp. 77-78.

⁷⁷ ECLI:ES:AN:2012:3038. Ante la inminente venta de una tabla gótica en una casa de subastas madrileña, la Comunidad autónoma de Aragón instó al Ministerio de Cultura a que ejercitase en su nombre derechos de tanteo puesto que tenía la intención de adquirir la tabla para exponerla en un Museo de titularidad estatal ubicado en Huesca. El Gobierno catalán impugnó la correspondiente Orden del Ministerio de Cultura alegando que la tabla no procedía de la Iglesia de San Julián y Santa Lucía de Barbastro, como afirmaba el Gobierno aragonés en base a las opiniones de varios peritos, sino (igualmente con respaldo pericial) a la parroquia leridana de Son. La Audiencia Nacional llegó a la conclusión de que el origen de la obra no podía determinarse con claridad por mucho que pareciera más probable la primera de las afiliaciones, por lo que el derecho de tanteo debía ejercitarse siguiendo el criterio aplicado por el Ministerio de Cultura, concediendo la preferencia para que consumar el tanteo a favor de su destino en un museo de titularidad estatal.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3^a) de 23 de marzo de 2015⁷⁸ se desestimó un recurso de casación presentado por el Consorci del Museu de Lleida Diocesà i Comarcal que cuestionaba la legalidad del ejercicio de derecho de retracto por parte del Gobierno aragonés en relación con una tabla de un retablo procedente de la iglesia parroquial de Benabarre y obra del pintor Pedro García de Benabarre, activo en Aragón y Cataluña durante el siglo xv. La tabla había sido adquirida en una casa de subastas barcelonesa por la Diputación Provincial de Lérida el día 25 de marzo de 2009 después de que la Generalitat de Cataluña ejercitara en su nombre derecho de tanteo. El Gobierno de Aragón no fue informado de la venta por la casa de subastas pero inició con toda presteza los trámites para la inventariar la tabla como bien integrante del patrimonio cultural aragonés y los culminó con ejercicio simultáneo de derecho de retracto el 19 de mayo de 2009. Entre tanto, la tabla había sido catalogada como bien cultural de interés nacional por el Gobierno catalán. La Sentencia desestima el recurso del Consorci. Previamente el TSJA había considerado que a los efectos del ejercicio del derecho de tanteo no había obligación de comunicar la fecha de la subasta al Departamento de Cultura aragonés puesto que en aquel entonces el bien no estaba incluido en ninguna de las categorías del patrimonio cultural aragonés pero que el derecho de retracto se ejercitó, tal y como establece el art. 58.3 de la ley aragonesa para el supuesto en que el propósito de enajenación no se hubiera notificado correctamente, dentro de los seis meses desde que el Consejero hubo tenido conocimiento fehaciente de la enajenación.⁷⁹

Resulta interesante comparar este supuesto con el que fue objeto de la ya mencionada STC 6/2012. Parece que ni los bienes del Real Monasterio de Sigüenza ni la tabla litigiosa habían sido integrados en el Patrimonio Cultural catalán antes de su adquisición a propietarios particulares. En el litigio relativo a la tabla hay constancia de una doble catalogación, pero no ha sido posible averiguar si el procedimiento catalán se inició con posterioridad al aragonés.⁸⁰ También se constata una diferencia en cuanto al adquirente: en el segundo caso no se trata directamente de la administración autonómica del lugar de situación del bien sino de una entidad local, depositándose luego en un Museo en cuya gestión participaba la administración autonómica.

El Tribunal Supremo, en la citada Sentencia de 26 de mayo de 2015, afirmó (FD 24º) que

[e]l caso contemplado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2012 invocada por la Generalitat catalana difiere tanto del caso de

⁷⁸ ECLI:ES:TS:2015:1241

⁷⁹ ECLI:ES:TSJAR:2013:633.

⁸⁰ Según S. GASPÀR LERA, *op. cit.*, p. 69, la actuación catalana es posterior.

autos como de esos otros supuestos. Se estaba ante el legítimo ejercicio de una competencia autonómica por parte de Aragón con efectos fuera de su territorio, lo que se concretó en el ejercicio de la potestad de retracto respecto de unos bienes aragoneses vendidos fuera de su territorio, pero con un matiz relevante: los adquirió no un particular sino la Administración catalana ejercitando su competencia exclusiva sobre la materia. Esto lleva al Tribunal Constitucional a precisar que la competencia aragonesa con efectos extraterritoriales se ejerce para recuperar y así proteger ese patrimonio, pero lo que decanta el conflicto competencial no es la eficacia extraterritorial de un acto de la Administración aragonesa, sino sus efectos: no tiene el mismo alcance cuando se ejercita frente a otra Administración territorial española que ya está protegiendo esos bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español al ejercitar su competencia exclusiva, por lo que da preferencia a la Administración catalana.

Lo relevante a juicio del Tribunal Supremo parece ser pues si el ejercicio extraterritorial de la competencia tiene como finalidad proteger el bien, lo que no será necesario si en el momento de ejercitar el derecho el bien ya está protegido en la Comunidad autónoma en el que se ubica.⁸¹ Llama la atención que, en el caso objeto de la Sentencia de 23 de marzo de 2015, en el momento de ejercitar el derecho de retracto el bien había sido adquirido por una administración territorial española (provincial) con la intención de integrarlo en un museo de titularidad pública en cuyo Consorcio participa la administración autonómica.

El principio de vinculación histórico-cultural también ha sido sacado a colación cuando se ha planteado si la facultad dominical de trasladar el bien puede verse limitada debido a la integración de bienes culturales originarios del territorio de otra Comunidad autónoma en colecciones protegidas, en la Comunidad autónoma de ubicación del bien, por normas que impiden su disgregación, como ya citado el art. 45.1 de la ley catalana. Esta cuestión se trata someramente en la Sentencia de 10 de diciembre de 2019 del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Barbastro dictada en el litigio sobre la titularidad de los bienes procedentes de las parroquias aragonesas que se habían segregado del Obispado de Lérida. Una vez determinada la propiedad a favor de las parroquias, se consideró que el Obispado no podía ampararse, para liberarse de la obligación de restitución a las propietarias, en la imposibilidad de la misma al no constar la autorización de las autoridades catalanas para la salida de los bienes del museo. Ello se debía a que

tratándose de bienes que pertenecían a las parroquias aragonesas, los mismos no debían haber sido declaradas parte del patrimonio cultural catalán. (FD 10º).

⁸¹ En este sentido J. LLOP BARCELONA, *op. cit.*, p. 81 s.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 2 de octubre de 2020 sobre la devolución de las pinturas de la Sala Capitular del Real Monasterio de Sigüenza⁸² remite en cuanto a las consideraciones sobre la inseparabilidad de las pinturas del MNAC a los argumentos incluidos en la Sentencia de Primera Instancia.⁸³ En la misma, la alegación de que el propio MNAC había sido declarado bien de interés cultural en 1962 es descartada con el argumento de que las pinturas de la Sala capitular habían sido previamente separadas de forma ilegal del Monasterio, Patrimonio Nacional, en 1936.

Mayor claridad sobre este punto arroja la Sentencia del Tribunal Supremo sobre el resto de bienes del Real Monasterio de Santa María de Sigüenza.⁸⁴ En los Recursos extraordinarios por infracción procesal presentados tanto por la Generalitat y el MNAC como por el Consorci del Museu de Lleida, Diocesa i Comarcal se había afirmado, en esencia, que la devolución de la posesión material a las propietarias se veía impedida por normas administrativas (art. 45.1 de la ley catalana, arts. 9 y 16 de la Ley 17/1990 de Museos de la Generalitat de Cataluña) y que por este motivo la jurisdicción civil no era competente para emitir un procedimiento declarativo sobre la posesión inmediata y uno, correlativo, de condena de la restitución de la posesión. El Tribunal Supremo afirmó que la potestad autorizatoria del Departamento de Cultura no suponía por sí misma ningún título de legitimación posesoria:

Al contrario, su legítimo ejercicio presupone que quien la ostenta solo puede ejercerla sobre el ámbito material en que se reconoce. Esto es, en este caso, sobre los bienes integrantes del patrimonio cultural de Cataluña, según resulta con claridad del art. 1 de la Ley 3/1993, de 30 de septiembre, conforme al cual «es objeto de esta Ley la protección, la conservación, el acrecentamiento, la investigación, la difusión y el fomento del patrimonio cultural catalán». Condición que no se puede desvincular ni del origen histórico de los bienes ni de la identificación de su titular dominical.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo cita una de las Sentencias de la Sala 3ª de 26 de mayo de 2015,⁸⁵ deduce de la misma que es posible

hacer pronunciamientos que tengan efectos materialmente incompatibles con una resolución o acto administrativo, sin necesidad de impugnar, enjuiciar y anular previamente este último, siempre que se entienda en sus justos términos. Esto es, reconduciendo los efectos propios de los actos de catalogación y adscripción administrativa a sus límites materiales y temporales, límites que no pueden sobrepasar la

⁸² ECLI:ES:APHU:2020:182.

⁸³ ECLI:ES:JPI:2016:190.

⁸⁴ FJ 6.19º y ss.

⁸⁵ ECLI:ES:TS:2015:2333.

fecha en que, en virtud de un título jurídico hábil y legítimo (como lo es una sentencia judicial) concluye la situación de dominio aparente o depósito durante cuya vigencia podían ejercerse las potestades administrativas de protección del patrimonio cultural.

Para terminar, la vinculación histórico-cultural de un bien con una determinada Comunidad autónoma puede tener consecuencias en el plano de la legitimación activa: en esta misma Sentencia, el Tribunal Supremo afirma sin lugar a dudas que la competencia basada en los arts. 71.45 y 22 EAAr permite fundamentar un interés legítimo de la Comunidad autónoma, como tercero, en la declaración de nulidad de contratos que pudiera tener como consecuencia el retorno de bienes situados fuera del territorio de la Comunidad autónoma de origen.

IV. CONCLUSIONES

1. Sobre la determinación de la *lex rei sitae*. Consideraciones de *lege ferenda*

Llama la atención que el carácter interregional de los supuestos que han servido de hilo conductor de esta exposición pasó en su momento casi desapercibido. Solo una de las sentencias civiles citadas (la del JPI de Lérida) repara en la necesidad de determinar la *lex rei sitae* en base a los arts. 16.1 y 10 CC. El JPI de Barbastro, por su parte, cita preferentemente las normas del Código civil y constata acto seguido que el Derecho civil catalán llega al mismo resultado. La determinación del Derecho aplicable a los 111 bienes de las parroquias de La Franja no presenta mayor dificultad si se parte de la base de que se trata de bienes muebles. La mayoría de ellos (frontales de altar, imágenes, tablas, predelas, campanas, efectos destinados típicamente al culto como cruces procesionales o incluso capas portaviáticos u objetos destinados a la ornamentación o reutilizados para este fin, como la arqueta amatoria de Buira) podían considerarse seguramente bienes inmuebles por destino en un principio, pero no cabe duda de que fueron desafectados por voluntad de sus respectivos propietarios con ocasión de su traslado a Lérida. En cuanto al pórtico de la Iglesia Vieja de El Tormillo (Peralta de Alcofea), podría considerarse un inmueble por incorporación que cambió de ubicación al permitir su propietario su traslado y posterior incorporación a otro bien inmueble sito en Lérida.

Mayores dificultades plantea la determinación de la *lex rei sitae* en relación con los bienes del Real Monasterio de Santa María de Sigena. Teniendo en cuenta lo reseñado más arriba, puede concluirse que aquellos bienes que originariamente pudieran considerarse bienes inmuebles por destino o por incorporación de acuerdo con el art. 334 CC fueron separados o desafectados del Monumento voluntariamente

(aunque fuera por razones imperiosas) por la comunidad de monjas con ocasión de su traslado a Barcelona y posteriormente a Valldoreix. Como consecuencia, podría llegarse a la conclusión de que se habrían transformado en bienes muebles, y ello con independencia de las circunstancias que hubiesen motivado la decisión de la comunidad de Sigena.⁸⁶ Ello hubiese tenido como consecuencia la aplicación del Derecho civil catalán como *lex rei sitae*. Ahora bien, de considerarse todos o parte de los bienes litigiosos «bienes consustanciales» en el sentido del art. 14 LPHE, estos habrían mantenido su condición de bien inmueble incluso después de haber cesado la relación de destinación que mantenían con el monumento.⁸⁷

Si se aplicaran las posturas expuestas por V. Fuentes Camacho y C. Caamiña Domínguez a los supuestos interregionales, de ser aplicable el art. 14 LPHE se impondría un *situs* ficticio, que sería el respectivo lugar de ubicación del monumento del que se separaron los bienes.⁸⁸ En el caso presente, por tanto, serían de aplicación supletoria las normas de Derecho común ante la ausencia de preceptos de Derecho civil aragonés aplicable. Y ello requeriría esclarecer si, tal y como se afirma por algunos autores sobre bienes inmuebles por destino desafectados,⁸⁹ también en relación con negocios de disposición o con adquisición *a non domino* de los «bienes consustanciales» se aplicarían las normas relativas a los bienes muebles. Naturalmente, dependiendo de cual fuera el *situs* designado, esta misma cuestión se podría plantear, por ejemplo, en el contexto de otro derecho civil español.

La determinación de un *situs* ficticio por razón del contenido de las normas de protección del patrimonio cultural se vuelve sin embargo problemática en supuestos interregionales teniendo en cuenta la proliferación de normas autonómicas que determinan el carácter mueble o inmueble de los bienes culturales, máxime cuando algunas de ellas, como se ha visto, no contemplan a los «bienes consustanciales» o no los consideran necesariamente inmuebles. La determinación del carácter mueble o inmueble del bien y por ende (en principio) la determinación

⁸⁶ Al menos este es el resultado al que seguramente habría llegado la Cour de Cassation francesa si se tiene en cuenta que negó la relevancia del *animus* incluso si los frescos de la iglesia de Casenoves fueron separados en contra de la voluntad de sus propietarios.

⁸⁷ Véase *supra* III.3.c.

⁸⁸ En este sentido, merece destacarse que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca sobre los frescos de la Sala Capitular del Real Monasterio de Sigena (FD 4º) no duda en afirmar la competencia territorial del JPI de Huesca (art. 52.1-1.º LEC) por considerar que las pinturas, aunque se hubieran separado, no habían dejado por ello de ser un bien inmueble: «Y si partimos de su verdadera condición de bienes inmuebles por destino (artículo 334-4.º del Código civil) y de las normas protectoras sobre patrimonio cultural (monumento nacional y ahora, bienes de interés cultural), hemos de estar a la primigenia ubicación de los frescos en Sigena y a su permanente condición de bien inmueble, conforme a los mencionados preceptos (artículo 4.º Real Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926 y artículo 14 de la Ley 16/1985)».

⁸⁹ Véase *supra* nota 17.

de la *lex rei sitae* dependerían pues de la legislación de protección del patrimonio aplicable tanto territorial como material y temporalmente. La inseguridad jurídica resultante es desde luego indeseable.

De lege ferenda, cabría preguntarse si sería útil, en general, la aplicación de la *lex originis*. En principio, ello no parece especialmente necesario en el contexto interregional teniendo en cuenta que las diferencias entre los Derechos común, navarro y catalán no implican para los intervinientes en el tráfico jurídico salir de su cultura jurídica y enfrentarse a soluciones especialmente sorprendentes. Por otro lado, si se adoptase una solución en este sentido, sería recomendable para la seguridad jurídica que los criterios empleados para determinar la *lex originis* fueran los mismos que los utilizados para determinar el vínculo histórico-cultural de un bien con una determinada Comunidad autónoma.

2. Sobre la determinación del régimen de protección autonómico aplicable

Lo expuesto en el punto III de esta contribución pone claramente de relieve que en nuestro contexto interregional la determinación de las normas imperativas de protección del patrimonio cultural aplicables tiene mayor relevancia práctica que la determinación de la *lex rei sitae* de acuerdo con las normas de conflicto. La cuestión clave que se plantea en este contexto es si, a semejanza de lo que ocurre en los contextos internacionales, una eventual prevalencia de la legislación propia del territorio con el que el bien presenta los vínculos (histórico-culturales) más estrechos podría conducir, de forma directa o indirecta, al retorno al territorio de dicha Comunidad autónoma de los bienes culturales originarios de la misma. A falta de pretensiones de restitución de derecho público comparables a las existentes en instrumentos internacionales, este objetivo se podría conseguir en principio mediante el ejercicio de derechos de adquisición preferente o tras la eventual declaración judicial de la ineficacia de títulos posesorios (de particulares o de administraciones) en procesos civiles en los que la Comunidad autónoma hubiese intervenido.

De las Sentencias examinadas se deriva la prevalencia del principio de territorialidad. El Tribunal Constitucional la afirma en relación con el ejercicio de derechos de retracto; el Tribunal Supremo, indirectamente cuando establece la admisibilidad de una sobreprotección pero afirma que la gestión la efectuará la Comunidad autónoma en la que se encuentre el bien. La atribución de plenas competencias a la Comunidad con la que existe el vínculo histórico-cultural depende de que efectivamente se produzca el traslado del bien una vez declarada la ineficacia del título posesorio en el plano civil o de que dicha Comunidad autónoma adquiera directamente la propiedad del bien en ejercicio de

derechos de adquisición preferente. En este sentido, parece que debe perfilarse jurisprudencialmente con mayor detalle a qué Comunidad autónoma le corresponde el ejercicio de tales derechos en un supuesto de doble catalogación. En particular, debe esclarecerse si, efectivamente, a pesar de las competencias extraterritoriales para la recuperación de bienes culturales de la Comunidad autónoma de origen del bien, es posible ejercitar directamente el derecho de retracto alegando la existencia de un vínculo histórico-cultural con el mismo si el bien ya está protegido porque lo adquirió una administración territorial española.

Por otro lado, la inaplicación de las normas autonómicas destinadas a evitar la disgregación de las colecciones museísticas, depende de varias condiciones que deben darse cumulativamente. En primer lugar, debe tratarse de bienes que presenten un vínculo histórico-cultural (o el vínculo histórico-cultural más intenso/estrecho) con una Comunidad autónoma distinta a aquella en la que se encuentra el Museo en cuya colección están integrados. Esta circunstancia operará, adicionalmente, como título habilitante para que la Comunidad autónoma a la cual puedan trasladarse los bienes los catalogue con carácter preventivo, de modo que no existan lagunas de protección al ser trasladado el bien. En caso de que un bien presente vínculos histórico-culturales con varias Comunidades autónomas – por ejemplo, porque su autor más probable había trabajado indistintamente en todas ellas, o porque se habían creado conocidamente en el territorio de la Comunidad autónoma en la que se encuentran actualmente (de poderse afirmar ello con seguridad) podría considerarse el criterio decisivo para afirmar la existencia de un vínculo más estrecho con una determinada Comunidad autónoma. En segundo lugar, debe devenir ineficaz el título posesorio del Museo. Llegados a este punto, cabe preguntarse si el legítimo propietario del bien está obligado a trasladarlo a la Comunidad autónoma con cuyo territorio está vinculado (dejando de lado que el traslado a dicha Comunidad autónoma será con toda probabilidad lo que desee el propietario, si reside allí) o si podría optar legítimamente por renovar el depósito en el museo en el que se encontraba o, incluso, por trasladarlo incluso a otra Comunidad autónoma con la que el bien no presenta ningún vínculo.

**CHALLENGES OF RIGHTS *IN REM*
IN THE DIGITAL ERA**

**RETOS DE LOS DERECHOS REALES
EN LA ERA DIGITAL**

REGISTROS DE LA PROPIEDAD EN LÍNEA Y CIRCULACIÓN TRANSFRONTERIZA DE DOCUMENTOS DIGITALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Guillermo PALAO MORENO*
Universitat de València

SUMARIO: I. HACIA LA DIGITALIZACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA: RETOS DE UN TRABAJO EN PROGRESO: 1. La creciente digitalización de los Registro de la Propiedad estatales en el contexto de la Unión Europea; 2. La fragmentación normativa en la materia y la necesidad de llevar a cabo una actuación normativa de alcance europeo.— II. LA COMPLEJA SITUACIÓN ACTUAL: UN ALEGATO POR UNA INICIATIVA EUROPEA FAVORECEDORA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. Insuficiencia del marco normativo internacional existente; 2. Mercado Único Digital y Registro de la Propiedad: 2.1. *La importancia de la identificación electrónica y de la protección de datos personales como punto de partida*; 2.2. *La fundamental libertad de circulación de personas y los irrelevantes resultados alcanzados en este ámbito para esta materia*; 2.3. *Los esfuerzos encaminados a favorecer la Cooperación judicial civil digital y sus limitados efectos en relación con la materia analizada*.— III. ELEMENTOS DE UN FUTURO MODELO EUROPEO PARA LA CIRCULACIÓN TRANSFRONTERIZA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS ENTRE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA: 1. Bases y objetivos del modelo.- 2. Funcionamiento del modelo.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

* Catedrático de Derecho Internacional privado (Universitat de València). Miembro de los Proyectos I+D: PID2021-1231700B-I00 («Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género») y TED2021-129307A-I00 («Hacia una transición digital centrada en la persona en la Unión Europea»). E-mail: Guillermo.palao@uv.es. Todas las páginas web visitadas fueron accedidas por última vez el 25 de abril de 2024.

I. HACIA LA DIGITALIZACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA: RETOS DE UN TRABAJO EN PROGRESO

1. Los procesos de globalización e integración regional, en los que el desarrollo de la Sociedad de la Información y de la Comunicación, al igual que la irrupción de la conocida como «Cuarta Revolución Industrial», juegan un papel central, contando con un efecto decisivo en el aumento de la movilidad transfronteriza y, por consiguiente, en el incremento de las transacciones inmobiliarias en el seno de la Unión Europea (UE)¹. Asimismo, estos significativos fenómenos tienen un impacto directo en la creciente digitalización que están experimentando los Registros de la Propiedad nacionales de los Estados miembros, estrechamente vinculada a la progresiva transformación digital de sus administraciones públicas.

Nos encontramos, así, ante un destacado e imparable fenómeno global que, con el objetivo de aprovechar el máximo los beneficios que ofrecen las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación —en vistas a incrementar la eficiencia y la reducción de costes—, se habría visto recientemente impulsado por medio de diversas iniciativas legislativas —nacionales e internacionales—, donde destacarían aquellas generadas en el seno de la UE.

De este modo, durante las dos últimas décadas estamos asistiendo a un creciente interés de las instituciones de la UE por desarrollar un Mercado Único Digital interconectado, con el fin de favorecer una Europa adaptada a la era digital. En relación con ello, cabe destacar la importante Comunicación de la Comisión de 2015, «Una estrategia para el Mercado Único digital en Europa»², por medio de la que se estaría promoviendo favorecer «Una Europa Adaptada a la Era Digital»³; tal y como se destacan tanto en el Programa «Europa Digital»⁴, como en la Comunicación de 2020 «Configurar el futuro digital de Europa»⁵.

¹ Véase El estudio publicado por el Parlamento Europeo en 2016: *Cross Border Acquisitions of Residential Property in the EU: Problems Encountered by Citizens*, pp. 31-35 (accesible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556936/IPOL_STU\(2016\)556936_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556936/IPOL_STU(2016)556936_EN.pdf)).

² COM (2015) 192 final. See: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en.

³ En: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_es.

⁴ En: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/activities/digital-programme>.

⁵ COM (2020) 67 final. Igualmente, Comunicación de la Comisión «eEuropa: una sociedad de la información para todos» (COM (1999) 687 final), a la que siguieron las Comunicaciones «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa» (COM (2015) 192 final) o «Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el decenio digital» (COM (2021) 118 final). Véase C. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, «El nuevo marco regulatorio digital de la Unión Europea», en

2. En este sentido y partiendo de la realidad normativa europea aplicable a las situaciones de circulación de los documentos registrales en materia inmobiliaria en supuestos de carácter transfronterizo, el presente trabajo posee un objetivo doble. Así, de un lado, con el mismo se pretende analizar el efecto de tales iniciativas regulatorias en la circulación de documentos públicos en los Registros de la Propiedad en el marco de la UE (*infra* II); ofreciendo estas, asimismo, de otro lado, las claves para la mejora del modelo existente, a la luz de los avances experimentados en la consolidación de un Mercado Único Digital y los impulsos que recientemente se han manifestado en la esfera de la e-Justicia (*infra* III).

No obstante, de forma previa a desarrollar este estudio, resulta conveniente dar cuenta de la realidad jurídicamente fragmentada donde se estarían llevando a cabo los procesos de digitalización de los Registros de la Propiedad en los Estados miembros, así como hacer mención de los obstáculos que esta acción normativa —principalmente de origen estatal— genera.

1. La creciente digitalización de los Registro de la Propiedad estatales en el contexto de la Unión Europea

3. Del mismo modo que en los sistemas nacionales se promueve la digitalización de su administración en el contexto europeo, los Estados miembros también se preocupan por la digitalización de los documentos públicos y de los Registros públicos —incluido el Registro de la Propiedad—. Un proceso que afecta de modo creciente, por lo que hace a esta última dimensión, a aspectos legales tan relevantes y regulados de modo tan dispar en el interior del mercado interior y con un impacto negativo en las libertades de circulación europeas como son: el acceso a la información registral, las limitaciones nacionales sobre el acceso a determinados inmuebles, la regulación de las operaciones encaminadas a la adquisición de inmuebles, la protección de adquirentes de buena fe y de los derechos de terceros, los modos de transmisión de los títulos de propiedad, la eventual financiación de tales transacciones y la eventual constitución de una hipoteca, la validez de los documentos inmobiliarios, así como la inscripción y los requisitos de publicidad registral⁶.

Sin embargo, hay que llamar la atención cómo los actuales y loables esfuerzos legislativos —principalmente de naturaleza estatal— en esta materia, plantean retos jurídicos importantes, en rela-

VELASCO NÚÑEZ, E. (dir.), *Marco normativo de la UE para la transformación digital*, Madrid, La Ley, 2023, pp. 23-70.

⁶ Véase, en este sentido, el estudio publicado por el Parlamento Europeo antes citado, *Cross Border Acquisitions of Residential Property in the EU: Problems Encountered by Citizens*, en sus pp. 37-150.

ción con la circulación transfronteriza de los documentos públicos en formato digital y la cooperación entre los Registros de la Propiedad de los distintos Estados miembros. Y es que, a pesar de las iniciativas —tanto legislativas, como de carácter técnico— nacionales a las que se hace referencia, puede afirmarse que todavía existe un cierto margen (y una legítima necesidad) para que se desarrollen iniciativas regulatorias —tanto de corte internacional como en el seno de la UE, debido al limitado alcance de una actuación puramente estatal e individualizada—, para suprimir los obstáculos mencionados; algo que, en definitiva, y por lo que respecta a la UE, que pueden dificultar el desarrollo del mercado interior —en este caso, como se ha indicado, un Mercado Único Digital— y un espacio de Justicia electrónica en materia civil —la conocida como e-Justicia—.

Así las cosas, en este cambiante contexto que se encuentra en proceso, y antes de pasar a analizar dichas iniciativas legislativas —tanto internacionales, así como de la UE—, resulta conveniente tener en cuenta —aunque sea brevemente— cuáles son los rasgos comunes que presentan las actuales iniciativas nacionales; las cuales se encuentran estrechamente relacionadas con la digitalización de los Registros de la Propiedad y la circulación intra-europea de documentos públicos entre ellos en formato digital —así como cuáles son sus pros y sus contras—⁷.

4. En primer lugar, como se acaba de destacar, los Estados miembros suelen compartir el objetivo de adaptar los sistemas analógicos tradicionales de los Registros de la Propiedad nacionales a la realidad digital actual y creciente. Y ello, con el fin de tanto beneficiarse de las herramientas de las tecnologías de la información —en términos de eficacia y rapidez—, como buscando minimizar los retos jurídicos que dicha tecnología puede conllevar. En este sentido, un análisis somero de los sistemas jurídicos de los Estados miembros en este ámbito revela el uso creciente de herramientas de tecnología de la información para la transmisión y el proceso de inscripción en los Registros de la Propiedad nacionales en todos ellos, con el fin de disfrutar de las ventajas aparejadas a la digitalización en este ámbito.

Una finalidad que, por razón de los diversos riesgos legales a los que se enfrentan —y que igualmente se derivan de la incorporación de estas herramientas informáticas—, también tiene en cuenta la importancia de establecer un marco jurídico adecuado y seguro, en relación con cuestiones como serían la protección de privacidad, los datos personales y el debido respeto de los derechos fundamentales.

⁷ Para ello se puede acudir a la información existente tanto en la página de *e-Justice* (accesible en: https://e-justice.europa.eu/109/EN/land_registers_in_eu_countries?init=true), así como la disponible en la web de la *European Land Registry Network* (accesible en: <https://www.elra.eu/european-land-registry-network/>).

5. Ahora bien, por otro lado, también son diversos los obstáculos que encuentran las iniciativas legislativas nacionales relacionadas con la digitalización de los Registros de la Propiedad y de los documentos públicos que producen. Sobre todo, en relación con las situaciones de naturaleza transfronterizas; interesando, para este estudio y de modo singular, aquellos casos que pudieran tener lugar dentro de la UE. Para comenzar, las iniciativas legislativas nacionales relacionadas con la digitalización de su administración se encuentran con un nivel de desarrollo bien dispar de un Estado miembro a otro, tanto respecto a los requisitos y el alcance de las medidas normativas que implementan, como en relación con las herramientas tecnológicas que utilizan en los procesos electrónicos de las administraciones públicas nacionales- tal y como se pone de manifiesto en publicación del «*Justice scoreboard*»-⁸. Unas particularidades y diferencias que, en consecuencia, afectan también a la incorporación de las soluciones regulatorias nacionales aportadas por los Estados miembros, al respecto de los procesos electrónicos de transmisión e inscripción de documentos públicos ante los Registros de la Propiedad nacionales.

6. Asimismo, en tercer y último lugar, los ordenamientos de los Estados miembros que se encuentran relacionados con los procesos de transmisión y de registro electrónicos de documentos públicos, suelen estar diseñados y considerados para el uso exclusivo de sus autoridades públicas nacionales y no para las extranjeras. En consecuencia, los mismos tienen por efecto el limitar gravemente —o incluso evitar— el acceso electrónico de las autoridades públicas de otros Estados miembros (por no decir también de terceros países) a la operativa de los Registros de la Propiedad electrónicos de los demás Estados miembros. Como resultado de ello, los Notarios y las autoridades públicas de los Registros de la Propiedad de los Estados miembros se enfrentan habitualmente a la exigencia de una doble documentación para la presentación de los documentos públicos electrónicos; debiendo cumplir con las exigencias presentes, tanto en el Estado miembro de origen como en el Estado miembro de destino del documento público.

Por lo tanto, esta doble exigencia documental en origen y en destino, conduce normalmente a un conocido como «efecto cuello de botella». El cual, además de generar costes y graves ineficiencias en el sistema —limitando, en consecuencia, los beneficios normalmente aparejados a la incorporación de las NTICs en los procedimientos de registro—, está llamado a afectar negativamente al juego efectivo de las libertades de circulación de la UE y la consolidación de un Mercado Único Digital.

⁸ Informes donde se hace referencia al nivel de digitalización de la administración de los Estados miembros. Accesibles en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en#assessingnationajusticesystems.

2. La fragmentación normativa en la materia y la necesidad de llevar a cabo una actuación normativa de alcance europeo

7. Como resultado de este proceso de digitalización registral que, como se ha podido apreciar, cuenta con un ámbito de actuación primordialmente a escala estatal, el operador jurídico se sitúa habitualmente ante un panorama normativo altamente fragmentado. Una fragmentación jurídica que, como se ha destacado, genera graves ineficiencias y un alto nivel de inseguridad jurídica. Una de las razones que explican esta perspectiva tan localista, y que afecta directamente a los procesos de transmisión e inscripción electrónica ante los Registros de la Propiedad de naturaleza transfronteriza, se refiere a la común falta de conciencia del elemento internacional cuando las instituciones nacionales de los Estados miembros elaboran su nueva legislación. Algo que, en último extremo, hace gravoso garantizar la libre circulación de los documentos públicos digitales extranjeras en el mercado interior, creando serias dificultades a la gestión jurídica de los procesos de transmisión e inscripción electrónica intra-UE ante los Registros de la Propiedad.

Por todo ello, no cabe duda de que, mientras las iniciativas nacionales no prevean además soluciones específicas para estas situaciones transfronterizas, las autoridades responsables de la inscripción registral inmobiliaria de los Estados miembros deberán considerar la aplicación subsidiaria de las normas de Derecho internacional privado. Las cuales, a su vez, suelen contar con un origen nacional y verse reguladas por lo previsto en el ordenamiento del lugar de situación del Registro de la Propiedad afectado, a partir del juego de la tradicional *lex rei sitae* en este ámbito⁹.

8. Una fragmentación legal a nivel estatal que, a su vez, hay que subrayar que lamentablemente no se ve superada por efectos de las normas actuales de Derecho internacional privado elaboradas en el seno de la UE; tal y como se aprecia de un atento análisis de los instrumentos elaborados en el ámbito de la Cooperación judicial civil y mercantil europeo. En consecuencia, ante este complejo e incierto panorama normativo, debe advertirse que resulta urgente reforzar la seguridad

⁹ A modo ilustrativo, los arts. 1 (*a contrario*) y 4 de la propuesta consolidada de Documento GEDIP aprobada Milán en 2023 «The law applicable to rights *in rem* in corporeal assets» (<https://gedip-egpil.eu/en/2023/milan-2023/>). En el caso español, el art. 10.1 del Cc remite a las cuestiones relativas a la publicidad de los derechos reales a este ordenamiento. Sobre el mismo, entre otros, A. ORTEGA GIMÉNEZ, «Los derechos reales en el Derecho Internacional privado», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), *Derechos reales. Tratado practico interdisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 230-264, pp. 259-261. Véase, sin embargo, sobre las matizaciones y actual crisis de este tradicional criterio de conexión, I. HEREDIA CERVANTES, «Algunos apuntes sobre la regulación conflictual de los Derechos reales», en: AA.VV., *Pacis Artes*. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos, Madrid, Eurolex, 2005, T. II, pp. 1645-1661.

jurídica del sistema actual en la UE y, en relación con ello, desarrollar iniciativas jurídicas supranacionales en este ámbito, para así garantizar la aceptación de documentos públicos extranjeros en formato digital en los Registros de la Propiedad de los Estados miembros en situaciones transfronterizas. Y ello para, de este modo, poder eliminar los obstáculos que pudieran surgir para el ejercicio de las libertades de circulación propias de la UE; alcanzando un mayor nivel de cooperación en este ámbito que permita una libre circulación en la UE de los documentos públicos electrónicos del Registro de la Propiedad.

II. LA COMPLEJA SITUACIÓN ACTUAL: UN ALEGATO POR UNA INICIATIVA EUROPEA FAVORECEDORA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

9. Aparte de las dificultades que acaban de ser mencionadas, derivadas de la habitual aplicación de las normas nacionales a los supuestos transfronterizos de circulación de documentos públicos entre los Registros de la Propiedad de los Estados miembros; cabe subrayar como, ni las actuales soluciones internacionales ni las de la UE ofrecen una solución sólida para la circulación de los documentos públicos electrónicos del Registro de la Propiedad en el mercado interior. En este sentido, de forma previa al estudio de la situación legislativa europea vigente (*infra* 2), se analizará la respuesta existente actualmente en el contexto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado (*infra* 1).

1. Insuficiencia del marco normativo internacional existente

10. Desde una perspectiva internacional, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) ha desempeñado un papel activo en el ámbito de la circulación internacional de documentos públicos. Tal y como se aprecia en el transcendental *Convenio de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros*¹⁰. Sin embargo, hay que ser

¹⁰ Por lo que hace a su juego en España, *BOE* núm. 229, de 25 de septiembre de 1978. Asimismo, el Real Decreto 2433/1978, por el que se determinan los funcionarios competentes para realizar la legalización única o apostilla prevista por el Convenio XII de la Conferencia de La Haya de 5 de octubre de 1961 (*BOE* núm. 248, de 17 de octubre de 1978). Véase A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «De la exigencia de legalización a la libre circulación de documentos», en FONT I MAS, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudio sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 27-46; P. DIAGO DIAGO, «La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión

conscientes de que el Convenio sobre la Apostilla de 1961 de la HCCH planteó importantes retos en relación con el proceso de digitalización de los documentos públicos nacionales, lo que derivó en la puesta en marcha de un Programa de Apostilla Electrónica («el e-APP») en 2012¹¹. En síntesis, la aplicación electrónica de la HCCH consta básicamente de dos elementos tecnológicos principales, a saber, las Apostillas electrónicas y los Registros electrónicos, y ya ha sido implantada por 46 Partes Contratantes —7 de ellos, Estados miembros de la UE—¹².

Con todo, y a pesar de sus innegables ventajas prácticas, el e-APP del HCCH parece ofrecer tan solo una solución limitada para garantizar plenamente la aceptación de documentos públicos extranjeros en formato digital y la libre circulación en la UE de los documentos públicos electrónicos del Registro de la Propiedad. A este respecto, por lo tanto, a pesar de su relevancia, no olvidemos que el e-APP solo prevé un sello de autenticidad digitalizado, que debería confrontarse en último extremo con los objetivos más ambiciosos de la UE para la libre circulación de documentos públicos en el ámbito de la Justicia Civil. Por lo que, en definitiva, no respondería plenamente a los retos que se han mencionado anteriormente.

2. Mercado Único Digital y Registro de la Propiedad

11. Por consiguiente, si se tiene en cuenta tanto la insuficiencia que se deriva de una actuación exclusiva a escala estatal como las limitaciones de la repuesta legislativa convencional, hay que afirmar que sigue siendo necesario que las instituciones de la UE den un paso deci-

entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano», en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, núm. 1, pp. 81-132; P. ZABLUD, «The 1961 Apostille Convention – authenticating documents for international use», en *The Elgar Companion to The Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, pp. 277-287.

¹¹ Véase <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=49&cid=41>. Por lo que hace a su aplicación en España, téngase en cuenta la Orden JUS/1207/2011, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de Apostillas del Ministerio de Justicia y se regula el procedimiento de emisión de apostillas en soporte papel y electrónico (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 2011); modificado por la Orden JUS/257/2013, por la que se crean, modifican y suprimen ficheros automatizados con datos de carácter personal del departamento y sus organismos públicos (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2013).

¹² Véase Ch. BERNASCONI, «The Electronic Apostille Program (e-APP): Bringing the Apostille Convention into the Electronic Era», en *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 199-212; D. JERKER y B. SVANTESSON, «The (uneasy) relationship between the HCCH and information technology», en *The Elgar Companion...*, op. cit., pp. 449-463; A. RODRÍGUEZ BENOT, «La aplicación de las nuevas tecnologías a la cooperación jurídica internacional: la apostilla electrónica», en *Derecho internacional privado —derecho de la libertad y el respeto mutuo—, Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, CEDED/ ASADIP, 2010, pp. 649-665.

sivo hacia la libre circulación de los documentos públicos del Registro de la Propiedad —incluidos aquellos que están en formato digital—.

En este sentido, y relacionado con esto, cabe señalar que para lograr la plena consolidación de un espacio de seguridad, libertad y justicia europeo —incluido favorecer la tutela judicial efectiva, así como la aplicación del principio de reconocimiento mutuo al respecto de las resoluciones judiciales y extrajudiciales— al que se refiere el art. 67 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) cuenta con una importancia capital para una auténtica circulación intra-europea de documentos públicos registrales. Sin embargo, como ya se ha expuesto, los Reglamentos elaborados en el ámbito de la política de Justicia Civil de la UE, no solo ofrecen una solución limitada para su libre circulación en un mercado crecientemente digital, así como no se refieren directamente a los documentos públicos digitales del Registro de la Propiedad.

No obstante lo expuesto, igualmente es cierto —como ya se ha señalado al inicio de este estudio— que estamos siendo testigos del titánico esfuerzo técnico y normativo que se ha desplegado en los últimos tiempos para favorecer un Mercado Único Digital interconectado en la UE. El cual se despliega desde diferentes frentes y en relación con diversos ámbitos que resultan de interés para la materia que se está analizando. A tales iniciativas se hará referencia seguidamente, destacando su incidencia en el proceso de la digitalización de la actividad registral inmobiliaria y en la libre circulación de los documentos públicos digitales registrales en el Mercado Único Digital europeo.

2.1. La importancia de la identificación electrónica y de la protección de datos personales como punto de partida

12. A este respecto y, en primer término, puede hacerse mención a los avances legislativos de origen europeo previsto en relación con los ciudadanos. Cuyos objetivos se relacionan con la publicación de «Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital»¹³. La cual afecta, de modo singular, a dos extremos de indudable interés, por lo que respecta a la actividad registral transfronteriza en formato digital en el seno de la UE.

a) Por un lado, la actividad digital de los ciudadanos en el Mercado Único Digital debe tener en consideración la importancia que posee la protección de sus datos personales¹⁴. A este respecto cabe hacer mención a la ordenación de los datos personales, como se recoge en la conocida como Estrategia europea de datos 2020; incidiendo

¹³ COM (2022) 28 final.

¹⁴ Tal y como se recoge en el art. 16 del TFUE y los arts. 7 y 8 de la CDFUE.

en el Reglamento (UE) núm. 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos)¹⁵ y que habría dado lugar a la aprobación del Reglamento (UE) núm. 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos)¹⁶.

b) Al igual que, en otro orden de ideas, y con la finalidad de facilitar la actuación de los ciudadanos en el Mercado Único Digital de forma segura, se contemplaría la conveniencia de desarrollar una Identidad Digital Europea, a la que responde el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE —esto es, el Reglamento eIDAS—¹⁷.

2.2. *La fundamental libertad de circulación de personas y los irrelevantes resultados alcanzados en este ámbito para esta materia*

13. Otro sector de gran relevancia para el presente estudio, y donde igualmente se habría previsto una intervención legislativa encaminada a favorecer la incorporación de las nuevas herramientas digitales, se localiza al respecto de la fundamental libertad de circulación de personas en el interior de la UE¹⁸. Una actuación regulatoria europea que se habría proyectado, en particular, en la elaboración del destacado Reglamento (UE) núm. 2016/1191, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación

¹⁵ DO núm. L 119, de 4 de mayo de 2016.

¹⁶ DO núm. L 152, de 3 de junio de 2022.

¹⁷ DO núm. L 257, 28 de agosto de 2014. Igualmente, la Decisión de ejecución (UE) 2015/296 de la Comisión de 24 de febrero de 2015 por la que se establecen las modalidades de procedimiento para la cooperación entre los Estados miembros en materia de identificación electrónica con arreglo al art. 12, apartado 7, del Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (DO núm. L 53, de 25 de febrero de 2015). No obstante, téngase en cuenta el recientemente publicado Reglamento (UE) 2024/1183 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 910/2014 en lo que respecta al establecimiento del marco europeo de identidad digital (DO núm. L, de 30 de abril de 2024), donde se modifica el art. 51 del instrumento precedente, estableciendo la aplicación interina de los certificados y sistemas tecnológicos previstos en aquél hasta el 21 de mayo de 2026 o 2027, según los casos previstos.

¹⁸ Cuya base legal se encuentra en el art. 21.2 del TFUE. Véase Considerando 1.

de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012¹⁹.

En este sentido, no cabe duda de que este destacable instrumento europeo cuenta con una gran transcendencia práctica al respecto de la circulación de documentos públicos en formato digital en el interior de la UE. Y ello, tanto por su carácter pionero — al ser el primer instrumento europeo que trata específicamente el problema de la libre circulación de documentos públicos dentro de la UE—, como por estar diseñado para superar el actual fraccionamiento legislativo existente en el ámbito de la libre circulación de los documentos públicos en el interior de la UE²⁰. No obstante, por lo que hace a sus resultados efectivos, debe subrayarse que este instrumento ha sido duramente criticado, por el hecho de no llegar a lograr los objetivos que el legislador de la UE se fijó en un inicio²¹.

14. Esta sensación de cierta insatisfacción se manifiesta, de forma particular, en la materia analizada en este estudio. Así, debe destacarse que, del tenor literal de su art. 2, solo puede concluirse su no aplicación a la circulación de documentos del Registro de la Propiedad (independientemente de que sean en papel o electrónicos). Y ello, a pesar de que en el art. 3.1, i) de la Propuesta de Reglamento de 2013, se incluía en la definición de documento público a «*la propiedad inmobiliaria*»²². Una interesante previsión que hubiera implicado un destacado avance para la materia analizada.

Sin embargo, el resultado fue que la misma no tuvo traslado al texto definitivo del instrumento, siendo que su exclusión no encuentra una explicación en los Considerandos del Reglamento de 2016²³. Una eliminación que, sin duda alguna, implica una auténtica oportunidad perdida, que sigue dejando huérfano de soluciones de origen europeo a la circulación de documentos públicos digitales en materia de propiedad inmobiliaria, suponiendo un lamentable e injustificado perjuicio para la libre circulación de personas en la UE en este ámbito.

¹⁹ DO núm. L 200, de 26 de julio de 2016.

²⁰ J. FITCHEN, *The Private International Law of Authentic Instruments*, Oxford, Hart, 2022, p. 96; M. GUZMÁN ZAPATER, «La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea», en FONT I MAS, M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 85-122, pp. 90-96.

²¹ M. FONT I MAS, «La libera circolazione degli atti pubblici in materia civile: un passo avanti nello spazio giudiziario europeo», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, núm. 1, pp. 104-125, p. 116.

²² COM (2013) 228 final.

²³ Véanse los Considerandos 6 a 16.

2.3. *Los esfuerzos encaminados a favorecer la Cooperación judicial civil digital y sus limitados efectos en relación con la materia analizada*

15. Otro destacado sector que igualmente se encuentra directamente relacionado con la finalidad de favorecer la circulación de documentos inmobiliarios en formato digital se refiere al ámbito de la libertad, seguridad y justicia y en, concreto, a la Cooperación judicial en materia civil, por medio de la que se promociona una justicia electrónica europea²⁴. Y es que la actividad normativa desarrollado en el ámbito de la e-Justicia en la UE posee un significativo potencial para alcanzar el objetivo señalado. No obstante, se aprecia nuevamente como los resultados logrados en este sector resultan finalmente escasamente satisfactorios. Por lo que la aplicación del principio europeo de reconocimiento mutuo y la libertad de circulación de documentos públicos en materia inmobiliaria no se encontraría plenamente garantizada en estos momentos, tampoco en relación con aquellos documentos en formato digital.

Entre los documentos que justificarían esta respuesta negativa se situaría el Informe elaborado por el Parlamento Europeo en 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el documento público europeo²⁵. En este significativo Informe, enmarcado en el Programa de La Haya de 2005, para cumplir con el objetivo de cumplir con el principio de reconocimiento mutuo y para garantizar un auténtico espacio europeo de justicia civil que favoreciera las libertades de circulación²⁶, se hace mención a los documentos públicos elaborados en el ámbito inmobiliario, para finalmente recomendar su exclusión al subrayar que²⁷:

Las diferencias existentes en la estructura y la organización de los sistemas de los registros públicos en el ámbito de la propiedad inmobiliaria. Junto con las diferencias por lo que respecta a las diferencias relativas a la naturaleza y la escala de la fe pública que se les atribuye, imponen la exclusión del ámbito del Derecho inmobiliario de un futuro instrumento comunitario, dada la estrecha correlación existente en entre la forma de establecer un documento público, por un lado, y la inscripción en el registro público, por otro.

16. El hecho es que, hasta la fecha actual, la respuesta dada por la UE en el marco de esta política europea resulta especialmente insatisfactoria, no contado con un marco normativo general y homogéneo que sea de aplicación a la actividad inmobiliaria intra-europea. En esta

²⁴ En desarrollo del art. 81 TFUE.

²⁵ 2008/2014 (INI).

²⁶ COM (2004) 184 final.

²⁷ Véase Considerandos N y 4

línea, se puede apreciar como las normas de origen europeo elaboradas en este sector, o bien no están diseñadas para cubrir las particularidades de la transmisión y del registro electrónicos dentro de la UE —y, a pesar del juego del principio de «neutralidad tecnológica», no incorporan procedimiento especial desarrollado alguno para garantizar plenamente la libre circulación de documentos públicos²⁸; o bien suelen llegar a excluir los aspectos registrales de su ámbito de aplicación material²⁹.

Por lo que puede afirmarse que, a pesar de su interés, lamentablemente hoy por hoy, el juego de este conjunto normativo de origen europeo no garantizaría plenamente el principio de reconocimiento mutuo y la libre circulación de documentos públicos digitales de acceso a los Registros nacionales de Propiedad dentro del espacio judicial de la UE.

17. No obstante lo expuesto, en los últimos años estamos siendo testigos del extraordinario esfuerzo a favor de la digitalización que se está realizando en la UE, afectando singularmente a la materia de la Cooperación judicial en materia civil. Algo que podría resultar una excelente oportunidad para garantizar la circulación de los documentos públicos en materia inmobiliaria elaborados en formato digital. Así las cosas, esta acción normativa habría alcanzado ya al ámbito particular de la libertad, la seguridad y la justicia, como se subraya en el documento de 2020 «Digitalización de la justicia en la Unión Europea. Una caja de herramientas de oportunidades»³⁰.

Como resultado de ello, la UE no solo estaría desarrollando una infraestructura digital propiamente europea, sino que esta estrategia está afectando a varios aspectos significativos —tanto legislativos como técnicos—, de la Justicia Civil en Europa. En este sentido, cabe desta-

²⁸ Así, por ejemplo, los Arts. 58 y 60 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO L 351, de 20 de diciembre de 2012*).

²⁹ De este modo, con una redacción similar, tanto el art. 1.2, l) del Reglamento (UE) núm. 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 (*DO L 201, de 27 de julio de 2012*); como los arts. 1.2, h) del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (*DO L 183, de 8 de julio de 2016*) y del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (*DO L 183 de 8 de julio de 2016*).

³⁰ COM (2020) 710 final. Véase, con carácter general, A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *El Derecho privado europeo en la transformación digital*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

car la aprobación de los distintos «Planes Plurianuales de Acción»³¹; las Conclusiones del Consejo sobre Eurojust de 2019³²; la Comunicación «La digitalización de la Justicia en la UE un abanico de oportunidades» de 2020³³; o la «Estrategia Europea Relativa a la Justicia en Red para 2024-2028» de 2023³⁴.

18. En primer lugar, por lo que respecta al desarrollo de herramientas e infraestructuras digitales con incidencia en los instrumentos de Cooperación judicial de la UE, puede hacerse mención del «Portal Europeo de e-Justicia»³⁵; la creación de la «Agencia de la Unión Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia» (EU-LISA)³⁶; así como la valiosa información que se ha ido recogiendo sobre los índices de digitalización en los informes relativos al citado «*Justice scoreboard*».

Y ello, sin olvidar la importancia que poseen para cumplir con tales objetivos, tanto el Reglamento (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de la Cooperación policial y judicial, el asilo y la migración y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 y (UE) 2019/816³⁷; como el Reglamento núm. 2022/850, sistema informatizado para la distribución y el intercambio electrónico transfronterizo de datos procesales en el ámbito de la Cooperación judicial en materia civil y penal —esto es, el sistema e-CODEX (*e-Justice Communication via on-line Data Exchange*)—³⁸.

³¹ C. ARANGÜENA FANEGO, «La acción de la Unión Europea en materia de e-Justicia», en DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M. (coords.), *La e-Justicia en la Unión Europea. Desarrollos en el Ámbito Europeo y en los ordenamientos nacionales* (coord. por), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 23-68, p. 25.

³² DO núm. L 412, de 9 de diciembre de 2019. A la cual ha seguido la constitución de la «Unidad Europea de Cooperación Judicial en la era digital».

³³ COM (2020) 710 final.

³⁴ En: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/08/eu-takes-important-step-towards-digitalisation-of-justice-systems/>.

³⁵ En: <https://e-justice.europa.eu/home?action=home>.

³⁶ Reglamento (UE) núm. 2018/1726 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), y por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 1987/2006 y la Decisión 2007/533/JAI del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) núm. 1077/2011 (DO núm. L 259, de 21 de noviembre de 2018).

³⁷ DO núm. L 135, de 22 de mayo de 2019.

³⁸ DO núm. L 150, de 1 de junio de 2022. Sobre el e-CODEX, N. CRISTIAN, S. DRAGOS y K. HALDI, «L'e-CODEX et la plateforme européenne de transmission des documents», en SCHMITZ, M. (dir.), *La signification des actes judiciaires et extrajudiciaires en Europe. Analyses, jurisprudences et perspectives du Règlement UE núm. 2020/1784*, Bruselas, Bruylant, 2022, pp. 105-119; M. VELICOGNA, «Coming to Terms with Complexity Overload in Transborder e-Justice: The e-CODEX Platform», en CONTINI, F. y LANZARA, F. G. (eds.), *The Circulation of Agency in E-Justice Law* (ed. por), Heidelberg, Springer, 2014, pp. 309-330; A. M. VICARIO

19. En segundo lugar, y con una base jurídica en el art. 81 del TFUE, debe destacarse el importante y reciente esfuerzo realizado en el ámbito de la Cooperación judicial en materia civil europea para incorporar herramientas digitales para aprovechar los beneficios que de su empleo se derivan. Tal y como se aprecia, en un primer término y con una naturaleza sectorial, en los Reglamento (UE) núm. 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil («obtención de pruebas») (versión refundida)³⁹; el Reglamento (UE) núm. 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») (versión refundida)⁴⁰.

A su vez, junto a estos dos relevantes instrumentos y como complemento a los mismos, destacan el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 2022/422 de la Comisión de 14 de marzo de 2022, por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado a que se refiere el Reglamento (UE) núm. 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo; el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 2022/423 de la Comisión de 14 de marzo de 2022, por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado a que se refiere el Reglamento (UE) núm. 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo⁴¹.

PÉREZ, «Cooperación judicial digital en la Unión Europea, e-CODEX como sistema de intercambio electrónico transfronterizo de datos procesales», en SUÁREZ XAVIER, P.R. y VICARIO PÉREZ, A.M. (dirs.), *Cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea. Retos pendientes y nuevos desafíos ante la transformación digital del proceso*, Barcelona, Bosch, 2023, pp. 233-266.

³⁹ DO núm. L 405, de 2 de diciembre de 2020. Al respecto del mismo, L. FUMAGALLI, «Problemi vecchi e nuovi nella cooperazione per l'assunzione delle prove all'estero in materia civile: la rifusione della disciplina nell'unione europea», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 2021, núm. 4, pp. 844-877; V. RICHARD, «La refonte du règlement sur l'obtention des preuves en matière civile», *Rev. Crit. DIP*, 2021, 1(1) pp. 67-77.

⁴⁰ DO núm. L 405, de 2 de diciembre de 2020; así como, la corrección de errores publicada en DO núm. L 188, de 27 de julio de 2023. Sobre el mismo, M. AGUILERA MORALES, «El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos: novedades e implicaciones internas», *RGDE*, 2022, núm. 57, pp. 6-36; A. ANTHIMOS y M. REQUEJO ISIDRO (eds.), *The European Service Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2023; B. BAREL, «Le notificazioni nello spazio giuridico europeo dopo il regolamento (UE) 2020/1784», *Riv.dir.int.pr.proc.* 2022, núm. 3, pp. 531-561; N. MARCHAL ESCALONA, «El nuevo marco europeo sobre notificación y obtención de pruebas en el extranjero: hacia un espacio judicial europeo digitalizado», *REDI*, 2022, vol. 72, núm. 1, pp. 155-179; V. RICHARD, «La refonte du règlement sur la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires», *Rev.crit. DIP*, 2021, núm. 2, pp. 349-360; M. SCHMITZ (dir.), *La signification des actes judiciaires et extrajudiciaires en Europe*, op.cit.

⁴¹ DO núm. L 87, de 15 de marzo de 2022.

Al igual que, ya con una naturaleza transversal, el más reciente Reglamento (UE) núm. 2023/2844 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial; así como la Directiva (UE) núm. 2023/2843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023, por la que se modifican las Directivas 2011/99/UE y 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2003/8/CE del Consejo y las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2003/577/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI, 2008/947/JAI, 2009/829/JAI y 2009/948/JAI del Consejo, en lo que respecta a la digitalización de la cooperación judicial⁴².

20. Como consecuencia de lo expuesto, se aprecia una decidida apuesta por el desarrollo de la e-Justicia en la UE. No obstante, a pesar de los notables esfuerzos legislativos realizados por las instituciones de la UE en este sector, tales instrumentos inciden solo tangencialmente a la actividad registral en materia inmobiliaria, por lo que todavía persisten los retos y los problemas jurídicos mencionados en relación con la circulación de los documentos electrónicos públicos producidos por los Registros de la Propiedad de los Estados miembros.

Consecuentemente, si tenemos en cuenta las disparidades de las soluciones nacionales dentro de la UE y las soluciones limitadas presentes en los convenios internacionales, resulta necesario reconsiderar el modelo actual desde la perspectiva de la UE. Y ello, con el objetivo de que los principios europeos de libre circulación y reconocimiento mutuo estén plenamente garantizados en el ámbito de los documentos públicos electrónicos al respecto de la actividad inmobiliaria y la labor que desarrollan los Registros de la Propiedad en el mercado interior.

III. ELEMENTOS DE UN FUTURO MODELO EUROPEO PARA LA CIRCULACIÓN TRANSFRONTERIZA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS ENTRE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

21. Como se acaba de poner de relieve, los ciudadanos europeos encuentran serios obstáculos legales y elevados costes en la realización de operaciones inmobiliarias transfronterizas en la actualidad. Y ello, a

⁴² DO núm. L, de 27 de diciembre de 2023. El Reglamento (UE) 2022/2844 ha sido aprovechado, a su vez, para realizar una modificación puntual del Reglamento (UE) núm. 2020/1784, modificando sus arts. 12.7 y 13.3, así como incorporando un nuevo art. 19 *bis*, por medio de su art. 24.

pesar de situarnos en un escenario de creciente digitalización de los Registros de Propiedad estatales y de la Cooperación judicial en materia civil en Europa. Así, a pesar de las evidentes diferencias que persisten hoy por hoy, por lo que respecta a la estructura y a la organización de los sistemas de los Registros de la Propiedad inmobiliaria entre los Estados miembros, la UE comprometerse en mejorar el modelo de circulación de los documentos públicos en este ámbito, pudiendo aprovechar el propicio momento que estamos viviendo en el ámbito de la digitalización de la administración pública y la Cooperación judicial en materia civil europea. El hecho es que, a pesar de los esfuerzos regulatorios a los que se ha hecho referencia, estos no toman en consideración las peculiaridades de este tipo de transacciones, y tampoco se atienden debidamente ni desde la normativa convencional, ni desde la europea; resultando igualmente ineficiente el recurso a la normativa estrictamente estatal en supuestos transfronterizos.

Por todo ello, habría que aprovechar el efervescente momento normativo y la atención que está recibiendo la digitalización, para minimizar los obstáculos legales que encuentran los documentos públicos digitales en el ámbito inmobiliario, para que puedan circular en el interior del mercado interior. Como resultado de lo expuesto y con el fin de desarrollar un marco jurídico para la UE que elimine los obstáculos jurídicos actuales y que favorezca la libre circulación y el reconocimiento mutuo en relación con los documentos públicos que —elaborados en formato digital y en supuestos de naturaleza transfronteriza— accedan a los Registros de la Propiedad de los Estados miembros, deben establecerse: tanto las bases de la respuesta jurídica de la UE que sirva a este fin, así como los principales elementos operativos del mismo. A ello se dedicará el presente apartado. Una construcción para la que ya se disponen de elementos valiosos en la propia actividad normativa europea más reciente, que pueden servir de inspiración y fundamento para el legislador europeo.

1. Bases y objetivos del modelo

22. En cuanto a la base y los principales objetivos del modelo que podría adoptar la UE para cumplir con los objetivos mencionados, los futuros esfuerzos legislativos deberían tener como objetivo fundamental la plena aplicación y desarrollo del art. 67 del TFUE. En relación con ello, e informada por los principios de confianza mutua, neutralidad tecnológica y de equivalencia funcional, la legislación de la UE debería perseguir el pleno desarrollo de un Mercado Único Digital, que afectase también a la circulación transfronteriza de documentos públicos que puedan acceder a los Registros de la Propiedad.

Como consecuencia de ello, estimamos que para servir al objetivo último del reconocimiento mutuo de los documentos públicos en materia inmobiliaria —y siendo plenamente conscientes de las diferencias existentes en la regulación de los Estados miembros—, el futuro modelo debería apostar por favorecer su circulación transfronteriza y reducir las situaciones de duplicidad de la documentación y el efecto de «cuello de botella» antes mencionados —de forma paralela a lo que ya acontece con las resoluciones judiciales en materia civil en la UE—; pudiendo comenzarse por aceptar el control de la autenticidad y de validez de un documento público extranjero por parte de la autoridad pública competente del Estado miembro de origen, respetando al mismo tiempo la normativa y los requisitos locales propios del Registro de la Propiedad del Estado miembro de destino.

23. Además de lo expuesto, el futuro sistema europeo debería inspirarse en objetivos tan significativos como la accesibilidad transfronteriza y la transparencia de la información del Registro de la Propiedad (algo que podría lograrse mediante el uso del Portal e-Justicia), así como facilitar el registro de documentos públicos transfronterizos en formato digital (con la ayuda de la plataforma e-CODEX).

En relación con tales objetivos, las instituciones de la UE deberían aprovechar plenamente las oportunidades que ofrecen las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, para así reducir los obstáculos jurídicos a la circulación transfronteriza de documentos públicos; proporcionando también un nivel sólido de protección de los datos personales y de respeto de los derechos fundamentales. En cuanto al instrumento normativo para alcanzar tales fines, en atención a que la base jurídica utilizable, ésta podría ser el art. 81 del TFUE; en esta línea, sería igualmente aconsejable que la UE utilizara un Reglamento —bien modificando uno ya existente, bien desarrollando un instrumento *ad hoc*— para implementar este nuevo marco legislativo.

24. Adicionalmente, y con respecto a los elementos digitales de un futuro modelo de la UE para la circulación transfronteriza de documentos públicos que puedan acceder a los Registros de la Propiedad digitalizados y su posible funcionamiento, las instituciones de la UE podrían aprovechar las diversas iniciativas dignas de mención que, desde la práctica, se han ido sucediendo durante los últimos tiempos, de forma paralela a que se fueran digitalizando los Registros de la Propiedad y la actividad inmobiliaria transfronteriza en general.

Así, resulta altamente conveniente acudir a la atesorada experiencia que han acumulado en este ámbito tanto la Asociación Europea de Registros de la Propiedad (ELRA), como de los Notarios Europeos. De tal modo que debería prestarse especial atención a los proyectos e iniciativas de ELRA, como el desarrollo de una Red Europea de Registros de la Propiedad (ELRN) y el Documento Europeo de Registro

de la Propiedad (ELRD), así como a las lecciones aprendidas en los sucesivos Proyectos CROBECO e IMOLA (I a III)⁴³; así como la publicación de la página *Authentic Acts* y a los resultados del Proyecto EUFides promovido por los Notarios Europeos⁴⁴.

2. Funcionamiento del modelo

25. Por otra parte, respecto al funcionamiento de un eventual modelo europeo que favoreciese la circulación transfronteriza de los documentos públicos en materia inmobiliaria en formato digital, desde la perspectiva de las instituciones de la UE, y con el fin de favorecer una plena garantía de la libre circulación y el reconocimiento mutuo para los documentos públicos electrónicos que accedan a los Registros de la Propiedad, podrían considerarse recurrir a variados elementos técnicos del sistema. A este respecto, además de poderse acudir a las herramientas de comunicación previstas en Reglamento (UE) núm. 2020/1784 —que incluye los documentos extrajudiciales—, igualmente podrían aprovecharse los mecanismos de cooperación presentes en el Reglamento (UE) núm. 2023/2844.

a) Para empezar, los Registros de la Propiedad de los Estados miembros deberían estar totalmente interconectados y ser intreroperativos, a través de un sistema descentralizado de tecnología de la información de la UE. Una plataforma interconectada, que también proporcionase acceso a las autoridades extranjeras de otro Estado miembro a otro; siguiendo así el ejemplo del Reglamento de notificación y traslado de documentos mediante el uso de la plataforma e-CODEX. Para su empleo, podría utilizarse el sistema informático de referencia al que hacen mención los Reglamentos en materia de Cooperación judicial civil.

b) Más aún, el futuro sistema de la UE también debería aceptar la comunicación y cooperación electrónicas directas entre las autoridades públicas competentes de los Estados miembros, así como proporcionar mecanismos de información y herramientas de asistencia en línea (utilizando el Portal e-Justicia), al igual que poder contar con el punto de acceso electrónico europeo como se contempla en el marco de los Reglamentos (UE) núm. 2020/1784 y núm. 2023/2844 (también con la asistencia de la ELRN).

c) Además, para facilitar la transmisión de esos documentos entre los Estados miembros, deberían incluirse en los anexos formularios multilingües con documentos electrónicos normalizados, tal y como se prevé en todos los instrumentos europeos en materia de Cooperación judicial civil. Junto a ello, el sistema también debería tener en cuenta

⁴³ Véase: <https://www.elra.eu/>

⁴⁴ Véase: <https://www.authentic-acts.eu/en/>

el desarrollo de un manual accesible electrónicamente, un glosario y un modelo semántico común, además de incluir directrices, preguntas frecuentes y ejemplos de buenas prácticas.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

26. En la actualidad, y a diferencia de lo que sucede con las resoluciones judiciales, la legislación de la UE vigente en el marco de política de Cooperación judicial en materia civil no garantiza plenamente la libre circulación de los documentos públicos de posible acceso a los Registros de la Propiedad en la UE —ya sea en soporte en papel, como en soporte electrónico—. Este entorno jurídico tan poco proclive no sólo resulta tremendamente ineficiente, sino que igualmente implica un riesgo para la seguridad jurídica; dificultando seriamente el debido cumplimiento de los objetivos de un correcto funcionamiento del mercado interior, el desarrollo de un espacio de justicia civil en la Unión, así como —en última instancia— la propia consolidación de un Mercado Único Digital. En consecuencia, se puede afirmar que, al menos dentro de las competencias propias de la UE, no cabe duda alguna de que la situación normativa actual debería revertirse; siendo responsabilidad de las instituciones europeas el actuar con valentía y tomar las medidas necesarias para corregir la situación presente.

Por lo tanto, resultaría altamente aconsejable reconsiderar el modelo regulatorio actual, con el fin de eliminar los mencionados obstáculos jurídicos que genera la situación actual. Aunque lo cierto es que, para alcanzar este objetivo, las instituciones de la UE no necesitarían partir de cero, sino que pueden encontrar buenos modelos en la actual legislación de la UE elaborada en los ámbitos de la Justicia civil y el Mercado interior. Un sector que, como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, habría centrado una singular atención al legislador europeo en años recientes, en vistas la digitalización de la normativa en materia de Cooperación judicial civil.

En este sentido, el legislador europeo debería valorar las posibilidades que actualmente ofrecen las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, pero también implementar las soluciones ya presentes para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, la notificación electrónica de documentos, o incluso se aprecia en legislación europea más reciente, donde se simplifican los requisitos de presentación de determinados documentos públicos. Y todo ello, sin dejar de lado que, para alcanzar este ambicioso objetivo, las instituciones de la UE deberían prestar mucha atención y tener en cuenta la rica experiencia atesorada en este ámbito por los propios responsables de los Estados miembros en los ámbitos notarial y registral en Europa.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW ON RIGHTS IN REM IN THE EUROPEAN UNION
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA
María Font-Mas (dir.)
ISBN: 978-84-1381-849-8
Madrid, 2024
pp. 653-667
DOI: 10.37417/PILRIRUE/29
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

LEGAL IMPLICATIONS OF CRYPTO-BACKED MORTGAGES AND PLEDGES: A PRIVATE INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE

Silvana CANALES GUTIÉRREZ*
Universitat Rovira i Virgili

SUMMARY: I. INTRODUCTION.— II. THE POSITION OF THE EUROPEAN UNION ON USING CRYPTOCURRENCIES AND CRYPTO-ASSETS.— III. THE INTERNATIONAL ELEMENT IN MILO’S CRYPTO-BACKED MORTGAGES.— IV. SOME PARTICULARITIES OF THE MORTGAGES IN THE U.S. COMPARED TO THE EU.— V. MORTGAGES ON BITCOIN: PRACTICAL APPROACH ON INTERNATIONAL JUDICIAL COMPETENCE.— VI. THE PLEDGE ON CRYPTOCURRENCIES: 1. The French intangible pledge; 2. Delaware’s intangible pledge.— VII. THE PURCHASE POSSIBILITY.— VIII. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCTION

The global financial crisis of 2007, generated mainly by the default of *subprime* mortgages in the United States, had a negative impact on international banks and therefore on the global market. The crisis has forced governments, especially those of the Member States and the authorities of the European Union, to prioritize the importance of

* Postdoctoral researcher and Private International Law Professor at the Rovira i Virgili University (URV) (silvana.canales@urv.cat). This study has been conducted in the framework of the research Project “Property rights system over tangible goods in the field of European Private International Law: aspects of international jurisdiction and applicable law” funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation (Ref. PID2020-112609GB-I00). All the websites mentioned in this study were visited on 1 April 2024.

home ownership¹. This was exacerbated from 2020² onwards by the COVID-19 pandemic, making housing the main refuge and the center of life, work and leisure for individuals and families worldwide³.

In the European Union, although the COVID-19 pandemic wreaked havoc on the economy and maximized the difficulties in accessing housing, it is not possible to ignore the existence of a legal and non-economic constraint to its access, Directive 2014/17/EU⁴, which recognizes in its recital (3) the following:

The financial crisis has shown that irresponsible behavior by market participants can undermine the foundations of the financial system, leading to a lack of confidence among all parties, in particular consumers, and potentially severe social and economic consequences.

To counteract the consequences of the economic crisis, Directive 2014/17/EU established a common framework for Member States. It determined that consumer credit agreements secured by a mortgage guarantee on a residential property could be granted, provided that a creditworthiness assessment guaranteeing the repayment of the credit is carried out and approved in each case.

Although the Directive dates back to 2014, the deadline for its transposition was extended to 2019, with the result that, when the pandemic arrived, the Member States had transposed the measures established by the Directive and had tightened the requirements for intermediary credit institutions to grant mortgage loans.

Once the regulatory requirements of the directive have been implemented and some of its effects have been studied, it has been criticized

¹ P. KENNA, H. SIMÓN-MORENO, «Towards a common standard of protection of the right to housing in Europe through the charter of fundamental rights», *European Law Journal*, vol., 25, 2019, p. 621.

² The temporal leap on this paper from 2007 to 2020 is justified by the economic crises of the last two decades. This does not imply that other economic crises could not have occurred between these periods; rather, both are somehow linked to the housing sector. The first crisis stemmed from subprime mortgages, while the second was influenced by the significance of housing as a refuge and protection during the COVID-19 pandemic. It is also important to remark that the economic crisis of 2007 had not been completely overcome by 2020. Therefore, both dates cannot be studied in isolation, especially considering that the mortgage restrictions in place in 2020 and continuing to the present day were implemented as a preventive measure to avoid the recurrence of events similar to those that triggered the initial crisis, as will be explained later. See H.E., JACKSON, S.L. SCHWARCZ, «Protecting Financial Stability: Lessons from the COVID-19 Pandemic», *Harvard Business Law Review*, vol. 37, 2021, pp. 197-198.

³ S. NASARRE AZNAR, «Never rains but it pours: the problem of access to housing in a pandemic context», *Derecho Privado y Constitución*, vol. 37, 2020, p. 275.

⁴ Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, published on the Official Journal of the European Union num. 60, February 28, 2014.

for making mortgage loans more expensive and establishing impossible requirements to access mortgage financing, especially for families with fewer resources, leaving renting as the only feasible and affordable option for a large part of the population⁵.

By 2024, the housing crisis continues, mostly due to rising inflation, and people residing in Europe who do not have above-average incomes, prioritize the purchase of essential goods and services, leaving home ownership outside of their budgets⁶. As consequence of the foregoing, concerns about the shortage of new homeowners in the European Union have been raised in the European Parliament, which has indicated that:

In the last decade, home ownership among people under thirty has sharply declined. And whilst home ownership is not the Holy Grail for ensuring decent and affordable housing for all, we know that the alternative today is relying on an overheated private rental market, where rents have been steadily rising and tenants' rights and long-term rental contracts are under pressure⁷.

The European Union has faced these new difficulties, missing in part functions of the new economic agents that have invaded the market since the 2007 crisis. They have strengthened their position as alternative means of payment and value preservation as an alternative for the acquisition of housing, bearing in mind that a representative portion of the population have part of their patrimony in unconventional assets⁸. These new agents are cryptocurrencies, which are currently being used around the world to pay mortgage loans⁹.

⁵ R.M. GARCÍA-TERUEL, S. NASARRE AZNAR, «Fifteen years without a housing solution. Legal innovation and data science in housing policy», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 789, 2022, pp. 193-194. In addition, it also lacks a specific definition of what can be considered an unfair term in the context of mortgage loans, which places its qualification of unfairness at the jurisprudential level.; E. ARROYO AMAYUELAS, «La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *InDret*, vol. 2, 2017, p. 14.

⁶ Housing Europe, «The State of the Housing in Europe 2023, Social housing between a fair energy transition and dealing with crisis», available at: <https://www.housingeurope.eu/resource-1811/the-state-of-the-housing-in-europe-2023>.

⁷ K. VAN SPARRENTAK (Member of the European Parliament), Verbatim report of proceedings, (13 December 2023), Strasbourg, available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2023-12-13-INT-3-159-0000_EN.html.

⁸ Mathematically, investment in cryptocurrencies has increased since 2020: “In January 2021, the capitalization of the cryptocurrency market exceeded USD 1 trillion, and in April 2021, even USD 2 trillion. In the year 2020 alone, the total cryptocurrency market capitalization increased by 300%. In particular, this interest increase is associated with the economic crisis, accelerated by the global COVID-19 pandemic and increased interest from institutional investors. These investors attempt to diversify their investment portfolios to better protect their assets from the impacts of the economic crisis”: Z. SMUTNY, Z. SULC, J. LANSKY, «Motivations, Barriers and Risk-Taking When Investing in Cryptocurrencies», *Mathematics* vol. 9, 2021, p. 2.

⁹ All the information about Milo can be found in: <https://www.milo.io/mortgage/crypto-backed-mortgage/>, <https://cointelegraph.com/explained/what-are-crypto-backed-mortgages-and-how-do-they-work>, <https://blog.ledn.io/en/mortgages>. Due to the objectives set for this

Taking into account the intangibility of cryptocurrencies, and the possibility that anyone, regardless of their place of residence can access a mortgage-backed loan, this paper aims to show some of the legal implications in the European Union and in the United States of using cryptocurrencies to acquire housing, specifically pointing out the clear international elements and verify if it can be a lawful alternative the access of housing.

II. THE POSITION OF THE EUROPEAN UNION ON USING CRYPTOCURRENCIES AND CRYPTO-ASSETS

In modern economies, intangible assets constitute a dominant part of wealth and are used as the subject of legal relationships from which contractual rights are derived¹⁰. The European Union catching up with the new economic agents has included crypto-assets as part of its legislative agenda, and that is the reason that in 2023, the European Parliament and the Council issued the Regulation (EU) 2023/1114 on markets in crypto-assets¹¹. This Regulation was justified in the need for an overall Union framework for markets in crypto-assets that had been non-existent until now and without which it could be produce lack of user confidence in those assets leading to missed opportunities in terms of innovative digital services¹².

However, although crypto-assets seems to be a broad enough category to encompass cryptocurrencies¹³, they were not specified in the material scope of the Regulation. This only applies to «natural and legal persons and certain other undertakings that are engaged in the issuance, offer to the public and admission to trading of crypto-assets or that

brief analysis, which focuses on the relationship between cryptocurrencies and mortgages in PIL, no in-depth exploration was undertaken regarding the legal complexities of cryptocurrencies or the instability of their value due to events not directly related to the crypto market. It is indicated that this requires a specialized and multi-sectorial study that could influence its legal classification. For detailed information on this matter, see: L. C. CALDERON GOMEZ, «Stopping Runs in the Digital Era», *University of Pennsylvania Journal of Business Law* vol., 25, 2023, pp. 595-656. See also: <https://www.forbes.com/sites/seansteinsmith/2022/05/01/crypto-real-estate-is-here--what-investors-should-know/?sh=17161fdc22c0>.

¹⁰ M.J.R. CRAWFORD, «Contract as property: triangles and tragic choices», *Cambridge Law Journal*, vol., 82, 2023, p. 83.

¹¹ Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937 (Text with EEA relevance), published in the Official Journal of the European Union, num. 150, June 9, 2023.

¹² Recital five.

¹³ According to the Regulation (EU) 2023/1114, Article 3, crypto-asset means “a digital representation of a value or of a right that is able to be transferred and stored electronically using distributed ledger technology or similar technology”.

provide services related to crypto-assets in the Union». In the case of cryptocurrencies such as *Bitcoin* or *Ethereum*, it is not possible to identify an issuer because of their decentralized nature, therefore it is not possible to apply the obligations established in the Regulation for issuers such as the white paper (Art. 9) that establishes specific information that the offeror must present to make transfers of crypto-assets¹⁴. The latter was confirmed by recital twenty-two of the Regulation (EU) 2023/1114 which established: «fully decentralized cryptocurrencies, that are transferred without any intermediary, are outside the scope of application of the Regulation».

However, we must carefully monitor the breadth of the terms and their definitions when the Regulation is implemented in December 2024, because the provisions of the regulation are not definitive, and specialized regulations that specifically define cryptocurrencies may be issued, but it should be noted that the exclusion made by Regulation (EU) 2023/1114 seems to separate the concepts of cryptocurrencies and crypto-assets¹⁵, leaving a legal vacuum that needs to be clarified¹⁶.

Taking the last as point of reference in this regard, it can be said that it is necessary to adopt a more legally active position in the transfer of cryptocurrencies, because the challenges and the businesses that are carried out with them are still there, even though there are no specific regulations to govern them¹⁷. This view has been shared by the European Union, specifically by the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs (ECON), which requested an expert study on the digital challenges that the European Union would face after the adoption of Regulation (EU) 2023/1114¹⁸. In this study, specifically in section 2.4.a) it is indicated that it could constitute the category of "The crypto industry", in which loans that are secured with crypto-assets are included.

¹⁴ R. LENER, «Cryptocurrencies and Crypto-Assets in the Italian and EU Perspective», *Vestnik of Saint Petersburg University Law*, vol., 1, 2022, p. 225.

¹⁵ F. C. VILLATA, L. VALKOVA, «Property Rights over Cryptocurrencies: A Conflict-of-Laws Perspective», *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, vol. 7, 2023, p. 69.

¹⁶ It can also be mention the Regulation (EU) 2023/1113 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on information accompanying transfers of funds and certain crypto-assets and amending Directive (EU) 2015/849, published in the Official Journal of the European Union, num. 150, June 9, 2023, but although it regulates aspects of crypto-assets, such as preventing and dealing with money laundering, it establishes the same definition for them as the Regulation (EU) 2023/1114.

¹⁷ L.C. CALDERON GOMEZ, «Stopping Runs in the Digital Era», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol., 25, 2023, pp. 598-599.

¹⁸ D.A. ZETZSCHE, R.P. BUCKLEY, D. W. ARNER, M. C. VAN EK, «Remaining regulatory challenges in digital finance and cryptoassets after MiCA», STUDY Requested by the ECON Committee, May of 2023, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740083/IPOL_STU\(2023\)74_0083_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740083/IPOL_STU(2023)74_0083_EN.pdf).

In this category, it is pointed out that companies with a business purpose in the United States granted loans for the same value of crypto-assets that had been left as collateral by the loan applicant. However, the business has evolved and with the same collateral conditions it is possible to request the loan in cryptocurrencies or in traditional money. This study mentions a company called Milo, who grants mortgage loans to acquire residential homes with cryptocurrencies. The study does not analyze in depth this type of mortgage loans, it only identifies them as a part of the crypto industry and does not undertake to identify risks or advantages of a loan of this nature in the European Union. The study is dated May 2023 and there is still no proposal or announcement in 2024 on whether, in the event that this type of mortgage loans can be made in the European Union, either because the residence of the debtor or creditor is within the Member States of the EU or if the property is located in the European Union. In that scenario, the rules of Directive 2014/17/EU could apply and there is an uncertainty in how to proceed in the event of a default of the loan in terms of international judicial competence and applicable law.

III. THE INTERNATIONAL ELEMENT IN MILO'S CRYPTO-BACKED MORTGAGES

Milo is a U.S. company headquartered in Miami, which currently provides mortgage loans in both traditional currency and cryptocurrencies. In the case of cryptocurrencies, Milo's website indicates that¹⁹:

A crypto-backed mortgage lets you leverage your BTC, ETH or USDC to invest in real estate. Instead of selling your crypto, you can use it as collateral to qualify and secure a mortgage to purchase a home.

The foregoing indicates that the payment continues to be in traditional currency, but the mortgage collateral is an intangible asset²⁰, specifically cryptocurrencies such as Bitcoin, Ethereum or USD Coin. In the terms and conditions of the company Milo does not specify which value is used as a reference to calculate the value of the cryptocurrency²¹, however, it is indicated that the maximum loan amount will depend on the number of cryptocurrencies available as collateral,

¹⁹ See: <https://www.milo.io/mortgage/crypto-backed-mortgage/>.

²⁰ The qualification of cryptocurrencies as an intangible asset is not a trivial matter, national civil laws have difficulties to incorporate them in traditional categories, but they can generally be conceived as incorporeal, since they do not have a representation in the physical world and therefore intangibility is a characteristic usually associated with cryptocurrencies; P. ÇAĞLAYAN AKSOY, «The applicability of property law rules for crypto assets: considerations from civil law and common law perspectives», *Law, Innovation and Technology*, vol., 15, 2023, p. 196.

²¹ The value of cryptocurrencies may vary according to the exchange or depend on the specific coin market where it is exchanged.

taking into account that the minimum loan amount for a crypto mortgage is 200.000 dollars.

The website specifies that such mortgage loans may be requested and granted to applicants of any nationality, without any type of discrimination²², and that U.S. residency or citizenship is not required to access the mortgage loan. The application process for the home equity loan is conducted online, so, viewed in this way, we are faced with a legal situation with an international element if one of the parties does not reside in the United States, which is where Milo is headquartered.

Milo offers mortgages loans on single-family homes (attached or detached), 2-4-unit family homes, condominiums, and townhouses, but it is necessary to clarify that in this moment, Milo is only offering housing located in the United States territory. While it is true that anyone can apply, the international element comes only from the residence of the loan applicant and not from the location of the property.

IV. SOME PARTICULARITIES OF THE MORTGAGES IN THE U.S. COMPARED TO THE EU

In the Member States of the European Union, the regulation of mortgages is mostly governed by domestic laws, which may have points of convergence, mainly due to the harmonization of EU regulations, but we cannot forget that the development of property law has had a different evolution in each territory²³. In contrast, In the United States, mortgage legislation is scattered, and the law regulates certain important aspects of mortgage Law²⁴, but there is a large portion of mortgage loans that derives from the party autonomy. Such a statement can be seen reflected for example in matters of choice of law. The United States law considers that there is no connection point which can undermine the choice of the parties, also the mortgages are in the

²² See: <https://www.milo.io/mortgage/mortgage-for-foreign-nationals/>.

²³ K. PADRAIC, «Mortgage Law Developments in the European Union», *Journal of Law, Property, and Society*, vol., 4, 2018-2019, pp. 55-56. The differences on internal law governing mortgages among European Union member states not only lie in their constitution but also in their execution. Some EU Member States stipulate that the execution of real estate collateral should only be carried out through judicial means, while others allow for extrajudicial executions. This is evident in countries such as Luxembourg, Spain, or Belgium; A. PATRÃO, *Autonomia conflictual na hipoteca e reforço da cooperação internacional: Removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias*, 1 ed., Lisbon, Livros Horizonte, 2017, pp. 207-208.

²⁴ As the main legislation we can quote: the Truth in Lending Act, the Real Estate Settlement Procedures Act, The Fair Housing Act, The Equal Credit Opportunity Act, The Home Mortgage Disclosure Act, among others; S. NASARRE AZNAR, *La Garantía de los valores hipotecarios*, 1 ed., Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 65-866. Also see: <https://www.fdic.gov/resources/bankers/consumer-compliance/mortgage-lending/>.

category of personal rights, and a breach of a mortgage does not affect the title of real property, so, the dispute can be solved paying the damages or giving to the mortgagor by the mortgagee an equitable relief²⁵.

When referring to mortgages, in the Member States (each legislation differing from one another)²⁶ and in the United States, we can appreciate two totally different terms. Traditionally, in Spain, for example, a mortgage is a security interest in real estate that secures a loan²⁷, although it is also possible to constitute a mortgage on movable assets, but these must have a very particular nature, which means that not all movable assets can be subject to mortgage loan²⁸. At the European Union level, the concept of mortgages is not explicitly defined by Directive 2014/17/EU, so it is reiterated that there is mandatory referral to national rules.

In the United States, the typology of mortgages may derive from the internal rules of each federal state and their creation, assignment and execution depends on the rules of the state in which the mortgage is conducted²⁹. However, as a general premise, we can quote the *Uniform Commercial Code* 30, in which “Mortgage” means:

a consensual interest in real property, including fixtures, which secures payment or performance of an obligation.

In this definition of mortgages, it is noteworthy that this guarantee is solely taken into consideration for real estate, and there is no definition or legal relationship in this regulation that ties movable property to mortgages, unless they are attached to the land like trees, buildings, and machinery³¹, best known as fixtures³². However, it is necessary to examine the domestic regulations of the State governed by the applicable

²⁵ D.B. YOUNG, «Mortgages and Party Autonomy in Choice of Law», *Arkansas Law Review*, vol. 45, 1992, pp. 347-348.

²⁶ S. NASARRE AZNAR, «The Integration of the Mortgage Markets in Europe: (Part I)», *Silesian Journal of Legal Studies*, vol., 3, 2011, pp. 40-41.

²⁷ Decret of February 8 of 1946 «por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria», (which approves the new official wording of the Mortgage Law), published in: *BOE* 58, February 27 of 1946.

²⁸ Law of December 16 of 1954, «sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión» (on movable mortgages and nonpossessory pledges), published in: *BOE* 352, of December 18 of 1954.

²⁹ S. NASARRE AZNAR, *Los años de la crisis de la vivienda: de las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, 1 ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 100-101.

³⁰ The Uniform Commercial Code (UCC) is a comprehensive set of laws governing all commercial transactions in the United States. It is not a federal law, but a uniformly adopted state law: <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>.

³¹ S. RAHIM, «Mortgages under Banking Law», *International Journal of Law Management & Humanities* vol., 3, 2020, p. 1939.

³² According to the Uniform Commercial Code fixtures «means goods that have become so related to particular real property that an interest in them arises under real property law».

law agreed upon by the parties. This is essential to determine whether there exists a law that defines the characteristics of assets eligible for mortgage, specifically addressing the mortgages extended by the US-based company, Milo.

V. MORTGAGES ON BITCOIN: PRACTICAL APPROACH ON INTERNATIONAL JUDICIAL COMPETENCE

The terms of service of Milo on crypto-backed mortgages, indicate that any claims, disputes, or causes of action that arise in connection with it, will be settled by binding arbitration, and the governing law will be the laws of the State of Delaware without regard to its conflict of law provisions.

These terms of service apply regardless of the residence of the applicant for the mortgage loan. In the case of a resident of the Member States of the European Union is granted a mortgage loan with cryptocurrencies, and a dispute arises, the parties would face some difficulties. If the claim is to be filed in U.S. territory, the parties are bound by the arbitration clause; therefore, they must submit their claim to the arbitrators designated by the contract. If the claim is to be presented in the territory of the European Union and, therefore, within a Member State, the rules of international judicial competence apply, and we will have to apply the EU regulations, led by the Brussels I bis Regulation (RBIbis)³³. This regulation contains rules for establishing international judicial competence in the event of conflicts in civil and commercial matters with an international element. To apply it, we must start with the classification of the legal relationship subject to the dispute.

We understand that at first glance, Milo's business is based on a mortgage on real estate, so it would be only logical to apply the *exclusive forum* according to Art. 24 of Regulation 1215/2012 (RBIbis). This type of forum only allows lawsuits to be filed before the courts of the Member States where the property is located (*Forum rei sitae*). As previously mentioned, crypto-backed mortgages are exclusively granted for properties situated in the United States. Consequently, a conflict arising from a mortgage on real estate located outside the European Union cannot be brought before or adjudicated by the courts of the Member States of the Union by that type of forum³⁴.

³³ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) (RBIbis), published in the Official Journal of the European Union, num. 351, December 12, 2012.

³⁴ Due to this discard, it is not needed to review Regulation 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Published in the Official Journal of the European Union, num. 177, July 7, 2008. This

The above reasoning presents a fundamental problem, which may not be apparent to the consumer applying for a crypto-backed mortgage, and that is the legal qualification of what can be considered a mortgage. This type of legal guarantee is usually primarily tied only to immovable property (real estate). The complication is, and here we return to what we said at the beginning, that the definition of cryptocurrencies is not integrated in the regulations of the EU, not even in the ones on crypto-assets³⁵, and we must start from domestic laws to find both the definition of cryptocurrencies and mortgages. Additionally, Directive 2014/17/EU only applies to mortgages on residential property, and cryptocurrencies definitely do not match this category.

If we look for a meeting point among so many applicable legislations, the only thing we can establish is that cryptocurrencies are not real estate or movable property that can be taken as attached to it. However, this does not mean that security interests cannot be created over movable assets even if they are intangible, because for this purpose there is a right *in rem* called *pledge*, but before analyzing that type of security on cryptocurrencies, we can safely indicate that the term “crypto-backed mortgages” used by Milo, is not supported by U.S. law. If we review the applicable law of the terms of service, that of the State of Delaware, the title 25 of the *Delaware Code*³⁶ indicates the requirements to constitute a mortgage for the purpose of creating a lien on real property. The real state property refers to an immovable dwelling, and there is no reference to movable property. Thus, it is possible that the company Milo uses the expression *Mortgages* for commercial purposes, which may clearly turn against the rights of consumers, because the mortgage protection regime does not directly apply. This point was not analyzed in the requested study of the Committee on Economic and Monetary Affairs of the European Parliament (ECON), explained above, and could be contradictory to analyze the opportunities in the cryptocurrency industry, but not to mention that a mortgage in the European Union cannot be granted with cryptocurrencies and neither in the United States even if the company promotes it as such.

Regulation would favor the agreement between the parties in accordance with its Art. 3, even if it is the law of another country (Art. 2). Usually, when rights over real property are involved, the *Lex rei sitae* principle applies and ties the object of the mortgage, the real estate, to the law of the State where it is located when there is no agreement; WIDLO, J., “Mortgage in International Private Law”, *Review of European and Comparative Law*, vol. 38, 2019, pp. 158-159.

³⁵ About this topic is important to remember that: «Blockchain based smart contracts can conflate property and contract functions, making distinctions among private law categories property, contract, entity law-potentially obsolete. State legislative initiatives to accommodate this technology typically treat it as a new platform for established deal types. Current approaches do not adequately articulate or account for the ways that this technology enables departure from established deal classifications, by conflating and disrupting the functions of contract, property, and entity laws»: H. HUGHES, «Blockchain and the Future of Secured Transactions Law», *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, vol. 3, 2020, p. 26.

³⁶ See: <https://delcode.delaware.gov/title25/c021/index.html>.

However, the other type of right *in rem* that can cover the legal implications of this type of loans, but not without its challenges: the aforementioned pledge, that in the Private International Law of the European Union specifically the Regulation Brussels I bis does is not attached to the *Forum rei sitae principle*, basically because is about movable and immaterial property preventing us to apply the Art. 24 RIBis. So, in matters of international judicial competence, the courts of a Member State of the European Union could judge a dispute if the plaintiff (as the debtor) fulfills the requirements to be a consumer according with the arts. 17-19 RIBis, taking into account that the consumption contract prevails over the agreement of the parties, even if there is an arbitration clause.

VI. THE PLEDGE ON CRYPTOCURRENCIES

Identify that the business of Milo is a crypto-backed *pledge* instead of a crypto-backed mortgage, need a different legal approach. The pledge, unlike mortgages, is not as comprehensively regulated in the European Union or in the United States. Most of this security is left to the party autonomy, especially when dealing with delocalized assets where the principles such as *forum rei sitae* and *lex rei sitae* cannot be applied, because they cannot be linked to a specific territory³⁷. There is currently no regulation at the European Union level that focuses on this type of security interest involving cryptocurrencies and the proposal of the *Groupe Européen De Droit International Privé* (GEDIP), which may be the regulation that will govern this type of security in the near future, does not contemplate any specification for intangible movable assets³⁸.

³⁷ M. McDERMOTT, «The Crypto Quandary: Is Bankruptcy Ready?», *Northwestern University Law Review*, vol., 115, 2021, pp. 1948-1949.

³⁸ GEDIP-subgroup 'Rights *in rem*' Document approved at the Milan meeting 2023 17.9.2023 Special rules for cultural objects; <https://gedip-egpil.eu/en/documents/>. We can also quoted the *UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law* that have been issued in 2023, which are a reference for future regulations in the European Union and worldwide, and indicate that in case of dispute the law applicable to the contract should be the one of the State where the cryptocurrencies were issued, which is determined according to its central server or the place where the company issuing them is established. The recommendation for the parties is to agree on the applicable law in order to not be tied to the law of the State where they are issued. However, at this juncture, challenges arise, particularly concerning decentralized currencies like Bitcoin, which lacks a central server. See: <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/>.

1. The French intangible pledge

The same issue as with mortgages is faced, the referral to national rights where there is regulation, as long as the law is applicable. In France, for example, French Civil Code establishes the *pledge* on intangible movable property (nantissement- article 2355), as it follows:

Pledging is the assignment, as collateral for an obligation, of an intangible movable asset or a set of present or future intangible movable assets. It can be either conventional or judicial. Judicial pledging is governed by the provisions applicable to civil enforcement procedures. Conventional pledging related to claims is regulated, in the absence of specific provisions, by this present chapter. That which pertains to other intangible movable assets is subject, in the absence of specific provisions, to the rules provided for the pledge of tangible movable assets³⁹.

The equivalence of tangible and intangible assets in the pledge of the French Civil Code should be approached with caution. The *Cour de Cassation* interpreted article 2355 of the French Civil Code, indicating that the right of retention in the pledge requires a strict interpretation applying only to tangible assets when they are the subject of this real guarantee. In practical terms, it is not suitable to impose it on intangible assets, even though the norm expressly establishes the equivalence of legal effects of the pledge on all types of assets⁴⁰.

We can also mention Decree 2018-1226, dated December 24, 2018, which mandated the creation of a shared electronic registration system for the representation and transmission of financial securities (*Dispositif d'enregistrement électronique partagé* - DEEP)⁴¹. It was designed to ensure the registration and integrity of entries and to allow the identification of the owner of the instruments, their nature, and rights *in rem*. Regarding pledges on cryptocurrencies, it allows the creation of rights *in rem* on movable property and requires, for their opposability, that the pledge declaration be registered in the DEEP. An implicit

³⁹ Original text: «Article 2355: «Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs. Il est conventionnel ou judiciaire. Le nantissement judiciaire est régi par les dispositions applicables aux procédures civiles d'exécution. Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre. Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels».

⁴⁰ C. ALBIGES, «Security and Immaterial Property in French Law: Current Prospects», *Cahiers de Droit*, vol., 59, 2018, pp. 345-346, *Cour de Cassation* - Com. November 26, 2013, no. 12-27390, obs. Dumont-Lefrand.

⁴¹ Décret n. 2018-1226 du 24 décembre 2018 «relatif à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l'émission et la cession de minibons», published on: *JORF* n°0298, December 26, 2018.

condition of the DEEP is that the person establishing the pledge is the owner of the crypto-asset, but this can be remedied through the good faith of the creditor.

2. Delaware's intangible pledge

In contrast, in the State of Delaware, which would be the law agreed by the parties in the case of Milo's terms of service, there is no specific rule that regulates this type of pledge, and we must refer again to the *Uniform Commercial Code*, which although it contemplates the *pledge* on intangible property as «collateral» and establishes rules for its constitution, it does not specify anything about cryptocurrencies. It is important to mention that Title 9-202 (Title to collateral immaterial) indicates that the provisions of the pledge on intangibles apply whether the collateral is in the secured party or the debtor. In the case of Milo, they specify that the cryptocurrencies have to custode by a trusted third party like *BitGo* or *Coinbase*⁴², in order to grant the «crypto-backed mortgages», therefore, it would be a pledge with tenure.

VII. THE PURCHASE POSSIBILITY

Taking the Milo business as collateral, either as a pledge or mortgage, gives rise to certain legal ambiguities that cannot be directly resolved by Private International Law in this particular time. Furthermore, domestic laws are conflicted when dealing with this type of collateral, not only due to its association with a fundamental right such as housing, but also because the positioning of cryptocurrencies as the central object in a legal relationship is more intricate than their original purpose of serving as an alternative mean of payment. This function of cryptocurrencies was recognized by the European Court of Justice in the *Hedqvist* case (C-264/14)⁴³, where the following was indicated:

Transactions involving non-traditional currencies, that is to say, currencies other than those that are legal tender in one or more countries, in so far as those currencies have been accepted by the parties to a transaction as an alternative to legal tender and have no purpose other than to be a means of payment, are financial transactions.

The mutual acceptance of the parties involved in the contract is crucial for validating legal transactions where the price is agreed upon using cryptocurrencies. In this context, cryptocurrencies function

⁴² See: <https://www.milo.io/mortgage/crypto-backed-mortgage/>.

⁴³ Case *Hedqvist* (C-264/14), European Court of Justice, October 22, 2015, Skatteverket vs David Hedqvist, ECLI:EU:C:2015:718, at 49.

equivalently to traditional money as a means of payment⁴⁴, that in the context of the judgment, it was referring to legal tender⁴⁵.

The stance of the European Court of Justice must be comprehensively analyzed as a favorable disposition towards cryptocurrencies. However, due consideration should be given to the relevance of the applicable law in the specific case. In instances where Bitcoin is employed as a medium of payment rather than the object of the contract, as exemplified before in the domain of rights *in rem*, the agreement between the involved parties regarding the price becomes pivotal for the contract's validity coupled with the fulfilment of the civil Law formalities in each Member State. Consequently, as an alternative financing approach, acquiring real estate wholly or partially through cryptocurrencies has emerged. This practice has been observed in Spain, notably since 2018, exemplified by the inaugural real estate transaction in Tarragona where a property was purchased for the Bitcoin equivalent of 550.000 euros⁴⁶.

Acquiring real estate through cryptocurrencies like Bitcoin is not exclusive to the European Union. It is imperative to recognize that certain States, such as El Salvador and the Central African Republic, have either legalized or recognized Bitcoin as legal tender. Consequently, Bitcoin assumes the role of a conventional currency in these jurisdictions, thereby minimizing legal uncertainties.

VIII. CONCLUSIONS

— Presently, crypto-assets and cryptocurrencies in European Union regulations are distinct terms. While the former is governed by Regulations set to be applicable in December 2024, the latter is dismissed as a regulatory priority, leading to gaps occasionally filled by the contractual intent of the parties involved.

— The location of the real estate object of the «mortgage» is fundamental in Private International Law, according to the principles of *Forum rei sitae* and *Lex rei sitae*, the difficulty is that the loans that are constituted using cryptocurrencies as security granted by companies such as Milo, are not mortgages, according to the EU Regulations and U.S. norms, especially the *Uniform Commercial Code* and the *Delaware Code*. The rationale behind this lies in the fact that cryptocurrencies

⁴⁴ R. RUIZ RODRIGUEZ, «Cryptocurrencies as a Means of Payment and Private International Law», *Cuadernos Derecho Transnacional*, vol., 12, 2020, p. 751.

⁴⁵ S. SANTANA, «Regulating Virtual Currency: Case C-264/14 Skatteverket v. David Hedqvist [2015] ECLI:EU:C:2015:718», *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol., 67, 2016, p. 111.

⁴⁶ See: <https://www.lavanguardia.com/economia/20180110/434202329003/bitcoin-tarragona-piso-compra.html>.

involve delocalized intangible rights, and under no circumstances can it be asserted that cryptocurrencies fall within the category of real estate or fixtures.

— The loans granted by Milo can facilitate access to housing, as they do not require the same qualifications as a traditional mortgage, given that they are not based on this right *in rem*. In the European Union and the United States, a loan granted by Milo may fit into the category of possessory pledge. Nevertheless, it should be noted that in the Member States, a pledge under these conditions is barely acknowledged by the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs, and there is no regulatory proposal in existence.

— Determining whether a loan backed by cryptocurrencies constitutes a pledge or a mortgage is merely the initial step in addressing issues related to international judicial competence and applicable law. However, once one of these categories is identified in its appropriate classification, it is imperative to monitor disparities in domestic rights, particularly if the parties had chosen the applicable law.

— While loans secured by cryptocurrencies as a pledge raises more concerns than it resolves, —considering it was conceived as an alternative solution for acquiring housing when unconventional and digital assets are involved—, real estate transactions with cryptocurrencies can become a less complex and more accessible alternative, even when there is an international element, when the parties agreed in a choice of law or decide to use direct real estate transactions instead of the pledge. The last, taking into account that any transactions involving cryptocurrencies not used as a means of payment will create uncertainty even in the most specialized legal frameworks.

DERECHOS REALES SOBRE ACTIVOS DIGITALES Y CONFLICTO DE LEYES

Vésela ANDREEVA ANDREEVA*
Universitat de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. REGULACIÓN.— III. TIPOS DE CRIPTOACTIVOS.— IV. TOKENS. V. DERECHOS DE PROPIEDAD SOBRE LOS CRIPTOACTIVOS: 1. El activo digital como objeto de derechos *in rem*; 2. Mecanismo de transmisión de la propiedad.— VI. NORMAS DE CONFLICTO: 1. Tipos de activos digitales y normas de conflicto: 1.1. *Monedas digitales emitidas por Bancos Centrales*; 1.2. *Tokens que se consideran dinero electrónico*; 1.3. *Los tokens como instrumentos financieros*; 2. Normas conflicto para los tokens derivativos; 3. Puntos de conexión centrados en las partes implicadas; 4. Puntos de conexión centrados en los activos digitales: 4.1. *La ley del lugar del registro*; 4.2. *Elección de la ley aplicable por el emisor o el administrador del sistema*; 4.3. *La residencia del programador como punto de conexión*.— VII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Los activos digitales están entre los activos más valiosos de las economías modernas. Su enorme variedad y su novedad plantean retos no solo para el Derecho sustantivo, sino también para los conflictos de leyes. Esto se debe en parte a la velocidad del progreso tecnológico, pero también a las zonas grises entre el derecho de obligaciones, el derecho de propiedad intelectual, los derechos reales sobre bienes

* Profesora Lectora de Derecho Internacional Privado, Universidad de Barcelona (vesela.andreeva@ub.edu). Estudio realizado en el marco del proyecto de I+D+i «Régimen de los derechos reales sobre bienes corporales en el Derecho internacional privado europeo: cuestiones de competencia judicial internacional y de derecho aplicable», Ref.PID2020-112609GB-I0.

corporales y una serie de disposiciones imperativas de carácter más reglamentario, lo que supone un reto tanto para la calificación como para la identificación de los puntos de conexión más apropiados a la hora de determinar la ley aplicable. Las dificultades a las que se enfrentan los operadores, tanto lo económicos (participantes en las operaciones de transacción y adquisición de activos digitales, sean nodos o, intermediarios o clientes), como los jurídicos (abogados, jueces, notarios, etc.) e incluso los académicos, vienen provocados por la falta de regulación sustantiva de los criptoactivos. Si no sabemos qué son, difícilmente podemos determinar los derechos que su titular pueda ostentar. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado la calificación de la *res* condiciona indudablemente la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable. En el contexto de este trabajo, mientras que los aspectos contractuales de las transacciones pueden estar cubiertos por las normas de conflicto previstas en el Reglamento Roma I y normativa similar sobre conflictos de leyes aplicada fuera de la UE, incluidos los Principios adoptados por la Conferencia de La Haya de 2015 sobre la Elección de la Ley Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales, los aspectos patrimoniales siguen siendo en gran medida territorio inexplorado¹. Esto incluye, por ejemplo, la cuestión de quién tiene derechos sobre los criptoactivos que surten efecto frente a terceros y cómo se pueden ceder dichos derechos, entendiendo por cesión tanto la transferencia completa de la titularidad como la constitución de una garantía real. Los derechos que surten efecto frente a terceros pueden ser similares a la propiedad, pero también pueden tener una naturaleza muy diferente, naturaleza específica de los datos. En los últimos años se ha debatido mucho sobre la cuestión de si los criptoactivos constituyen propiedad, lo que tiene importantes implicaciones en cuanto a si estos activos pueden ser objeto de fideicomiso, transferirse por testamento y adquirirse en caso de quiebra o si se pueden incluir en la masa de insolvencia en un procedimiento concursal.

Este trabajo se centra principalmente en tres cuestiones fundamentales que deben responderse para determinar cómo operan los derechos de propiedad sobre dichos activos, a saber: 1. ¿Cuál es el objeto del derecho de propiedad? 2. ¿Cómo se califican las transacciones que se realizan en la blockchain/ tecnología del libro distribuido (*DLT – distributed ledger technology*)? y 3. ¿Cuándo y cómo se transfiere la titularidad? El trabajo defiende la posición de que los activos digitales son objeto de propiedad que poseen características particulares del entorno

¹ Reglamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *OJ L 177*, 4.7.2008, p. 6–16; HCCH: «Principios sobre la Elección de la Ley Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales», Conferencia de La Haya, 19 de marzo de 2015 <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=135>

en el que se han generado y en el que existen y los derechos sobre ellos son derechos reales oponibles a terceros.

Los criptoactivos se han convertido en populares objetos de especulación tanto para inversores privados como para profesionales, y en algunos casos tales activos representan una parte significativa del patrimonio de una persona física o jurídica. En consecuencia, los activos digitales pueden servir para fines similares a los activos corporales tradicionales. Por ejemplo, aparte de su uso como objeto de inversión o de medio de pago, los criptoactivos pueden utilizarse como garantía para avalar un préstamo, lo que requiere la determinación de la legislación aplicable para la constitución efectiva de garantías reales. Además, en caso de quiebra de una persona física o jurídica, se incluyen como activos en la masa de la quiebra del deudor y, por tanto, pueden liquidarse para satisfacer a los acreedores. En muchos casos, la transferencia de la propiedad de los criptoactivos puede tener lugar fuera de la tecnología de libro mayor distribuido. Esto resulta especialmente claro en el caso de la sucesión intestada. Los herederos adquieren la propiedad de los activos digitales, aunque es muy probable que no tengan en su posesión las claves: pública y privada. Por otro lado, en un caso de apropiación indebida de criptomonedas como Bitcoins o Ethereum, la cuestión de si se ha transmitido la titularidad determinará si la víctima presenta una demanda para reivindicar sus derechos de propiedad y para cesar el enriquecimiento injusto del receptor. No obstante, la mayoría de las transferencias de propiedad se producen mediante transacciones voluntarias en la blockchain. El exponente crecimiento del mercado de criptoactivos ha llevado a un aumento de la apropiación indebida de activos, lo que ha provocado un incremento de los litigios por el robo de criptoactivos de alto valor como Bitcoin y Ethereum.

II. REGULACIÓN

Los datos o los registros electrónicos pueden representar activos que no pueden duplicarse de manera que sólo pueden asignarse a una o a varias personas conjuntamente y que pueden ser objeto de control. Cuando los datos cumplen estas condiciones, en principio pueden considerarse una forma de «propiedad» según muchos ordenamientos jurídicos².

El rápido desarrollo tecnológico y la falta de normas uniformes que regulen los activos digitales crea un elevado nivel de inseguridad jurídica. Algunos Estados como Austria, Suiza, Liechtenstein o los EE.UU.,

² Por ejemplo, los datos pueden calificarse como «bien» de acuerdo con los arts. 516 y ss. del Código civil francés, o como “Sache” en virtud del artículo 285 del Código Civil austriaco

entre otros, han adoptado disposiciones nacionales que regulan los distintos aspectos de los activos digitales y su transacción. Por otro lado, se han impulsado distintas iniciativas internacionales para la adopción de un marco regulador, si no único, al menos uniforme que ofrecen definiciones necesarias que permiten a los operadores calificar objeto de transacción y determinar los derechos de propiedad que tiene sobre él y que pueden oponer a terceros. En este sentido, mención especial merecen los Principios UNIDROIT sobre los Activos Digitales y el Derecho privado³. La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional ha publicado dos Informes que analizan los distintos problemas en el ámbito del Derecho internacional privado que se pueden plantear. El primer Informe titulado «*Developments with respect to PIL Implications of the Digital Economy*» publicado en enero de 2022 presenta los retos que plantean los activos digitales, la tecnología de libro mayor distribuido, las criptomonedas y los tokens. El segundo informe publicado en marzo de 2023 y titulado «*Private International Law Aspects of the Digital Economy: Report*» se centra en los problemas de DIPr que plantean la Inteligencia artificial y las transacciones que se realizan en las plataformas digitales⁴. El Instituto de Derecho Europeo (ELI) ha adoptado los «Principios sobre la utilización de activos digitales como garantía» y la CNUDMI ha publicado el «*Taxonomy of legal issues related to the digital economy*» en lo que abordan el tema de los derechos reales sobre los activos digitales⁵.

La UE también se ha sumado a estas iniciativas. La primera propuesta de regulación de la UE en materia de tecnología financiera se presentó en marzo de 2018. Pero no fue hasta el 2020 cuando la Comisión Europea lanzó formalmente el Paquete de finanzas digitales de la UE que abarca cuestiones de FinTech en el mercado interior

³ UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law, <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/#1706865041669-644df95a-8bd0>; Proposal for Joint Work: HCCH-UNIDROIT Project on Law Applicable to Cross-Border Holdings and Transfers of Digital Assets and Tokens - Item No. 6 on the agenda: <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/#1706865041669-644df95a-8bd0>, propuesta que, sin embargo, no ha prosperado, dado que en marzo de 2024 ha sido bloqueada por Francia y el Proyecto ha sido abandonado.

⁴ HCCH – «Developments with respect to PIL Implications of the Digital Economy», Prel. Doc. N. 4 REV de enero 2022 y publicado en marzo de 2022; HCCH – «Private International Law Aspects of the Digital Economy: Report» Prel. Doc. N. 5A adoptado en febrero 2024 y publicado en marzo de 2024.

⁵ European Law Institute, «ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security» (ELI, 2022) https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_on_the_Use_of_Digital_Assets_as_Security.pdf accessed 15 March 2023; CNUDMI - United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), «Taxonomy of legal issues related to the digital economy», https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/digitaleconomytaxonomy.pdf&ved=2ahUKEwiC8bGR3JKFAxXNg_0HHbaOATMQFnoECB_YQAQ&usg=AOvVaw1T07F_WiJRniGTWeC1TH82

e incluye varias propuestas legislativas⁶. En noviembre de 2021, el Consejo confirma su apoyo a la regulación de los criptoactivos. Entre estas iniciativas está la propuesta de regulación de los mercados de criptoactivos (MiCA). En 2022 fue adoptado el Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 sobre un régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n. 600/2014 y (UE) n. 909/2014 y la Directiva 2014/65/UE⁷. Por otro lado, con el fin de garantizar la seguridad de los operadores en los mercados financieros digitales este mismo año se adoptó el Reglamento (UE) 2022/2554 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014, (UE) n. 909/2014 y (UE) 2016/1011, conocido como Reglamento DORA⁸. Todos estos instrumentos regulan distintos aspectos de los sistemas *DLT* y de las transacciones que se llevan a cabo en ellos. El instrumento con mayor relevancia para el tema de este trabajo, sin embargo, es el Reglamento 2023/1114 relativo a los mercados de criptoactivos (Reglamento MiCA) que regula distintos tipos de activos digitales y la responsabilidad de los emisores y los intermediarios financieros⁹.

III. TIPOS DE CRIPTOACTIVOS

Los criptoactivos son una nueva forma de propiedad creada por la tecnología *blockchain* que les permite existir y ser objeto de transacción. Los criptoactivos pueden dividirse en dos grupos: criptomonedas y *tokens* (fichas). El primer tipo de criptoactivos son las criptomonedas. Entre las más conocidas se encuentran Bitcoin, Ethereum, Maker,

⁶ A. FERREIRA, P. SANDNER, T. DÜNSER, «Cryptocurrencies, DLT and crypto assets – the road to regulatory recognition in Europe», disponible en <https://ssrn.com/abstract=3891401> T. Van der Linden, T. Shirazi, «Markets in crypto-assets regulation: Does it provide legal certainty and increase adoption of crypto-assets?», *Financial Innovation* (2023), <https://doi.org/10.1186/s40854-022-00432-8>, p. 11.

⁷ Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 sobre un régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n. 600/2014 y (UE) n. 909/2014 y la Directiva 2014/65/UE (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/88/2021/REV/2 OJ L 151, 2.6.2022, pp. 1-33.

⁸ Reglamento (UE) 2022/2554 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.o 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014, (UE) n. 909/2014 y (UE) 2016/1011 (Texto pertinente a efectos del EEE), PE/41/2022/INIT, OJ L 333, 27.12.2022, pp. 1-79.

⁹ Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023 relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n. 1093/2010 y (UE) n. 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937.

Bittensor, BNB, Tehter USDt¹⁰. Las criptomonedas se crearon para ofrecer una alternativa a las monedas de curso legal tradicionales emitidas por los gobiernos y permiten pagos por Internet rápidos, seguros y anónimos. El valor de las criptomonedas en relación con una moneda de curso legal (monedas fiat) viene determinado por la oferta y la demanda, lo que los convierte en sumamente volátiles e impredecibles.

Las monedas digitales son una «versión digital del dinero, controlada por una clave criptográfica privada: una cadena aleatoria única de números». La moneda digital es propiedad del poseedor de la clave privada asociada a la cartera criptográfica correspondiente, que se utiliza para mantener y transferir la moneda. Actualmente existen tres tipos de monedas digitales: Criptomonedas (por ejemplo, Bitcoin, Ethereum, Solana); StableCoins (por ejemplo, Diem o Libra), que están respaldadas por un activo de reserva como la moneda de curso legal mantenida por los bancos; y las monedas digitales emitidas por un banco central (CBDC) que son versiones digitales de las monedas de curso legal de un país.

El Bitcoin nace como consecuencia de la crisis financiera de 2008 que expuso las debilidades del sistema financiero gobernado por autoridades centrales y por contraposición a un sistema bancario fácilmente manipulable. Su origen se remota en 2009 cuando su creador Satoshi Nakamoto (se desconoce si es el pseudónimo de una persona o de un grupo de personas) lo introduce para premiar el trabajo de los participantes en la cadena de bloques¹¹. La *Blockchain* o la cadena de bloques es un tipo de libro de contabilidad distribuido que consiste en distintos bloques de datos en los que se registran todas las transacciones que se realizan en el *DLT*¹². Los bloques están entrelazados con *hash*, formando una cadena. La tecnología de libro mayor distribuido (*DLT*) se caracteriza por el hecho de que las transacciones que se llevan a cabo en él se consiguen a través de un trabajo colaborativo realizado por sus participantes (ordenadores), denominados *nodos*, que guardan almacenado el mismo registro de datos¹³. Esto requiere una sincronización constante entre los nodos que se consigue a través de un mecanismo de consenso, es decir, un procedimiento mediante el cual un registro de datos «correcto» es identificado y finalmente aprobado por todos los ordenadores de la red. Este proceso es conocido como «minería y a sus participantes, como «mineros». La «prueba de trabajo» aplicado en Bitcoin es solo una

¹⁰ CoinMarketCap (consulta hecha en abril 2024) - <https://coinmarketcap.com/es/>

¹¹ S. NAKAMOTO, «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System» <https://bitcoin.org/es/bitcoin-documento>

¹² V. MAGNIER, P. BARBAN, «The potential impact of blockchains on corporate governance: a survey on shareholders' rights in the digital era», *InterEULawEast: Journal for the International and European law, Economics and Market Integrations*, vol. 5 No. 2, 2018 pp. 189-226, p. 192.

¹³ P. FRANCO, *Understanding Bitcoin – Cryptography, Engineering and Economics*, Wiley, 2015, p. 115.

de las muchas formas de diseñar el mecanismo de consenso, en el que los «mineros» validan la transacción a través de una serie de cálculos.

Otros mecanismos de consenso populares son la «prueba de autoridad» y la «prueba de participación». Este último, según el cual los nodos podrán validar las transacciones apostando monedas que ya poseen, se ha anunciado como el futuro mecanismo de consenso de Ethereum, que dejará la validación en manos de los nodos que hayan «bloqueado» la mayor cantidad de Ethers. En el caso de que dos bloques se validan con éxito al mismo tiempo (un proceso conocido como «bifurcación»), el protocolo de red establece que la cadena más larga es la que se ha de validar por consenso mayoritario de los nodos¹⁴.

Los titulares de criptoactivos suelen guardarlos en sus carteras digitales¹⁵. Las criptomonedas solo se pueden guardar en carteras digitales. Cada usuario puede tener varias de estas carteras que se custodian en plataformas digitales o en un dispositivo electrónico como ordenador, tablet o teléfono. Las transferencias se ejecutan mediante cifrado asimétrico, un ingenioso mecanismo que utiliza una clave privada y su correspondiente clave pública. Un mensaje cifrado por una clave privada que se activa al iniciar una transacción solo puede ser descifrado por la clave pública correspondiente. Sin embargo, aunque estén obviamente relacionadas desde el punto de vista matemático, la clave privada nunca puede deducirse de la clave pública. Así, una clave privada sirve como firma, mientras que la clave pública correspondiente sirve como dirección. Un monedero puede considerarse una clave privada (o almacén de claves) designada al mundo exterior por la clave pública correspondiente¹⁶. Todos los nodos de la red pueden estar seguros de que una transacción firmada con una clave privada procede de la cartera digital indicada por la clave pública correspondiente, lo que permite descifrar el mensaje¹⁷. Las transacciones deben «firmarse» utilizando la clave privada asociada con la dirección pública de origen. El proceso de validación requiere confirmar que la firma se ha generado utilizando la clave privada correcta y que la cartera digital de la que se han de transferir las criptomonedas contiene una cantidad suficiente de criptoactivos¹⁸. Una vez que se envía una transacción a la red, el primer minero que la verifica es recompensado con los 6,25 Bitcoins. El nodo

¹⁴ T. CHAN, «The nature of property in cryptoassets», *Legal Studies* (2023), núm. 43, pp. 480-498, doi:10.1017/lst.2022.53.

¹⁵ P. FRANCO, *Understanding Bitcoin...*, loc. cit., p. 17.

¹⁶ C. GORRIZ LÓPEZ, «Tecnología blockchain y contratos inteligentes», en *Inteligencia artificial. Tecnología y Derecho*, Susana Navas (coord), 2017, Tirant lo Blanch, pp. 151-196, p. 154.

¹⁷ P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2018, p. 18.

¹⁸ H. ARSLANIAN, *The Book of Crypto – The Complete Guide to Understanding Bitcoin, Cryptocurrencies and Digital Assets*, Springer, 2022; A. SUMMERS *Understanding Blockchain and Cryptocurrencies*, Oxford: CRC Press, 2022, p. 25.

luego transmitirá los datos al resto de la red, donde se almacenará en cada uno de los ordenadores. Una vez que la transacción se incluya en un bloque minado con éxito, forma parte de la cadena de bloques y se considera «confirmada». Este complicado mecanismo de verificación sirve de garantía contra manipulación y es la razón por la que las transacciones *blockchain* se conocen como inmutables. El historial de transacciones almacenado en el *DLT* se utiliza para calcular el saldo en la cartera digital de una persona.

Las transacciones que se realizan y registran en el libro mayor distribuido (*DTL*) no siempre requieren la intervención humana. La *DLT* aplica un mecanismo parecido a las máquinas expendedoras: las carteras digitales operadas por ordenador pueden gestionar automáticamente cualquier transacción que les envíen usuarios humanos u otros programas informáticos. Estos programas se conocen como *Smart contracts* (contratos inteligentes)¹⁹. Varios contratos inteligentes relacionados entre sí forman lo que se conoce como organización autónoma distribuida.

Mientras que el *Bitcoin* es una *blockchain* pública en la que puede participar cualquier persona, existen otro tipo de *DLT* que pueden condicionar la colaboración en una cadena al permiso previo de una autoridad central. Son los denominados *Blockchains* privados o semi-privados que conceden acceso solo a los participantes previamente aprobados. La intervención humana en estas *DLT* elimina la automatización de la ejecución sin afectar, sin embargo, a su naturaleza como *blockchain*²⁰.

La forma en que la tecnología *DLT* permite que los criptoactivos se transfieran de una dirección pública a otra debe examinarse con mayor detalle, porque es fundamental para la calificación del criptoactivo como propiedad. En este sentido, existen dos métodos diferentes utilizados para registrar las transacciones: el modelo de «salida de transacciones no gastadas» (*UTXO*), utilizado por Bitcoin y Litecoin, y el modelo de «saldo de cuenta», utilizado por Ethereum. En el primer modelo el software mantiene una base de datos conocida como «caché *UTXO*», que contiene una lista de todas las transacciones realizadas y sus direcciones correspondientes. Las *UTXO* son productos «no gastados» que están disponibles para gastarse en una transacción *Blockchain*. Los *UTXO* se generan cuando la operación ha sido confirmada por los

¹⁹ N. SZABO, «Smart Contracts», 1994, el texto complete está disponible en: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>; C. TUR FERNÁNDEZ, *Smart contracts. Análisis jurídico*, Reus, 2018; G. GARRIGA SUAÚ, «Blockchain-based smart contracts and conflict rules for business-to-business operations», *Revista electronica de Estudios internacionales*, núm. 41, 2021, pp. 4-6; J. M. ANGUIANO, «Smart contracts: Introducción al contractware», *Diario La Ley Ciberderecho*, núm. 24, enero 2019.

²⁰ V. MAGNIER, P. BARBAN, «The potential impact of blockchains on corporate governance...», *op.cit.*, p. 193.

nodos con éxito. Por ejemplo, un minero de Bitcoin que extraiga con éxito un bloque será recompensado con un *UTXO* por la suma de 6,25 Bitcoins que se asociará con la dirección pública de ese minero en la cadena de bloques. Si el minero posteriormente envía estos Bitcoins a otra dirección, la red hará referencia al *UTXO* original como una «transacción input» y se generará un nuevo *UTXO* en la misma denominación por parte del destinatario²¹.

Por el contrario, las *blockchains* que utilizan el modelo de «saldo de cuenta», como Ethereum, no mantiene un caché *UTXO*. En cambio, cada cuenta de Ethereum contiene una base de datos en el que se anota la cantidad de Ethers que el propietario posee. Cuando un Ether se envía de una cuenta a otra, el saldo de cada cuenta simplemente se ajusta. A diferencia del Bitcoin, una transferencia de Ether no implica tokens rastreables, ni registrar el resultado de la transacción y tiene efecto puramente de una transferencia nocional de valor de una cuenta a otra.

IV. TOKENS

El desarrollo tecnológico ha permitido la evolución de la *DLT* y la introducción del segundo tipo de criptoactivos: los *tokens*. La *tokenización* consiste en dividir el derecho exclusivo a algo en fichas (similares a acciones) que pueden negociarse en un *DTL*²². Los *tokens* son representación legal de participación en un activo, un conjunto de permisos o derechos que posee el portador del *token*²³. Como ejemplo de *tokens* se pueden dar las fichas físicas tradicionales que son las monedas de plástico que dan acceso a una atracción de feria o las fichas que se utilizan en los casinos, los cartones de bingo y los bonos y cheques al portador tradicionales. Hoy en día también se utilizan *tokens* digitales, como códigos QR, códigos de descuento y permisos en formato digital. Los criptoactivos son fichas digitales creadas con criptografía y *DLT* que pueden utilizarse como objeto de compraventa, intercambio, inversión o acceso a bienes o servicios. De modo que, los criptoactivos pueden considerarse una representación digitalmente transferible de un valor

²¹ T. CHAN, «The nature of property in cryptoassets», pp. 483-484.

²² J.M. ANGUIANO, «*Smart Contracts: Introducción al contractware*», *loc. cit.*, p. 3. «“Tokenizar” es representar matemáticamente un derecho o propiedad. Una secuencia de letras y dígitos (información) que los representa unívocamente y que se incorporan a un registro distribuido. Los “tokens” actúan como las fichas de un casino que representan un determinado valor en dinero de curso legal. Para poder transferir la titularidad de un bien o derecho, primero has de representarlo en un formato digital compatible con el protocolo que utilizas para transferirlo».

²³ T. VAN DER LINDEN, T. SHIRAZI, «Markets in crypto-assets regulation: Does it provide legal certainty and increase adoption of crypto-assets?», *Financial Innovation* (2023), <https://doi.org/10.1186/s40854-022-00432-8>, p. 4; P. FAVROD-COUNE, K. BELET, «Conflict of Laws and Tokens in Swiss Private International Law», en A. BONOMI, M. LEHMANN y Sh. LALANI, *Blockchain and Private International Law*, 2023, pp. 673-708, p. 674.

o un derecho. Se diferencian de los activos tradicionales en que las transacciones criptográficamente seguras que crean y rastrean los criptoactivos se almacenan en un *DLT*. Desde un punto de vista económico, los tokens pueden utilizarse como medio de pago y, en este sentido, son comparables en cierta medida a las monedas de curso legal. También pueden proporcionar un derecho de acceso a un servicio, o servir como inversión o depósito de valor, con derecho a una forma de dividendo.

Los *tokens* pueden ser fungibles o no fungibles²⁴. Los *tokens* fungibles son canjeables por otras fichas de la misma clase porque cada una de ellas representa un derecho o valor del mismo tipo, y normalmente pueden dividirse en fracciones. Por el contrario, las denominadas “fichas no fungibles” (*non-fungible tokens*- NFT) son indivisibles y, por tanto, son adecuadas para la representación de objetos únicos que existen en forma material, como pueden ser un cuadro o un diamante, o de derechos sobre objetos digitales, como una obra de arte digital, que existe solo en el espacio virtual.

Otra distinción importante de los tokens es entre fichas originarias y fichas derivadas. Las fichas originarias representan un valor que sólo existe en la *blockchain*²⁵. En teoría, sirven para realizar pagos y a menudo se denominan «fichas de pago». Son objeto de especulación, ya que los inversores las adquieren pagando con dinero de curso legal con la esperanza de que su valor aumente con el tiempo y las pueden vender por un precio más elevado. Bitcoin y Ether son los dos tipos más famosos de fichas originarias. No obstante, mientras que el Bitcoin y algunos otros tokens originarios existen en su propia cadena de bloques, la mayoría de los tokens de pago se guardan en plataformas más grandes que albergan diferentes fichas o aplicaciones, como la *blockchain* de Ethereum.

La mayoría de los tokens de pago se caracterizan por su alta volatilidad lo que los hace atractivos para la inversión de alto riesgo, pero poco atractivos como medio de pago alternativo. Con este segundo propósito se han introducido las llamadas *stablecoins*, cuyo valor viene determinado por el de la moneda de curso legal a la que están vinculados²⁶. El Reglamento MiCA las engloba bajo el término «ficha referenciada a activos» y las define en su art. 3.1.6 como «un tipo de criptoactivo que no es una ficha de dinero electrónico y que pretende mantener un valor estable referenciado a otro valor o derecho, o a una combinación de ambos, incluidas una o varias monedas oficiales». Los *stablecoins*

²⁴ P. FAVROD-COUNE, K. BELET, «Conflict of Laws and Tokens...», p. 681.

²⁵ P. FAVROD-COUNE, K. BELET, «Conflict of Laws and Tokens...», p. 677.

²⁶ Informe del Grupo de Trabajo sobre Criptomonedas Estables del G-7: «Investigating the impact of global stablecoins», 2019, disponible en <https://www.bis.org/cpmi/publ/d187.htm> ; M. LEHMANN, H. MEYLE, «The Law Applicable to Stablecoins», en A. Bonomi, M. Lehmann, y Sh. Lalani, *Blockchain and Private International Law*, 2023, pp. 372-398, pp. 375-379.

pretenden mantener un valor estable haciendo referencia al valor de varias monedas de curso legal, una o varias materias primas, a uno o varios criptoactivos o una combinación de dichos activos.

Por otro lado, los tokens derivados son tokens que representan derechos que existen fuera de la *DLT*. Pueden ser derechos de cualquier tipo como, por ejemplo, acciones de una empresa o derechos de propiedad. Se distingue entre los *security tokens* (fichas que representan valores) y los *utility tokens* o las «fichas de consumo». Estas últimas se definen en el art. 3.1.9. Reglamento MiCA como «un tipo de criptoactivo utilizado únicamente para dar acceso a un bien o un servicio prestado por su emisor». Funcionan como vales digitales y proporcionan acceso digital a un bien o servicio suministrado por el emisor del *token*. Su *tokenización* es comparable al proceso de creación de valores tradicionales. El emisor puede crear los derechos y los tokens al mismo tiempo, por ejemplo, prometiendo conceder determinados derechos a quien posea el *token*, o puede *tokenizar* activos ya existentes. A efectos de conflicto de leyes, los tokens derivados plantean problemas particulares porque hay dos activos: el activo digital y el activo que existe fuera de la *blockchain* y que este activo digital representa.

V. DERECHOS DE PROPIEDAD SOBRE LOS CRIPTOACTIVOS

1. El activo digital como objeto de derechos

Explicado el mecanismo tecnológico de generación de los activos digitales, es preciso identificar, a efectos legales, la naturaleza de los derechos reales sobre dichos activos²⁷. Este carácter tecnológico incide sobre su naturaleza: los activos digitales son creaciones tecnológicas que se generan y existen sólo en el espacio digital. Los criptoactivos son datos que guardan determinada información en la *DLT* y existen sólo en el ciberespacio y, como tales, son intangibles. Los datos pueden ser objeto de transacción y tienen un valor económico. Estas características los hacen susceptibles de ser reconocidos y regulados jurídicamente. Por tanto, se plantea la cuestión de si los criptoactivos como datos digitales pueden ser objeto de derechos *in rem*, que pueden ejercitarse con carácter general, o dar lugar a derechos *in personam*, que solo pueden ejercitarse frente a determinadas personas.

²⁷ K. F.K. LOW, M. HARA, «Cryptoassets and Property», 2022, Sjef van Erp & Katja Zimmermann (eds), Edward Elgar Research Handbook on EU Property Law, 2024, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4103870> ; T. CHAN, «The nature of property in cryptoassets», *Legal Studies* (2023), núm. 43, pp. 480–498, doi:10.1017/lst.2022.53; J. G. ALLEN, «Property in Digital Coins», *European Property Law Journal (EPLJ)*, vol. 8, no. 1, 2019, pp. 64–101; Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, F. 2

Tratar un criptoactivo concreto como propiedad depende de la naturaleza del activo, de las normas del sistema en el que existe y del propósito para el que se plantea la cuestión. Sin embargo, los criptoactivos tienen todos los rasgos de la propiedad²⁸. Sus características distintivas, como la intangibilidad, la autenticación criptográfica, el registro en *DLT*, la descentralización o el sistema de validación por consenso no son suficientes para descalificarlos como bienes. Tampoco dejan de serlo por ser pura información. Su aplicación en la práctica como medios de pago, como objetos de inversión o como representación de derechos o valores tiene importantes consecuencias jurídicas y requiere su regulación legal, dado que incide de manera directa en cuestiones relativas a la sucesión por causa de muerte, la adquisición de los activos de la sociedad en caso de insolvencia, así como en casos de fraude, robo o mala gestión de los negocios.

La naturaleza de los derechos sobre los criptoactivos ha suscitado distintas opiniones en la doctrina que han sido potenciadas tanto por las diferencias entre las normativas nacionales, como por la falta de una regulación uniforme. En la medida en que se componen meramente de datos, los activos digitales, al igual que los datos, no suelen estar reconocidos como objeto de derechos de propiedad. En muchos ordenamientos jurídicos solo se establecen derechos de propiedad sobre «cosas» tangibles. No obstante, en algunos Estados que han adoptado leyes que los regulan, se reconocen ciertos activos digitales como objeto de propiedad. En Japón, por ejemplo, de acuerdo con el art. 85 Código Civil, el régimen de propiedad previsto en el capítulo IV del Código Civil solo se aplica a las cosas tangibles. En una sentencia de 2015, el Tribunal de Distrito de Tokio confirmó que Bitcoin no podía clasificarse como «cosa» a efectos del Código Civil²⁹. En Luxemburgo, en vez de modificar las normas existentes en materia de derechos reales, el Gobierno decidió adoptar una ley nueva que regule los derechos similares a la propiedad en fichas respaldadas por «tecnología fiable»³⁰. En 2020 Suiza aprobó la Ley federal de 25 de septiembre de 2020 por la que se adapta la legislación federal a la evolución de las tecnologías de libro mayor distribuido³¹. En 2021, En Alemania los tribunales han confirmado que los datos no se pueden considerar como *res* a efectos del régimen patrimonial del Código Civil. En respuesta el legislador

²⁸ J. MARINOTTI, *Possessing Intangibles*, *Northwestern University Law Review*, 2022, n. 116, pp. 1227-1282, p. 1229.

²⁹ Sentencia del Tribunal de Distrito de Tokio de 5 de agosto de 2015., *Z1 contra Mt. Gox Co. Ltd.*, Caso n. 2014 (Wa) 33320.

³⁰ Ley de 3 de octubre de 2019 sobre los Tokens y los proveedores de token virtuales - Liechtensteinisches Landesgesetzblatt, 2019, N. 301 (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; «TVT-G»).

³¹ Ley federal suiza de 25 de septiembre de 2020, por la que se adapta la legislación federal a la evolución de las tecnologías de libro mayor distribuido, en vigor desde el 1 de febrero de 2021, AS 2021 33; BBI 2020 233.

alemán aprobó la Ley de Valores Electrónicos de 2021 que establece expresamente que los «criptovalores» son «cosas» a efectos de dicho régimen³². La nueva ley clasifica los valores electrónicos como «bienes muebles» en el sentido del art. 90 del Código Civil alemán. (eWpG § 2.). En los Estados que carecen de regulación alguna, han sido los tribunales que se han visto obligados a calificar los activos digitales y determinar si pueden o no ser objeto de propiedad. En los países de *common law*, como Reino Unido, Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda o Singapur, la tendencia mayoritaria es reconocer los derechos sobre los criptoactivos como derechos reales³³.

En la Unión Europea los activos digitales y los derechos que confieren están regulados en el Reglamento 2023/1114. En el considerando 82 el legislador europeo subraya la necesidad de proteger los intereses de los clientes de los proveedores de servicios de criptoactivos adoptando mecanismos adecuados que garanticen los derechos de propiedad de los clientes respecto de los activos que poseen³⁴. El art. 3.1.5 Reglamento MiCA define los criptoactivos como «una representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro distribuido o una tecnología similar»³⁵. Como las unidades individuales solo existen virtualmente, dependen totalmente de algún tipo de plataforma digital o libro mayor en el que se registran y transfieren. Por otro lado, la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo define las monedas virtuales como «representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos»³⁶. Los Principio de

³² Gesetz zur Einführung von elektronischen Wertpapieren, eWpG, <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-einf%C3%BChrung-von-elektronischen-wertpapieren/272016>

³³ K. F.K. LOW, M. HARA, «Cryptoassets and Property», *op. cit.*, pp. 4-6; CNUDMI, *Taxonomy of legal issues related to the digital economy*, 2023, pp. 42-43; C. R. GOFORTH, «U.S. Law: Crypto is Money, Property, a Commodity, and a Security, all at the Same Time», disponible en <https://ssrn.com/abstract=3272975>; K. F.K. LOW, M. HARA, «Bitcoins and other cryptocurrencies as property», *Law, Innovation and Technology*, vol. 9, n. 2, pp. 235-268, pp. 243-247.

³⁴ Considerando 82 Reglamento MiCA: «A fin de garantizar la protección de sus clientes, ha de requerirse que cuenten con mecanismos adecuados para proteger los derechos de propiedad de los clientes respecto de los criptoactivos que poseen».

³⁵ T. VAN DER LINDEN, T. SHIRAZI, «Markets in crypto-assets regulation...», pp. 16-18.

³⁶ Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, *DO L 156 de 19.6.2018*, p. 43/74; *Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la*

UNIDROIT sobre Activos Digitales y Derecho Privado en su principio 2 definen los activos digitales como «registros electrónicos aptos para ser objeto de control». El término «control» está definido en el Principio 6 y permite al titular transferir los activos, obtener los beneficios que éstos le proporcionan e impedir que terceros se apropien tanto de los criptoactivos, como de dichos beneficios³⁷. La oponibilidad con la que el titular de los activos digitales dispone contra terceros es una de las características principales de los derechos reales³⁸. El control que ejerce es comparable a la posesión en caso de bienes corporales. Los activos digitales no son bienes tangibles por lo que no se puede hablar de posesión, pero sí de control como la capacidad de su titular de transferirlos a través de la *DLT* o de lucrarse de ellos en caso de inversión.

Por lo tanto, los derechos reales sobre los criptoactivos residen en su capacidad de ser objeto de transacción a través de la blockchain que, después de ser validada por el minero, será reconocida por todos los demás nodos de la cadena de bloques³⁹. De modo que, la persona que posee la clave privada y la ha adquirido por medios lícitos, sería tratada generalmente como el propietario del criptoactivo, de la misma manera de la que se presume que una persona que posee legalmente un bien corporal es su propietario. Sin embargo, en caso de los activos digitales, la propiedad también depende de las circunstancias y de las normas que regulan el *DLT*.

prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, DO L 141 de 5.6.2015, p. 73/117. En sentido estricto, esta definición está un poco desfasada, ya que Ecuador y la República Centroafricana, han adoptado leyes específicas con las que han reconocido el Bitcoin como moneda de curso legal.

³⁷ Principio de UNIDROIT sobre Activos Digitales y Derecho Privado: Principio 6: «A person has 'control' of a digital asset if:

(a) subject to paragraphs (2) and (3), the digital asset, or the relevant protocol or system, confers on that person:

(i) the exclusive ability to prevent others from obtaining substantially all of the benefit from the digital asset;

(ii) the ability to obtain substantially all of the benefit from the digital asset; and

(iii) the exclusive ability to transfer the abilities in subparagraphs (a)(i), (a)(ii) and (a)(iii) to another person; and

(b) the digital asset, or the relevant protocols or system, allows that person to identify itself as having the abilities set out in paragraph (a)».

³⁸ T. CHAN, «The nature of property in cryptoassets», *op. cit.*, p. 485.

³⁹ J. SARRA, L. GULLIFER, «Crypto-claimants and Bitcoin bankruptcy: challenges for recognition and realization», *International Insolvency Review*, 2019, vol. 28, n. 2, pp. 233-272, p. 243; H. LIU, «Title, control and possession in the digital asset world» (2022) *Modern Studies in Property Law Conference*, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4079185>, p. 2; UK Jurisdiction Taskforce, «Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts», 2019, p. 10. https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.blockchain4europe.eu/wp-content/uploads/2021/05/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf&ved=2ahUKEwjwkc7qpmFAxXRif0HHaEEDDQQFnoECBEQAQ&usg=AOvVaw1_6vVj4VeBL_yL26ADNFG9

La cuestión que se plantea es cuál es el bien sobre el que se constituyen los derechos de propiedad en caso de activos que existen solo en un espacio digital. La respuesta reside en la manera en la que se generan los criptoactivos. Los activos digitales no son bienes corporales, no existen en el mundo real. El Bitcoin, por ejemplo, nace del registro de transacciones validado por los nodos a través del mecanismo de consenso. De modo que el activo digital se puede definir como un conjunto de datos, ordenados en una secuencia legible y generada por una transacción en el sistema. La transacción puede haber sido la original en la que se ha creado por primera vez el activo, o una posterior, en la que un usuario la ha transferido a otro. En el bloque dentro de la *DLT* la persona que tiene el poder de realizar transacciones utilizando su clave privada confirma la operación y el sistema registra la salida del activo en la clave pública. Por lo tanto, el criptoactivo es más que meros datos. Es un conjunto de funcionalidades operativas la más importante de las cuales es la capacidad de la persona que posee la clave privada a efectuar nuevas transacciones que serán reconocidas como válidas por las normas técnicas del sistema. Analizado de este modo, el activo puede considerarse como un poder específico sobre entradas de datos únicas en el libro mayor⁴⁰.

2. Mecanismo de transmisión de la propiedad

Para entender la naturaleza de los activos digitales es preciso explicar cómo estos se transfieren. Un criptoactivo está representado por datos que contienen la información codificada sobre el activo y que se refleja en la clave pública. Para realizar una transferencia dentro del sistema de criptoactivos, el usuario que transmite el criptoactivo modifica el parámetro público o genera uno nuevo, con el fin de crear un registro de la transferencia incluyendo los datos del destinatario. A continuación, el cedente autentifica el registro firmándolo digitalmente con la clave privada. En ese momento, el criptoactivo queda vinculado a la clave privada del receptor que obtiene el control exclusivo sobre el bien. La operación queda registrada en la *blockchain* y cualquier intento del anterior cedente a transmitirlo a otra persona no será aceptado por los nodos en el mecanismo de validación. Este mecanismo, no obstante, presenta diferencias con la transmisión clásica de bienes corporales o de cesión de un derecho en el que el objeto de transacción es exactamente el mismo *res* que posee el cedente y que entrega o traspasa al cesionario. En caso de los criptoactivos en el proceso de transmisión se modifican los parámetros técnicos lo que genera un nuevo activo con nuevas claves pública y privada. Los datos representativos del «viejo»

⁴⁰ D. FOX, «Digital Assets as Transactional Power», *Journal of International Banking and Financial Law*, (2022) n. 1, p. 3.

activo quedan registrados en la blockchain o en la *DLT*, pero ya no tiene valor ni función alguna y el sistema los trata como «gastados», es decir, como *res* que no puede ser objeto de transmisión⁴¹. El proceso, por lo tanto, se completa y el nuevo activo se genera cuando el ordenante confirma la cesión y envía el activo. Así que la conclusión lógica del análisis es que cada transacción que existe inmutablemente en la cadena de bloques, es un elemento individual de propiedad que sigue existiendo, pero sólo tiene valor si no se ha «gastado»⁴². Cuando se efectúa una transacción y se valida en la cadena de bloques, el elemento original de propiedad (esa misma capacidad de transferir) se agota o «gasta» y se crea un nuevo elemento de propiedad, que es la nueva capacidad del receptor para efectuar transferencias con respecto a ese nuevo criptoactivo.

VI. NORMAS DE CONFLICTO

La amplia variedad de activos digitales obliga darles un tratamiento jurídico diferenciado y puede ser difícil formular un único conjunto de normas de conflicto. El enfoque tradicional a las cuestiones relativas a los derechos sobre bienes corporales es que deben regirse por la *lex situs*, la ley del lugar en el que el bien se encuentra. El *situs* es un punto de conexión objetivo y fácilmente determinable al que los terceros razonablemente puedan deducir o identificar. Dicho punto de conexión proporciona el vínculo necesario entre el objeto y el Estado cuya ley se aplica y una sentencia en conflicto con la *lex situs* será a menudo ineficaz⁴³. Los criterios tradicionales utilizados en el derecho internacional privado como puntos de conexión para determinar la ley aplicable a una relación se basan en elementos geográficos que sitúan la relación en una determinada jurisdicción nacional. Este punto de conexión es objetivo y presenta un vínculo suficiente entre el litigio y un determinado ordenamiento jurídico. No es así en caso de las *DLT* que son completamente deslocalizado y no presentan conexión alguna con un Estado⁴⁴. La *blockchain* es un mecanismo electrónico de transacción que existe solo en el espacio virtual que no conoce de fronteras, ni de nacionalidades, lo que tiene como consecuencia que sea imposible

⁴¹ UK Jurisdiction Taskforce, «Legal Statement...», *ob. cit.*, p. 14.

⁴² T. CHAN, «The nature of property in cryptoassets», *op. cit.*, pp. 489 y 491; K. Low, E. TEO, «Bitcoins and other cryptocurrencies as property?...», *op. cit.*, pp. 235; K. Low, «Bitcoins as property: welcome clarity?», *Law Quarterly Review*, 2020, n. 136, p. 345.

⁴³ Dicey MORRIS y Collins, *Conflict of Laws*, 16 ed., párrafo 23-025.

⁴⁴ F. GUILLAUME, «Blockchain: le pont du droit international privé entre l'espace numérique et l'espace physique», en I. PRETELLI (ed), *Conflict of laws in the mase of digital platforms*, Schusthess, 2018, pp. 163-189, pp. 182-186; M. LEHMANN, «Who owns Bitcoin...», *loc. cit.* p. 5; S. HURST, «Decrypting conflict of laws», *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, marzo 2023, pp. 158-161.

identificar el ordenamiento jurídico más estrechamente vinculado con el litigio⁴⁵. Estas características han inspirado la creciente opinión en una parte de la doctrina que la *blockchain* se ha de regir no por disposiciones jurídicas estatales, sino por normas supranacionales adaptadas a las particularidades de la era digital, llamadas *lex cryptographia*⁴⁶. El sistema electrónico de transferencia de datos, de hecho, es la prueba fehaciente de que las transacciones basadas en la *DLT* son autoejecutables y autosuficientes y no requieren la intervención de abogados, notarios o intermediarios financieros.

1. Tipos de activos digitales y normas de conflicto

La variedad de activos digitales y los ecosistemas en las que éstos se generan y transmiten exigen aplicar puntos de conexión distintos a cada tipo de criptoactivos. La primera distinción que se ha de hacer es entre los criptoactivos cuyo emisor se conoce de los activos generados en una *DLT* descentralizada. El primer grupo queda cubierto tanto por el Reglamento MiCA, como por los Principios UNIDROIT. Ambos instrumentos establecen como norma general que los derechos reales sobre criptoactivos se rigen por la ley elegida por los nodos o por el emisor. No obstante, si la ley aplicable a los derechos reales no se ha elegido, esta se determinará aplicando normas de conflicto adaptadas a las características del activo en cuestión.

1.1. Monedas digitales emitidas por Bancos Centrales

Los bancos centrales pueden, en principio, emitir monedas de curso legal en cualquiera de sus formas. Teóricamente, un banco central puede decidir dejar de emitir monedas de metal e imprimir billetes de papel y, en su lugar, emitir monedas digitales y darles el mismo estatus que tiene el efectivo. Para que las monedas digitales se conviertan en monedas de curso legal, suele ser necesario modificar la legislación vigente, declarando, o al menos aclarando, que estos tienen el mismo

⁴⁵ V. ANDREEVA ANDREEVA, «Conflicto de leyes en las transacciones de criptomonedas», *AEDIPR*, Tomo XXI, 2022, pp.

⁴⁶ P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, «Decentralized blockchain technology...», *loc. cit.*, p. 19; M. DELL'ERBA, «Demystifying Technology. Do Smart Contracts Require a New Legal Framework? Regulatory Fragmentation, Self-Regulation, Public Regulation», 2018, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3228445>; T. SCHREPEL, «Anarchy, State, and Blockchain Utopia: Rule of Law versus Lex Cryptographia», 2019 en *General Principles and Digitalisation*, Hart Publishing, 2020, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3485436>; G. DIMITROPOULOS, «The Law of Blockchain», *Washington Law Review*, n. 3, vol. 95, 2020, pp. 1117-1192, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3559970>; M. SCHILLIG, «'Lex Cryptographia,' 'Cloud Crypto Land' or What? – Blockchain Technology on the Legal Hype Cycle», *King's College London Law School Research Paper*, 2021, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3804197>

estatus. En un escenario ideal esta legislación aclararía si las criptomonedas se han de tratar de forma análoga a los bienes tangibles o de manera diferente, o incluso incluir una norma de conflicto explícita.

En el caso de las criptodivisas se puede identificar dos puntos de conexión alternativos: la sede del banco central que las haya emitido o un lugar relevante vinculado a su titular que puede ser la residencia habitual, el domicilio, la administración central, la sucursal pertinente, etc. No obstante, la primera opción proporciona más seguridad jurídica y previsibilidad para los operadores por lo que los derechos de propiedad de los activos digitales emitidos por un Banco Central deben registrarse por la legislación del Estado donde tenga su sede el banco central emisor.

1.2. Tokens que se consideran dinero electrónico

Ni la Directiva sobre dinero electrónico ni el Reglamento MiCA incluyen disposiciones sobre la ley aplicable. En este caso, para determinar la ley aplicable a los derechos reales sobre los tokens de dinero electrónico se puede elegir entre dos opciones. En primer lugar, estaría la sede del emisor del dinero electrónico o de las fichas de dinero electrónico, dado que es el Estado bajo cuya supervisión opera dicho emisor. El segundo punto que puede considerarse relevante es el domicilio del legítimo titular de la ficha de dinero electrónico. Como ha sido explicado con anterioridad, el titular del activo digital es la persona que posee legítimamente la clave privada con la que puede transferirlo. El Estado bajo cuya supervisión opera el emisor y que normalmente coincidirá con su domicilio es un punto de conexión objetivo y proporciona la previsibilidad y la seguridad jurídica necesarias y tiene más peso que el del domicilio del titular de los activos digitales. La razón es que en el primer caso el Estado cuyas autoridades controla al emisor será el que definirá las condiciones en las que el dinero electrónico puede emitirse, negociarse o canjearse por moneda fiduciaria, entre otros.

1.3. Los tokens como instrumentos financieros

Por último, nada impide al legislador introducir instrumentos financieros, en particular valores, en forma electrónica y/o en *DLT*. Hoy en día, gran parte del mercado de instrumentos financieros es electrónico en el que con una anotación en cuenta se sustituye a la posesión del certificado físico. Los tokens que se califican directamente como instrumentos financieros, en particular los valores, también deben tratarse como instrumentos financieros a efectos de las normas de conflicto. Estos activos quedan excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento MiCA, de acuerdo con su art. 1.4.a), pero sí que están cubiertas por las disposiciones de la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza

de la liquidación (SFD), y de la Directiva 2002/47/CE sobre garantías financieras (FCD)⁴⁷. Ambos instrumentos regulan las infraestructuras de los mercados financieros y contienen normas de conflicto - el art. 9.2 de la Directiva 98/26/CE y el art. 9 de la Directiva 2002/47/CE. Sin embargo, las infraestructuras y transacciones a las que se dirigen son convencionales. La Directiva sobre la firmeza de la liquidación se ocupa de los sistemas de pago y liquidación de valores, en los que se negocia las divisas tradicionales como euros, dólares y los instrumentos financieros convencionales, como acciones y bonos. La Directiva sobre garantías financieras se refiere a las garantías proporcionadas en efectivo o en instrumentos financieros. La ley aplicable a los derechos *in rem* sobre los activos digitales que se pueden considerar activos financieros se determinará por las normas de conflicto previstas en ambas Directivas. De acuerdo con el art. 9.2 Directiva 98/26/CE en caso de constitución de una garantía mediante valores inscritos en un registro, cuenta o sistema de depósito centralizado situados en un Estado miembro, la determinación de los derechos reales de los acreedores pignoratícios sobre dichas garantías se hará de acuerdo con la ley de este Estado miembro⁴⁸. El art. 9 Directiva 2002/47/CE aplica el mismo criterio del lugar de situación de la cuenta al prever que las cuestiones relativas a la naturaleza jurídica y los efectos de la garantía prendaria de anotaciones en cuenta, su constitución, los derechos o su ejecución se regirán por la ley del Estado Miembro en el que se encuentra la cuenta principal⁴⁹. La consideración de las criptomonedas como activos financieros ha de ser descartada, sin embargo, dado que tienen valor por sí mismas y no representan un derecho de cobro que exige la contrapartida de un pasivo financiero en otra compañía⁵⁰. Ambas normas hacen referencia a «la ley del país en el que se mantiene la cuenta pertinente» y a la

⁴⁷ Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, DO L 166 de 11.6.1998, p. 45/50; Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, DO L 168 de 27.6.2002, pp. 43/50.

⁴⁸ Art. 9.2 Directiva 98/26/CE: «Cuando se constituya una garantía mediante valores (inclusive derechos sobre valores) en favor de participantes y/o bancos centrales de los Estados miembros o del futuro Banco Central Europeo, tal como se describe en el apartado 1, y su derecho (o el de cualquier mandatario, agente o tercero que actúe en su nombre) respecto de los valores se inscriba legalmente en un registro, cuenta o sistema de depósito centralizado con sede en un Estado miembro, la determinación de los derechos de dichas entidades como acreedores pignoratícios sobre dichas garantías se regirán por el Derecho de dicho Estado miembro».

⁴⁹ Art. 9 Directiva 2002/47/CE: «Toda cuestión relativa a cualesquiera de los temas especificados en el apartado 2 en relación con una garantía prendaria de anotaciones en cuenta se regirá por la legislación del país en que se encuentre la cuenta principal. La referencia a la legislación de un país es una referencia a su legislación nacional, desestimando toda norma en virtud de la cual, para decidir la cuestión relevante, se tuviera que hacer referencia a la legislación de otro país».

⁵⁰ M. J. GARCÍA-TORRES, «Problemas en la tributación de las operaciones con *Bitcoins*: calificación, prueba, valoración y control de las rentas generadas», en *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario. Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, dir. C.

ley del Estado miembro en el que se encuentra el «registro, cuenta o sistema de depósito centralizado» en el que las garantías reales están «legalmente registradas».

Para los Estados contratantes que aplican el Convenio de 5 de julio de 2006 sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario se aplicarán en su lugar las normas de conflicto previstas por dicho Convenio⁵¹. Sin embargo, pregunta que se plantea es qué puede significar esto para los activos digitales. Los activos digitales en poder de un intermediario pueden estar sujetos a las normas de los valores intermediados y a las normas de conflicto previstos en el Convenio de La Haya de 2006. Aunque sea cierto que las disposiciones del Convenio se han redactado teniendo en cuenta el sistema centralizado y altamente regulado de mecanismos de compensación y liquidación que existe en la actualidad en relación con los valores anotados en cuentas, dichas normas se pueden aplicar también a los activos digitales que son considerados instrumentos financieros. La regla PRIMA no utiliza como punto de conexión la relación entre el emisor y el inversor, sino el lugar en el que se encuentra el registro del intermediario en el que éste realiza las correspondientes anotaciones de cada operación. Este método parte de la relación entre el inversor, titular de los derechos que le otorga la adquisición de los valores, y el intermediario. Esto es, se fija en los derechos derivados que se generan en la posición de cada intermediario en el sistema multinivel. Consecuentemente, si el elemento relevante son los derechos derivados, el *situs* es el lugar en el que su titular puede efectivamente disponer de ellos. Esto lleva a la ley del lugar en el que se encuentra el intermediario que custodia los valores de sus clientes⁵². De acuerdo con la regla

GARCÍA-HERRERA BLANCO, núm. 10, 2018, disponible en https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_10.pdf, p. 91.

⁵¹ Convenio de 5 de julio de 2006 sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=72>; F.J. GARCIMARTÍN ALFREDZ, «Direct and Indirect Holding: the Challenges of the Functional Approach», *Unidroit Seminar on Intermediated Securities*, Bema, Suiza, septiembre 2005, pp. 15-17; *id.*, «The Unidroit Project on Intermediated Securities: Direct and Indirect Holding Systems», *InDret*, enero 2006, p. 3; *id.*, «Los trabajos de la Conferencia de la Haya sobre valores anotados en intermediarios financieros», *REDI*, vol. LIII, 2001, p. 1234; F.J. GARCIMARTÍN ALFREDZ e I. GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, «Los valores depositados en un intermediario: riesgos legales e intervención del legislador supranacional», *RDMV*, No. 1, 2007, pp. 75-130, esp. pp. 77-81; I. GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, «Indirect Holdings of Securities and Exercise of Shareholder Rights (a Spanish perspective)», *Common Market L.J.*, vol. 3, no 1, enero 2008, pp. 32-57, esp. pp. 39-42; L. THÉVENOZ, «Intermediated Securities, Legal Risk, and the International Harmonisation of Commercial Law», *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, vol. 13, no 2, 2008, pp. 384-452; R. VERHAGEN, «Book-entry Securities and Conflict of Laws. Transfer and Pledge of Securities Held in International Multi-tiered Holding Systems», *Eur. Buss. L. Rev.*, vol. 11, no 2, 2000, pp. 112-127; V. ANDREEVA ANDREEVA, «La Regla Prima ¿por qué ratificar el convenio de la Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario?», *Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*, vol. 11, 2011, pp. 857-888.

⁵² V. ANDREEVA ANDREEVA, «La Regla Prima...», *op. cit.*, pp. 874-875.

PRIMA, la ley aplicable a la naturaleza y el alcance de los derechos derivados sobre los valores anotados en cuenta es la ley del Estado en el que se encuentra el intermediario relevante. El intermediario relevante es el intermediario que mantiene la cuenta de valores a nombre del titular de la cuenta. A pesar de que las funciones del intermediario financiero pueden ser distintas de las de los operadores en un mercado digital de criptodivisas, la solución se podría adaptar a las particularidades de las transacciones de divisas virtuales llevando a la aplicación de la ley del lugar de la autoridad o del administrador de la *Blockchain* (*Place of the Relevant Operating Authority/Administrator [PROPA]*) o de la residencia habitual del que custodia la clave principal (*the Primary Residence of the Master Key Holder Approach [PREMA]*)⁵³.

En un principio, reducir la dependencia de los intermediarios era una de las principales razones para que las partes utilizaran la *blockchain*, ya que permite a los participantes en una red de *peer-to-peer* mantener y transferir activos sin necesidad de proveedores de servicios adicionales. Sin embargo, en la realidad casi nunca es así. Más bien ha surgido un ecosistema muy diverso de proveedores de servicios digitales. El Reglamento MiCA regula ocho tipos diferentes de «servicios de criptoactivos». El servicio más parecido al servicio prestado por los intermediarios que los redactores de la Directiva 98/26/CE, la Directiva 2002/47/CE o el Convenio de La Haya de 2006 es la custodia y administración de criptoactivos por cuenta de terceros, es decir, un tipo de servicio prestado normalmente por proveedores de monederos digitales y bolsas de criptomonedas.

No obstante, sigue existiendo una laguna en relación con los activos digitales que, o bien, no se califican como valores u otros instrumentos financieros y, por lo tanto, no entran en ninguna de las normas de conflicto reconocidas (por ejemplo, Bitcoin, *stablecoins*, fichas de consumo o NFTs), o bien, que se consideran valores u otros instrumentos financieros en el sentido de la legislación de los mercados financieros, pero a los que no se aplican las normas de conflicto existentes. Este último puede ser el caso, por ejemplo, cuando un sistema jurídico solo tiene normas para los valores intermediados, pero los valores en cuestión no se mantienen a través de un intermediario, o las normas de conflicto pertinentes para los valores intermediados no se ajustan a la *DLT* y el sistema jurídico aún no ha creado un régimen alternativo.

2. Normas conflicto para los tokens derivativos

En primer lugar, se plantea la cuestión de si los derechos de propiedad sobre tokens derivativos se rigen por una ley distinta de la que rige

⁵³ M. LEHMANN, «Who owns Bitcoins...», *loc. cit.*, p. 16.

los derechos de propiedad sobre el activo representado, o si la primera es siempre idéntica a la segunda.

Antes que nada, se ha de determinar cuál es la ley que rige los efectos de la *tokenización*. Hay dos elementos que se han de tomar en consideración en este caso. El primero es la del vínculo entre el activo digital y el activo representado. Si un objeto existente en la vida real se «tokeniza», se plantea la cuestión de si y, en caso afirmativo, bajo en qué condiciones la transferencia del token a otro participante en la red también transfiere la propiedad del objeto real. En general, esto se debe decidir según la ley que rige los derechos de propiedad sobre el activo representado, es decir, en el ejemplo de una obra de arte, suele ser el lugar en el que se encuentra dicha obra (*lex rei situs*). En caso de créditos, la ley aplicable, por lo tanto, será la ley que rige el crédito, de acuerdo con el art. 14.2 Reglamento 593/2008. Si el activo representado son las acciones de una empresa, la ley aplicable será la *lex societatis*, etc.

La ley que rige los derechos de propiedad sobre el activo representado regulará, por lo tanto, la relación con el activo digital. Cuando esta ley no reconoce los efectos patrimoniales que las partes intentaron conseguir mediante la *tokenización*, sigue existiendo la posibilidad de que una transacción consensuada en el registro pueda interpretarse como un intercambio de declaraciones de intenciones, al menos implícitas, que, según las normas aplicables fuera del registro, pueden, no obstante, producir efectos jurídicos. Este sería, por ejemplo, el caso de cesiones de créditos.

En este contexto, cuestión que queda abierta es si los efectos frente a terceros de la transferencia del activo digital se rigen por la misma ley o por una ley diferente. Obviamente, el hecho de que los derechos patrimoniales sobre el token se rijan por la misma ley que ya rige los derechos *in rem* sobre el activo representado tendría una serie de ventajas. Por ejemplo, si el token representa la propiedad sobre una obra de arte que existe en la realidad y la *lex situs* no permite una compra de buena fe en el caso de que el comprador la adquiere de un ladrón, sería coherente no permitir tampoco la compra de buena fe del token cuando la clave privada ha sido robada al legítimo titular.

Por otra parte, esto significaría también que cuando dicha obra de arte se encuentra en el territorio de un Estado cuya ley sí permite la compra de buena fe en esta situación, se aplicaría esta misma al token, es decir, la ley aplicable a los derechos de propiedad sobre activo digital cambiaría como la ley aplicable a los derechos de propiedad sobre el activo representado. Esto sería incoherente y contrario al principio de certidumbre y seguridad jurídica que buscan las partes de una transacción de los activos digitales.

3. Puntos de conexión centrados en las partes implicadas

Existen dos tipos de puntos de conexión: los puntos de conexión que se centran en las partes implicadas en una transacción y los puntos de conexión que se centran en el propio activo. Los primeros pueden dividirse en puntos de conexión relacionados con el lugar donde se encuentra el titular o el transmitente y los que se refieren a un intermediario o a una cuenta. En el Derecho de obligaciones, la ley aplicable suele determinarse por puntos de conexión que tienen alguna relación con las partes, ya sea la elección que ambas partes han acordado, la residencia habitual de las partes o el lugar donde se desarrolló alguna actividad de una de las partes. En cuanto a los aspectos patrimoniales, y al menos cuando entran en juego los intereses legítimos de terceros, este tipo de puntos de conexión es menos común. El único instrumento que parece proponer el lugar del proveedor del servicio como punto de conexión específicamente para los activos digitales son los Principios del Instituto Europeo de Derecho sobre el uso de los activos digitales como garantías.

4. Puntos de conexión centrados en los activos digitales

Otro grupo de puntos de conexión se centra en los propios activos digitales, tratando de lograr la uniformidad de las soluciones dentro del mismo tipo de activos digitales, como un tipo concreto de tokens emitidos por un emisor concreto. Se trata de un objetivo subrayado, en particular, por los trabajos de UNIDROIT en la materia. Dichos puntos de conexión estarían normalmente asociados a un registro público, al emisor, al operador de la red o a otra persona, distinta de las partes de una transacción, que tenga alguna conexión con los activos digitales.

4.1. La ley del lugar del registro

Cuando los activos digitales requieren, en virtud del derecho público, una inscripción en un registro público, el lugar de dicho registro es un punto de conexión obvio. Sin embargo, el «lugar» no puede significar la ubicación de los servidores, ya que la ubicación de los servidores no se puede considerar un criterio apropiado y fiable. Más bien, el lugar de un registro es principalmente el Estado bajo cuya supervisión se mantiene el registro, es decir, a cuya regulación somete sus actividades la entidad que mantiene el registro, o si la entidad que mantiene el registro no está bajo supervisión, el Estado donde dicha entidad tiene su sede.

4.2. *Elección de la ley aplicable por el emisor o el administrador del sistema*

Otro posible punto de conexión es la elección de la ley hecha por el emisor o por el administrador del sistema que se reflejaría en el de forma visible para todos los participantes pertinentes en la *DLT*, de modo que cualquier persona que participe en el sistema se puede considerar que la ha conocido con antelación y la ha aceptado como ley rectora de los derechos de propiedad sobre los activos digitales⁵⁴. La ley asignada de esta manera sería válida siempre que dicha elección de ley sea fácilmente identificable por cualquier tercero. Por supuesto, sigue existiendo la preocupación de que los intereses de determinadas partes puedan verse perjudicados por la elección de la ley más liberal posible, razón por la cual también se podría considerar la posibilidad de restringir los sistemas jurídicos disponibles a aquellos que tengan unos contactos mínimos con el emisor o el administrador del sistema. Cuando los activos digitales están sujetos a registro en un sistema jurídico concreto, existen argumentos de peso para considerar que el emisor ha elegido la legislación del Estado en cuestión. En cualquier caso, la elección de la ley no afectaría ni a la ley de supervisión ni a la ley de protección de los inversores, sino únicamente al derecho de propiedad⁵⁵.

Esta posibilidad está prevista también en el Principio 5 de los Principios UNIDROIT que establece un esquema jerárquico de aplicación de los distintos puntos de conexión. El primero de ellos es la posibilidad del emisor o del administrador del sistema a elegir la ley aplicable e incluirla en la *blockchain* de manera visible tanto para los participantes, como para los terceros. Si esta ley no se puede aplicar o no se ha hecho una elección, se aplica la ley interna estatal elegida e incluida en el sistema en el que el activo digital ha sido registrado. En su defecto, el Principio 5 establece que se aplica la ley del Estado en el que el emisor de los activos digitales tiene su sede estatutaria. En último lugar, siempre que no se pueda aplicar ninguna de las anteriores opciones, se puede aplicar, o bien, la *lex fori*, o bien, los Principios UNIDROIT si está previsto en la ley del Estado cuyos órganos jurisdiccionales tienen la competencia judicial internacional para conocer del litigio, o bien, la ley aplicable determinada por las normas del DIPr del Estado cuyos órganos jurisdiccionales tienen la competencia judicial internacional para conocer del litigio.

⁵⁴ Financial Markets Law Committee (n 18), 15 *et seq.*; Michael NG, «Choice of law for property issues regarding Bitcoin under English law», (2019) 15 Journal of Private International Law 315, p. 332.

⁵⁵ Financial Markets Law Committee (n. 18), 16.

4.3. *La residencia del programador como punto de conexión*

Se debate en la doctrina si la residencia habitual del programador se puede considerar un posible punto de conexión⁵⁶. Sea como fuere, está claro que, para muchos tipos de activos como Bitcoin, casi todos los intentos de establecer una conexión clara con un determinado Estado conducirán a resultados poco satisfactorios. Sin embargo, desde el principio, siempre habrá alguna entidad conectada de alguna manera significativa con una criptomoneda. Los estudiosos han propuesto, por ejemplo, buscar una conexión con la ley del Estado de Massachusetts como solución en caso de Bitcoin⁵⁷.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Los litigios relacionados con criptoactivos han proliferado en los últimos años, junto con el auge del mercado de criptoactivos. Algunos de ellos se pueden resolver aplicando los principios tradicionales del Derecho contractual y de responsabilidad civil extracontractual, pero las cuestiones de propiedad plantean problemas particulares. Aunque en general se ha aceptado que las criptoactivos son propiedad, la cuestión no es más que el punto de partida. Para resolver adecuadamente los litigios que tiene por objeto los derechos *in rem* sobre criptoactivos es necesario aplicar las normas de conflicto actuales adaptadas, no obstante, a las características del *DLT*. El presente trabajo expone los problemas habituales que pueden surgir a la hora de determinar los derechos reales sobre los activos digitales y concluye que las soluciones que ofrecen los criterios tradicionales para determinar el derecho aplicable, aunque puedan ofrecer una posible respuesta, no siempre resultan adecuadas. El carácter descentralizado de las *DLT* y su existencia exclusivamente en el espacio digital dificulta la determinación de aquel criterio relevante para determinar la ley aplicable. El análisis de la problemática desde el punto de vista del Derecho internacional privado requiere aplicar el enfoque tradicional identificando cuál es el bien, tarea que en caso de activos digitales no resulta fácil. Las normas tradicionales del Derecho internacional privado que pretenden localizar físicamente la propiedad o la relación jurídica resultan ser represivas para una realidad que trasciende las fronteras y se produce en un espacio digital. Dificultades adicionales añade la gran variedad de activos digitales que en este momento existen y que el rápido desarrollo tecnológico promete aumentar. Los puntos de conexión tradicionales están

⁵⁶ M. NG, «Choice of law for property issues regarding Bitcoin under English law», *Journal of Private International Law*, 2019, n. 15, pp. 315–338.

⁵⁷ M. NG, «Choice of law...», *op. cit.* p. 336.

diseñados para determinar la ley aplicable a objetos que existen en mundo material, lo que los hace difícilmente aplicables a un ecosistema digital. Los esfuerzos de adoptar normas uniformes para regular los derechos de propiedad sobre los activos digitales se reducen, por ahora, a los Principios de UNIDROIT, al Reglamento MiCA y a escasas leyes nacionales, cuando los criptoactivos existen y son objeto de adquisición y transacción desde el 2009. Estas normas, no obstante, no se aplican a los activos generados en las *blockchains* descentralizadas, lo que deja sin regulación cuestiones importantes relacionadas con los aspectos propietarios de los activos generados en ellas o que son objeto de transacción en operaciones entre particulares. A lo mejor, las normas de conflicto tradicionales necesitan un enfoque diferente, adaptado a esta nueva realidad virtual o, tal vez, sí que es necesario acudir a la denominada *lex criptográfica* y adoptar nuevas normas con puntos de conexión que responden a las características y las particularidades de los activos digitales.

CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS SOBRE CRIPTOACTIVOS: PROBLEMAS DE LEY APLICABLE

Briseida Sofía JIMÉNEZ-GÓMEZ*
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. CRITERIOS DE CONEXIÓN: 1. La *lex rei sitae*; 2. La *lex conto sitae*; 3. La ley del otorgante de la garantía— III. DESARROLLOS ACADÉMICOS NOTABLES: 1. Los Principios del European Law Institute; 2. Los Principios de UNIDROIT.— IV. OPCIONES ALTERNATIVAS: 1. La elección del lugar por las partes; 2. El lugar de la autoridad operativa relevante; 3. La localización de la llave maestra.— V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La utilización de criptoactivos como garantía en préstamos crediticios aumenta las posibilidades de financiación de los propietarios de criptoactivos, lo cual redundaría en beneficio de la economía. En el caso de las criptomonedas y específicamente bitcoin poder usarlo para prestar y pedir prestado ayudaría a que bitcoin fuera considerado una moneda y

* Profesora Titular (acred.) Universidad Complutense de Madrid. LL.M. College of Europe, Postdoctorado Harvard Law School. Miembro del Instituto Complutense de Estudios Internacionales. ORCID 0000-0003-0862-8188. Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación nacional «Gobierno Corporativo: Desafíos Regulatorios ante la Digitalización del Derecho de Sociedades» (PID2019-104019RB-I00) financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033. Este trabajo fue presentado en la III Jornada de derechos reales en el Derecho internacional privado en la Unión Europea: Las normas de conflicto sobre los derechos reales en la UE: statu quo y propuestas de futuro, 4 y 5 de abril 2024, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona. Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 1 de abril de 2024.

legitimaría el uso de las criptomonedas¹. Los anuncios de préstamos en criptomonedas o de préstamos que usan las criptomonedas como garantía se ofertan en España gracias a internet. Según los proveedores de los servicios de criptomonedas, sus ventajas son: la velocidad en la tramitación y aprobación del préstamo, sin requisitos de verificación de crédito, es decir, ideales para personas que no cumplen con los perfiles crediticios de la banca tradicional, a unos tipos de interés competitivos, o más bajos que los préstamos sin garantías, tales como los de las tarjetas de crédito². Sin embargo, la virtud de los préstamos respaldados con criptomonedas es el acceso global; ya que trascienden las fronteras geográficas, al estar disponibles en cualquier lugar del planeta, siempre y cuando el solicitante tenga conexión a internet. Estas características pueden resultar ventajosas para los habitantes que no tienen acceso a bancos. En particular, al utilizar las criptomonedas como garantía, la atención se desplaza de la solvencia crediticia al valor de los activos digitales, abriendo las puertas a recursos financieros que de otra forma serían inaccesibles.

Por tanto la aportación de una cripto-garantía disminuye el riesgo que asume el prestamista, lo cual queda reflejado en unos tipos de interés más bajos en comparación con los préstamos sin garantías. El préstamo con garantía de cryptoactivos puede ser rentable por el ahorro en el tipo de interés durante el plazo de tiempo que dure el contrato. No obstante, debe considerarse que igual que la criptomoneda puede revalorizarse, también podría depreciarse, lo cual puede ser un elemento para que el prestamista pida garantías adicionales.

A pesar de estos beneficios, el objeto de la garantía resulta el primer problema al que se enfrentan estas operaciones. En función de la definición y la tipología, estamos ante activos que pueden tener distintas funcionalidades. Según los criterios tecnológicos, los cryptoactivos pueden ser nativos o derivados. En el primer caso, los cryptoactivos solo existen *on-chain*, como, por ejemplo, las criptomonedas; pero en el segundo caso, los cryptoactivos son una representación de un activo en el mundo físico. En este sentido, los bienes que se encuentran *tokenizados* pueden ser valores mobiliarios, obligaciones, materias primas *tokenizadas*, o incluso, la propiedad inmobiliaria y los derechos de propiedad industrial como las patentes. De manera que el bien representado puede tener un carácter real o simplemente financiero.

A su vez los *tokens*³ pueden dividirse en fungibles y no fungibles. Los *tokens* fungibles representan digitalmente un bien fungible y, por

¹ S. APPEL, «Can you take a security interest in Bitcoin?», *DLA Piper*, 7 de mayo de 2014, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=08578e82-5bc0-4151-bf5c-d0be3ad213c3>

² *Vid.*, por ejemplo, A. RAPSEY, «Cómo conseguir un préstamo Bitcoin en 12 sencillos pasos», 2 de febrero de 2024, <https://blog.ledn.io/es/how-to-get-a-bitcoin-loan>

³ Término inglés que significa ficha. La instrumentación técnica del cryptoactivo se lleva a cabo en el tipo de *token* que se crea o se emita. Por tanto, el término relevante desde la pers-

tanto, pueden ser sustituibles por otro del mismo género y especie (*tantundem eiusdem generis et qualitatis*). Un ejemplo es un *stablecoin*, un *token* que se valora como (o representa) una o varias monedas de curso legal en un Estado, o una o varias mercancías (metales preciosos), y que pretende asegurar la estabilidad con la moneda tradicional o activos externos⁴. En cambio, un *token* no fungible tiene un código identificativo que es único y permite reproducir en forma digital bienes materiales e inmateriales. Se utiliza principalmente en el sector del coleccionismo artístico. Para que un criptoactivo se considere único y no fungible, los activos o derechos representados también deben ser únicos y no fungibles⁵.

Según las utilidades o funciones de los criptoactivos, el regulador de cada Estado clasifica a los mismos. En síntesis, se puede diferenciar a los *tokens* que buscan poder ser utilizados como medio alternativo de pago para toda compra de bienes o servicios (criptomonedas), los *tokens* que ofrecen la posibilidad de adquirir bienes o servicios de la empresa o plataforma que los ha emitido (*tokens* de servicio, *utility*), y los *tokens* que contienen un valor, que los inversores esperan que se revalorice con el tiempo si la empresa tiene éxito tras la oferta pública de venta de *tokens*, conocida por sus siglas en inglés ICO, *initial coin offering*. Estos últimos suelen llamarse «*security tokens*»⁶. Además, los *tokens* referenciados a activos («*asset-backed token*») posibilitan la adquisición de una parte de un bien en el mundo real, por ejemplo, la propiedad inmobiliaria. También existen los *tokens* de recompensa que suelen regalar las plataformas para que los usuarios utilicen su criptomoneda y pueden contener uso de servicios. Sin embargo, el último tipo de *tokens* no entra en nuestro análisis, por su falta de negociabilidad⁷.

A pesar de estos criterios, desde la perspectiva regulatoria interesa la funcionalidad económica del criptoactivo. Ese enfoque ha cristalizado en el Reglamento MICA de la UE⁸. En el Reglamento MICA un

pectiva jurídica es criptoactivo. A. MADRID PARRA, «Del valor anotado al “tokenizado”», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, 2022, núm. 3, pp. 55-97, p. 70.

⁴ El Banco de España ha comenzado en enero 2024 el ensayo de EURM, el nombre que recibe la *stablecoin* del Sandbox regulatorio en conjunción con la fintech MONEI. Las pruebas se realizarán con un número restringido de usuarios, y funcionan vinculando cada EURM con euros, con paridad 1:1 con su total depositado en la entidad BBVA. <https://monei.com/es/blog/testing-of-eurm-begins/>

⁵ Vid. Considerando 11 del Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023 relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 1093/2010 y (UE) núm. 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937. DO L 150/40, 9.6.2023 (en adelante, Reglamento MICA).

⁶ Vid. P. BAINS, *et al.*, «Regulating the Crypto Ecosystem: the Case of Unbacked Crypto Assets», *Fondo Monetario Internacional*, Note/2022/007, p. 11.

⁷ También están excluidos del Reglamento MICA, porque no son transferibles a otros tenedores y solo son aceptados por el emisor u oferente.

⁸ Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023 relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE)

criptoactivo es una representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante tecnología de registro distribuido o una tecnología similar⁹. Esta definición del Reglamento MICA es similar a la definición de criptoactivo de una publicación del Fondo Monetario internacional, que concibe a los activos digitales como representaciones digitales de valor, posibles gracias a los avances de la criptografía y la tecnología de registro distribuido. Se denominan en sus propias unidades de cuenta y pueden transferirse de igual a igual sin intermediarios¹⁰.

Por una parte, el Reglamento MICA deja libertad al emisor en la determinación del tipo de criptoactivo para decidir si se trata de fichas referenciadas a activos (ART) o fichas referenciadas a moneda (MRT), pero las autoridades podrán enmendar la clasificación del emisor durante la supervisión y, además, emitir reglas en un futuro. El Reglamento MICA también se aplica a los criptoactivos que cumplan con la definición, pero no sean instrumentos financieros (art. 2.4 del Reglamento MICA) ni NFT por ser criptoactivos únicos y no fungibles (art. 2.3 del Reglamento MICA) ni sean emitidos por bancos centrales, como el euro digital (art. 2.2.c del Reglamento MICA que excluye al Banco Central Europeo).

Por otra parte, los criptoactivos que tengan la función de instrumentos financieros entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Piloto de la Unión Europea¹¹. Debe destacarse que la Directiva MiFID II no proporciona una definición general de instrumento financiero, sino que pone ejemplos de instrumentos financieros en un anexo, por lo que aunque exista armonización europea, esta permite diferencias entre ordenamientos jurídicos nacionales con respecto a la calificación de instrumento financiero¹².

núm. 1093/2010 y (UE) núm. 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937. DO L 150/40, 9.6.2023.

⁹ Art. 3 (5) y 149 del Reglamento MICA. El ámbito de aplicación de MICA es para toda persona física o jurídica y determinadas empresas que participen en la emisión, la oferta pública y la admisión a negociación de criptoactivos o presten servicios relacionados con los criptoactivos en la Unión, *vid.* art. 2(1) del Reglamento MICA.

¹⁰ *Vid.* B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, «La aportación de criptoactivos», en FUENTES NAHARRO, M., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (dirs.) y JIMÉNEZ-GÓMEZ, B.S. (coord.), *Gobierno corporativo: digitalización y sostenibilidad*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, 2024, pp. 187-197, p. 188.

¹¹ *Vid.* B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, «Distributed Ledger Technology in Financial Markets: the European Union Experiment», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, núm. 2, pp. 665-678. Para una visión crítica, *vid.* B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, «El Reglamento Piloto sobre la tecnología de registros distribuidos en los mercados de valores: un análisis crítico», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 172, 2024, pp. 37-66.

¹² Esta ausencia de una definición común y criterios compartidos aplicables a todos los instrumentos financieros dificulta adoptar un enfoque holístico en las directrices de la AEVM.

A pesar de esta simplificación, el problema más llamativo surge cuando un mismo *token* puede encuadrarse en varias clasificaciones en función del criterio que se utilice. El bitcoin es una criptomoneda, que según el TJUE es una moneda de intercambio (Asunto *Hedqvist*)¹³, pero que no es dinero legal, porque no tienen un respaldo de valor fuera del sistema, no hay un banco central garante del valor, y, por tanto, puede ser un medio de pago contractual, pero se considerará moneda solo en función del Estado en que circule. La definición de «moneda virtual» de la Directiva (UE) 2018/843 de 30 de mayo de 2018 ha sido la primera definición aplicable a la criptomoneda en el Derecho nacional de varios Estados miembros, por ejemplo, es el caso de España e Italia¹⁴. Debe destacarse que se trata de un concepto instrumental para cumplir con los deberes de las Directivas de antiblanqueo de capitales y contra la financiación del terrorismo, donde se definió proveedor de servicios relacionado con las monedas virtuales.

Además, para los *tokens* híbridos, se podría dar la calificación como instrumento financiero por la vis atractiva, por lo que entrarían dentro del Régimen Piloto de la UE, según las directrices propuestas por la Autoridad Europa de Valores y Mercados de 29 de enero de 2024¹⁵.

II. CRITERIOS DE CONEXIÓN

1 La *lex rei sitae*

En el plano de los derechos reales que son oponibles *erga omnes*, la norma que tradicionalmente aporta certeza y previsibilidad es la *lex rei sitae*. Dentro del ámbito de la ley aplicable a la garantía real se regulan los siguientes aspectos: la naturaleza jurídica y los efectos patrimoniales del objeto de la garantía, los requisitos para la constitución de la garantía, los tipos de garantías reales posibles, los requisitos de publicidad para la oponibilidad frente a terceros, la prelación y prioridades sobre el bien y el procedimiento para la ejecución de la garantía, así como la extinción de la garantía. Con respecto al bien representado por el activo digital, rige la norma de conflicto clásica que se encuentra en el art. 10.1 del Código Civil, esta se refiere a la *lex rei sitae* tanto para bienes muebles como para bienes inmuebles.

A su vez esta norma se reconfigura para determinados bienes inmateriales. Así sucede en el ámbito de los derechos de propiedad industrial

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de octubre de 2015. Skatteverket contra David Hedqvist. Asunto C-264/14, ECLI:EU:C:2015:718.

¹⁴ B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, «La aportación de criptoactivos...», *op. cit.*

¹⁵ ESMA, *On the draft Guidelines on the conditions and criteria for the qualification of crypto-assets as financial instruments*, Directrices 29 de enero 2024. Consultation paper, p. 22, para. 79.

e intelectual, donde la *lex loci protectionis* resulta la ley aplicable y también pueden entenderse incluidas las garantías reales formadas sobre los bienes inmateriales¹⁶. Precisamente por la intangibilidad de los derechos de propiedad industrial e intelectual, se propuso la libertad de elección de la ley aplicable por las partes, añadiendo la posibilidad de someterse a la ley de la residencia habitual del Estado del otorgante de la garantía para regir la constitución de la garantía en lugar de a la *lex loci protectionis*¹⁷. No así para la oponibilidad *erga omnes* de la garantía, donde la ley del registro aporta una mayor seguridad jurídica.

Para los valores desmaterializados, la *lex rei sitae* fue superada como estudiamos en el epígrafe siguiente.

2. La *lex conto sitae*

En el caso de las garantías sobre valores mobiliarios también surgieron controversias acerca de la situación de estos. La norma de la *lex rei sitae* tiene sentido cuando los valores están representados por medio de títulos, pero cuando los valores se representan mediante anotaciones en cuenta, el criterio de conexión tuvo que adecuarse. Las dos alternativas propuestas fueron la ley del emisor en cuyo registro se anotan los valores inicialmente y la ley del intermediario en cuyos registros se refleja la titularidad final. La última alternativa resultaba más adecuada¹⁸. Esta regla se conoce como PRIMA rule, porque considera el lugar del intermediario relevante como aquel en el cual el titular puede disponer de los derechos sobre valores depositados. En el Derecho español, la normativa se encuentra en el artículo decimoséptimo del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública¹⁹. La norma nacional es fruto de la transposición de la Directiva 2002/47 sobre acuerdos de garantía financiera²⁰. Por tanto, a nivel legislativo europeo, la *lex conto sitae* resulta ser la norma armonizada, de forma que para las garantías financieras sobre anotaciones en cuenta

¹⁶ Vid. B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, *Garantías reales sobre bienes inmateriales en el comercio internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 213 y ss.

¹⁷ *Ibid.*, p. 333. No obstante, téngase en cuenta que la ley aplicable a la constitución de garantías sobre los bienes inmateriales sea la ley de la residencia habitual del otorgante de la garantía no está tan claro, a no ser que lo admita el ordenamiento jurídico, *vid.* B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, «La hipoteca mobiliaria sobre los derechos de propiedad industrial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, núm. 789, pp. 13-53.

¹⁸ Vid. C. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Conflictos de leyes y garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros», *Revista de Derecho Mercantil*, 2000, núm. 238, pp. 1479-1518.

¹⁹ BOE núm. 62, de 14/03/2005.

²⁰ Art. 9.1 de la Directiva 2002/47/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, DOUE, núm. 168, 27.06.2002.

lo determinante es la localización de la cuenta relevante a tenor del art. 9.1 de la Directiva 2002/47²¹. Esta norma concuerda también con la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza y liquidación de valores²² y con la Directiva 2001/24/CE²³ relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito. No obstante, la norma mencionada no ofrece una respuesta satisfactoria para los valores mobiliarios, o en general, los instrumentos financieros representados mediante la TRD²⁴. Con respecto a la problemática de las acciones *tokenizadas* nos remitimos a nuestro trabajo que se publicará próximamente²⁵.

3. La ley del otorgante de la garantía

Con respecto a las garantías, el art. 9 del *Uniform Commercial Code* estadounidense ofrece un sistema distinto digno de comentar. Por una parte, se permite la elección de la ley aplicable al contrato garantía en el momento de la constitución. Por otra parte, para las cuestiones de oponibilidad y prioridad de la garantía rige la ley de ubicación del otorgante de la garantía cuando se trata de intangibles²⁶, donde podrían tener cabida también los activos digitales. Se entiende que esta ley protege los intereses de terceros interesados en conocer el estado de la garantía, lo cual a su vez se vincula con la inscripción en el registro donde se localice el otorgante de la garantía, normalmente el Estado bajo cuya legislación se ha constituido la sociedad cuando esta se ha constituido bajo el Derecho estadounidense²⁷. No obstante, se establece el lugar de la administración central como un criterio de conexión adicional para una persona jurídica que no se atiene a la anterior regla. En caso de personas físicas, el criterio de conexión es la residencia habitual. Además, para los deudores extranjeros, se establece la situación ficticia en el Distrito de Columbia²⁸.

²¹ *Ibid.*

²² Art. 9. 2 de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, DOUE, núm. 166, 11.06.1998.

²³ Art. 24 de la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito, DOUE núm. 125, de 15.05.2001.

²⁴ H. de VAUPLANE, «Blockchain and intermediated securities», *Nederlands international privatatrecht*, 2018, pp. 94-103.

²⁵ B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, «Transmisión de acciones en las sociedades de capital: nuevas posibilidades y retos jurídicos», en PEINADO GRACIA, J. I., GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., *La transmisión de acciones y participaciones sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024 (en prensa), que fue ganador IV Premio Nacional De Derecho De Sociedades «Dr. Antonio Pérez De La Cruz».

²⁶ B. S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, *Garantías reales...*, *op. cit.*, p. 244.

²⁷ Art. 9.301 (1) UCC Revisado.

²⁸ *Vid.* para un extenso desarrollo de la posible equivalencia de registros, B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, *Garantías reales...*, *op. cit.*, pp. 247 y ss.

III. DESARROLLOS ACADÉMICOS NOTABLES

Habida cuenta de los rasgos disruptivos de los criptoactivos, ciertos autores consideran que sólo las normas de Derecho internacional privado que sean independientes de cualquier criterio de ubicación pueden proporcionar una conexión satisfactoria con un ordenamiento jurídico nacional²⁹. En particular, los sistemas que no requieren permisos están completamente desnacionalizados y no están conectados con ningún país en particular, lo que hace imposible determinar el país que tenga la conexión más estrecha³⁰. Sin embargo, no se deben exagerar las dificultades que surgen en esta área³¹.

Por ello, interesa destacar dos proyectos académicos que han elaborado principios que pretenden servir de guía a los operadores jurídicos, no solo al legislador, sino también a jueces, notarios y registradores. En los siguientes epígrafes se estudian los Principios del *European Law Institute* sobre el uso de los activos digitales como garantía (2022)³² y los Principios de UNIDROIT sobre activos digitales y Derecho privado (2023)³³.

1. Los Principios del European Law Institute

Los Principios del European Law Institute sobre el uso de los activos digitales como garantía abordan la cuestión en principio para Europa (en adelante, principios ELI). No obstante, debe considerarse que la base del proyecto es la revisión de la *Fiduciary Access to Digital Assets Act*, promulgada por la *Uniform Law Commission* estadounidense en 2015. La fiducia parece considerarse más apta para las garantías sobre criptoactivos, pero desde luego no es la figura más moderna. Debe recordarse que la fiducia romana nace cuando el ordenamiento no era capaz de distinguir entre la propiedad y otros derechos limita-

²⁹ F. GUILLAUME, «Aspects of private international law related to blockchain transactions», in KRAUS, D., OBRIST, T., HARI, O. (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 70.

³⁰ M. LEHMANN, «Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain», *Minn. J.L. Sci. & Tech.*, vol. 21, n. 1, 2019, pp. 93-116, p. 111.

³¹ Así es para los autores ingleses, que consideran que los tribunales ingleses están capacitados para solventar la mayoría de las cuestiones relacionadas con el uso de criptomonedas y el funcionamiento de los sistemas de criptomonedas. *Vid.* A. DICKINSON, «Cryptocurrencies and the Conflict of Laws», in FOX, D., GREEN, S. (eds.), *Cryptocurrencies in Public and Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 97, para 5.09.

³² Disponible en inglés en: <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-principles-on-the-use-of-digital-assets-as-security/>

³³ Disponible en inglés en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked.pdf>

dos sobre los bienes³⁴. Por una parte, lo verdaderamente moderno de la operación de garantía es el objeto, el criptoactivo, no la forma de la garantía, con independencia de que la fiducia haya sido controvertida en diversos ordenamientos como, por ejemplo, el español³⁵. Por otra parte, la forma de la garantía real no se resuelve ni en los Principios ELI ni en los Principios UNIDROIT³⁶, pues se remite a la ley nacional aplicable. Debe tenerse en cuenta que ambos proyectos son *soft law* y, por tanto, no jurídicamente vinculantes. En consecuencia, no pueden tener más legitimidad que la que los Estados les otorguen.

Los Principios ELI solo se refieren a las garantías consensuales sobre criptoactivos que puedan establecer partes privadas, ya que excluyen de su ámbito de aplicación las garantías por efecto de la ley y el embargo de los criptoactivos por los poderes públicos (Principio 1.2 y 1.3 ELI). En cualquier caso, los Principios ELI no pretenden regular los criptoactivos que tengan la función de instrumentos financieros, por lo que en caso de incompatibilidad entre el Derecho nacional o de la UE y los Principios ELI, el Derecho nacional o de la UE resultará aplicable (Principio 1.4 ELI).

El Principio 2 ELI posibilita que los criptoactivos puedan ser usados como garantía real de conformidad con el acuerdo de garantía suscrito por las partes. Las partes del acuerdo de garantía son el otorgante de la garantía y el acreedor garantizado. La garantía sobre el criptoactivo está sujeta a la ley que rige la constitución de la garantía y a la ley que rige la oponibilidad de la garantía frente a terceros (Principio 2.2 ELI).

La ley aplicable a la constitución de la garantía sobre un criptoactivo es la ley del Estado donde el otorgante de la garantía tiene en el momento de constitución el establecimiento o la administración central o su residencia habitual en caso de no tener un establecimiento (Principio 3.2 ELI). Este principio se inspira en la Ley Modelo de Operaciones garantizadas de UNCITRAL, donde en el caso de bienes inmateriales, la conexión utilizada es la de la situación del otorgante (art. 86 de la Ley Modelo de UNCITRAL), con especificaciones de establecimiento y administración central de los negocios en caso de que tenga establecimientos en más de un Estado y en su defecto, si no tiene establecimiento, el

³⁴ I. ARANA DE LA FUENTE, «Sobre la propiedad en función de garantía», en Díez PICAZO, L., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 309-352, p. 311.

³⁵ Vid. R. CARO GÁNDARA, *La fiducia como garantía en el comercio internacional, Validez y eficacia en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023. Nos remitimos a la reseña realizada para la REEI, B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, R. CARO GÁNDARA, «La fiducia como garantía en el comercio internacional, Validez y eficacia en España», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 47, 2024, pp. 551-554.

³⁶ Vid. *infra*. epígrafe siguiente en este estudio.

Estado donde tenga su domicilio habitual³⁷ (art. 90 de la Ley Modelo de UNCITRAL). Esta solución también concuerda con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos³⁸, así como el informe de la Comisión Europea previo, que hacían referencia a la residencia habitual del cedente. Las ventajas de esta conexión se consideran a continuación: 1) la transparencia y estabilidad frente a los acreedores, 2) proporcionando un punto de referencia en caso de acreedores concurrentes, 3) así como la facilitación de las cesiones globales de criptoactivos por el mismo otorgante de la garantía; y 4) la alineación con la ley que rige la insolvencia en caso de apertura de un procedimiento frente al deudor otorgante de la garantía.

Cuando el criptoactivo tenga una conexión más estrecha con un concreto Estado, se establece que la ley de ese Estado se considere la ley aplicable a la constitución de la garantía (Principio 3.3 ELI). Un ejemplo es el caso de una red TRD «permisionada» o que requiere autorización³⁹, siempre que se haya iniciado por un usuario identificable en un Estado concreto, se sujete a la ley de ese Estado y sean conocedores todos los participantes. Una garantía sobre un criptoactivo nativo dentro de ese sistema debe regirse por la ley de ese Estado concreto, pues tiene más proximidad que la ley del Estado de la ubicación del otorgante de la garantía. Sin embargo, si el criptoactivo se mantiene por un intermediario o custodio, la ley que rige al custodio puede ser considerada un vínculo manifiestamente más estrecho con la garantía que se pretende constituir sobre el criptoactivo.

También debe destacarse que la elección de la situación del criptoactivo por los propios participantes de la red TRD se considera legítima. La elección de la ley aplicable dentro del sistema TRD se aplicaría a todos los criptoactivos comercializados, lo que aporta seguridad jurídica y simplicidad, dado que los efectos patrimoniales de las operaciones siempre se rigen por la misma ley aplicable. Dicha elección puede conocerse tanto para las autoridades reguladoras como para los miembros del sistema TRD. No obstante, debe tenerse en cuenta que no resulta fácil aplicar este enfoque en un sistema que no requiera autorización para participar en él (*permissionless*). El problema de este

³⁷ La versión en español de la Ley Modelo UNCITRAL hace referencia a domicilio habitual, pero la versión en inglés de la Ley Modelo UNCITRAL se refiere a «*habitual residence*», por lo que lo más correcto sería referirse a residencia habitual.

³⁸ *Vid.* art. 4.1 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos COM/2018/096 final - 2018/044 (COD), Bruselas, 12.3.2018.

³⁹ Para una discusión acerca de los distintos tipos de cadenas de bloques, puede verse, B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, «El derecho de voto en las sociedades cotizadas a través de la tecnología blockchain», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 168, 2022, pp. 141-170, epígrafe III.3.

enfoque es que podría dar lugar a abusos o elecciones de leyes más laxas que no tengan conexión con los criptoactivos.

Además, cuando los criptoactivos representan un bien tangible o intangible en el mundo físico, tanto la validez como las condiciones para constituir una garantía sobre un criptoactivo que también resulte en una garantía del bien en el mundo físico depende de las normas de Derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del bien real (Principio 3.4 ELI). A estos efectos se establecen varias analogías. Cuando la ley requiere para la constitución de la garantía, la entrega física del bien objeto de garantía al acreedor garantizado, se establece que siempre que el acreedor pueda ejercer «control» sobre el criptoactivo, se considera cumplida tal entrega (Principio 3.5 ELI). Es decir, la entrega se transmuta en poner a disposición del acreedor garantizado bajo la forma de «control». El «control» respecto al criptoactivo significa capacidad legal o capacidad de hecho para tratar o extinguir los activos. El concepto de «control» es híbrido, ya que incluye tanto la capacidad jurídica del Derecho patrimonial como el control *de facto*, sin que sea necesario manifestar ambos tipos de control. Mientras que tanto el control jurídico o de hecho es suficiente para la constitución de la garantía, para la oponibilidad de la garantía es necesario el control de hecho del acreedor garantizado sobre el criptoactivo. La preferencia por el control de hecho se justifica en la protección de los acreedores de buena fe. La diferencia estriba en que mientras que en los sistemas que requieren autorización («permisionados»⁴⁰) el Estado puede regular el control jurídico del que mantiene el *ledger* o el custodio, en un sistema «*permissionless*» solo puede probarse un control de facto de aquel que mantiene la llave privada de la cuenta de los criptoactivos que pueden ser usadas como garantía. Además, el control puede ser directo del acreedor o indirecto, a través un agente de custodia.

El proyecto del ELI avanza en afirmar que la constitución de la garantía sobre el criptoactivo no depende de si el otorgante de la garantía es titular de los derechos de propiedad industrial o intelectual del criptoactivo que se pretende otorgar en garantía (Principio 3.7 ELI). No obstante, en el caso de un NFT que incluye en un contrato de licencia los derechos de propiedad intelectual sobre el NFT y estos sean el objeto de garantía, sí será necesario poseer los derechos de propiedad intelectual del NFT con carácter previo a la constitución de la garantía.

Por otra parte, se especifica el hecho de que, si se incluye en el contrato de garantía un mecanismo de valoración del criptoactivo para atender a las potenciales fluctuaciones del mercado, esa cláusula no

⁴⁰ Entendemos que el verbo «permisionar» es incorrecto en idioma español. Según la Real Academia Española, «permisionar» es un neologismo innecesario que puede sustituirse por «tiene la documentación autorizada», «tiene los permisos concedidos» o «cuenta con todos los permisos».

afectará a la validez del contrato de garantía (Principio 3.8 ELI). La oponibilidad de la garantía sobre el criptoactivo frente a terceros, así como la prelación de otros acreedores concurrentes se rige por la ley de la ubicación del otorgante de la garantía (Principio 4.1 y 4.2. ELI). También se establece una cláusula de escape para la oponibilidad de la garantía, exactamente igual que con respecto a la ley aplicable a la constitución (Principio 4.3. ELI). Se hace referencia a los criptoactivos que representen bienes en el mundo físico (ya sean tangibles o intangibles), en caso de que la garantía creada sobre el criptoactivo quiera vincularse a la garantía creada sobre el bien en el mundo físico, donde serán relevantes las normas de DIPr clásicas, *lex rei sitae* o *lex registrationis* (Principio 4.4 ELI).

Los Principios ELI establecen dos reglas separadas, teniendo en cuenta la existencia o ausencia de registro de garantías a nivel estatal. Una regla para los Estados que tienen un sistema legal de registro o de notificaciones de registro de garantías sobre intangibles, en cuyo caso la oponibilidad frente a terceros de la garantía real sobre el criptoactivo, así como la prioridad frente a otros acreedores, se establecerá usando ese sistema, pero con las adaptaciones necesarias (Principio 4.5 ELI). Se considera que son las partes las que establecen en sus contratos de garantía las adaptaciones de los requisitos que estén establecidos legalmente para los bienes tradicionales, para que puedan llevar a cabo funciones similares. Por ejemplo, la desposesión física del bien debe ser adaptado a un medio de control equivalente a la entrega física del bien. Otra regla para los Estados que no cuentan con un sistema de registro ni con otro sistema alternativo, en cuyo caso la oponibilidad frente a terceros de la garantía real sobre el criptoactivo se establecerá con el «control» del criptoactivo, que sea suficiente para impedir que el otorgante de la garantía pueda disponer del criptoactivo de forma independiente (Principio 4.6 ELI). Ciertos autores hacen referencia a que siempre tiene que haber una desposesión del otorgante de la garantía para poder aplicar cualquier criterio de conexión⁴¹, pero en puridad no sería necesario, o, mejor dicho, existen diversas maneras técnicas de aplicar análogamente el concepto de desposesión a los criptoactivos.

Se considera que la ley aplicable a la constitución de la garantía sobre un criptoactivo debe ser la misma que la ley aplicable a la oponibilidad de la garantía (arts. 85-86 Ley Modelo UNCITRAL de operaciones garantizadas). Los comentarios a los Principios ELI hacen referencia a que no existen razones de peso para diferenciar en el nivel conflictual. No obstante, dependerá del tipo de garantía que se cree, o de la política regulatoria del Estado. Por ejemplo, en materia de propiedad industrial e intelectual sí se ha establecido una diferencia

⁴¹ M. LEHMANN, M. HAENTJENS, «The law governing secured transactions in digital assets», 2023, *Hazelhoff Research Paper Series* no. 12, consultado en SSRN.

de ley aplicable entre la constitución y la oponibilidad de la garantía en el Suplemento de UNCITRAL para las operaciones garantizadas, que después ha sido incorporadas a la Ley Modelo de UNCITRAL de operaciones garantizadas.

Con respecto a la ejecución o extinción de la garantía sobre el criptoactivo, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado podrá ejecutar el criptoactivo conforme al acuerdo de garantía sin recurrir a los tribunales, siempre que lo permita la ley aplicable (Principio 5.1 ELI). A este respecto, la prohibición del pacto comisorio sigue estando vigente en varios Estados, por lo que una ejecución judicial o extrajudicial ante autoridades públicas, como notarios, serían las vías posibles en determinados ordenamientos jurídicos.

Finalmente, si el deudor se encuentra en una situación de insolvencia, la ley aplicable será la *lex fori concursus* o ley del lugar donde se abre el procedimiento concursal frente al deudor (Principio 5.4 ELI). El acreedor debe actuar de buena fe y proceder de una forma comercialmente razonable en la ejecución de la garantía (Principio 5.2 ELI). Regla que recuerda al procedimiento del art. 9 del *Uniform Commercial Code* estadounidense.

2. Los Principios de UNIDROIT

Los Principios de UNIDROIT sobre activos digitales y Derecho privado (2023) se traen a colación, ya que una sección se dedica a las garantías reales⁴². Primeramente, se afirma que los activos digitales pueden ser objeto de garantías reales (Principio 14 de UNIDROIT). Se considera que los sistemas de garantías reales deben facilitar el uso de todo tipo de activos para potenciar la financiación crediticia, pero no se recomienda cambiar la calificación de las garantías reales del Derecho nacional. Los Principios de UNIDROIT sobre activos digitales son tan neutrales que podrían incorporarse tanto en los Estados que han implementado la Ley Modelo de operaciones garantizadas de UNCITRAL, como en aquellos que no lo han hecho, porque la taxonomía de las garantías reales no está armonizada ni siquiera en la Unión Europea. Prueba de ese enfoque son las definiciones funcionales de los términos «transmisión» de un activo digital como el cambio de un derecho real en el activo digital de una persona a otra, incluyendo la concesión de garantías reales a favor del acreedor garantizado e, incluso, la adquisición del derecho real sobre el activo digital derivado⁴³.

⁴² Para una visión de conjunto, *vid.* B. S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, «Los Principios de UNIDROIT sobre activos digitales: entre el Derecho mercantil y el Derecho internacional privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. XXIII, 2023, pp. 283-325.

⁴³ Principio 2(5)(a)(b)(d) de UNIDROIT.

Además, si el activo digital representa a otro bien, los Principios se remiten al Derecho nacional para que determine la validez de la constitución y la oponibilidad de la garantía real sobre el bien representado frente a terceros⁴⁴.

Desde el punto de vista práctico, existen dos modos de constituir una garantía sobre un activo digital. El primer modo se produce de facto dentro del sistema TRD, cuando el otorgante de la garantía le da al acreedor garantizado acceso a controlar el activo digital. Esta opción se podría entender dentro de la *lex cryptographia*⁴⁵, donde no son necesarias normas jurídicas nacionales. Esto se produce porque la TRD no requiere que exista un acuerdo formal entre las partes, ya que es suficiente el cumplimiento de determinados requisitos técnicos, como la firma electrónica de los participantes o la operativa mediante la clave pública y clave privada⁴⁶. En este sentido de situación fáctica, es donde hay que encuadrar el Principio 15 de UNIDROIT. Los Principios de UNIDROIT se refieren al «control» como forma de que las garantías reales sobre activos digitales adquieran oponibilidad frente a terceros y la prelación de las mencionadas garantías, sin mencionar la constitución de las garantías. En los regímenes jurídicos como el español, donde los requisitos de constitución de las garantías son los mismos que los de oponibilidad frente a terceros, este principio resulta relevante tanto para el momento de la constitución como de la oponibilidad *erga omnes* de la garantía creada. El «control» lo puede obtener el acreedor garantizado sobre el activo digital, tal como establece el Principio 6 de UNIDROIT⁴⁷; o el custodio que mantiene el activo digital para el acreedor, teniendo el control del activo digital o a través de un contrato de custodia definidos en el Principio 10.3 de UNIDROIT. No obstante,

⁴⁴ Principio 14(2) y (3) de UNIDROIT.

⁴⁵ La *lex cryptographica* se caracteriza por un conjunto de reglas administradas a través de contratos inteligentes autoejecutables y organizaciones descentralizadas (y potencialmente autónomas), P. DE FILIPPI y A. WRIGHT, «Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia (March 10, 2015)», p. 48, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664

⁴⁶ V. ANDREEVA ANDREEVA, «Conflicto de leyes en las transacciones de criptomonedas», *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XXI, 2022, pp. 21–49, p. 34. Por ello otros autores consideran que es necesario aceptar la tecnología como un hecho, para poder plantearnos su régimen jurídico. M. LEHMANN, «Who Owns Bitcoin? Private (International) Law Facing the Blockchain», *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2019, vol. 21, núm.1, pp. 93-136, p. 118.

⁴⁷ Una persona tiene control sobre el activo digital, el protocolo o el sistema cuando tiene la capacidad o facultad exclusiva de prevenir considerablemente que otros obtengan todo el beneficio del activo digital, tiene la capacidad de obtener considerablemente todo el beneficio del activo digital, y la capacidad exclusiva de transferir a otras personas las capacidades anteriores. Además, ese activo digital permite que la persona se identifique a sí misma como poseedora de tales capacidades. Sin embargo, las facultades anteriores pueden no ser exclusivas si así lo permite el activo digital, protocolo o sistema relevante; o si la persona que posee el control acuerda un control compartido con otras personas.

esta forma de constitución no será en principio admitida en el régimen español si no hay un cambio legislativo, pues la constitución de garantías reales no está libre de forma.

Por otra parte, el segundo modo de constituir una garantía es mediante un contrato de garantía entre el acreedor garantizado y el otorgante de la garantía. Mientras que los aspectos obligacionales del contrato pueden ser regidos por la ley establecida por las partes⁴⁸, no ocurre lo mismo con los aspectos jurídico-reales de las garantías sobre criptoactivos. Sin embargo, por los problemas técnicos que puedan suceder en el propio sistema TRD, resulta necesario determinar una ley aplicable nacional.

A estos efectos, destaca la norma de conflicto que se establece en los Principios de UNIDROIT para regir los aspectos patrimoniales o jurídico-reales. Primero, se posibilita la libre elección de la ley aplicable al activo digital, lo cual resulta un principio muy controvertido para regir los aspectos jurídico-reales de los bienes. A continuación, se establece una cascada de posibilidades para determinar la ley aplicable. Destaca que no solo es posible elegir una ley nacional, sino que también los participantes o programadores del activo digital podrían optar por los Principios como ley aplicable, siempre que lo hagan de una forma expresa. Para que tal elección de ley sea considerada expresa tiene que estar claro en los registros vinculados al activo digital y tiene que estar disponible para las personas que están operando con el activo digital en concreto. Si no es posible verificar esa ley, la ley aplicable será la que especifica el sistema donde está registrado el activo digital, incluyendo también la posibilidad de que se rija conjuntamente por una ley nacional y los propios Principios de UNIDROIT. Sin embargo, para la protección de terceros y la seguridad en el tráfico deberán establecerse determinadas cautelas. Por ejemplo, podría ser «incrustada» la ley aplicable dentro de la red TRD o crear un *smart contract* específico para cumplir con estas cautelas, pues solo así podrían las partes que comercian con el activo digital comprobar tal elección⁴⁹. A estos efectos, resulta digno de mención el nuevo artículo 5.1 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo de mercado de valores y de los servicios de inversión⁵⁰. Dicho artículo permite la libre elección de la ley aplicable a los criptoactivos a determinados aspectos como el registro y transmisión de los criptovalores, si bien solo resulta aplicable a los valores mobiliarios representados por medio de la TRD.

⁴⁸ Vid. art. 3 del Reglamento Roma I Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE- núm. 177, 4.07.2008.

⁴⁹ B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, «Los Principios de UNIDROIT ...», *op. cit.*, p. 315.

⁵⁰ Ley 6/2023, de 17 de marzo de mercado de valores y de los servicios de inversión, BOE, núm. 66, 18/06/2023.

Asimismo, debe mencionarse que se establece la prioridad del «control» del bien digital sobre cualquier otro medio para alcanzar la oponibilidad frente a terceros (Principio 16 de UNIDROIT), lo cual resulta coherente con el Convenio de UNIDROIT sobre las normas de Derecho material aplicadas a los valores intermediados (Ginebra, 2009)⁵¹ y la Ley Modelo de Operaciones Garantizadas de UNCITRAL (2016)⁵². El principio de la prelación se justifica en la similitud de la posesión de los instrumentos negociables, por lo que no sería práctico buscar en un registro. A su vez, resulta frecuente en la financiación de adquisición de activos que el acreedor sea garantizado, otorgándole la prioridad sobre los activos digitales cuya adquisición se financia. Se considera que el acreedor garantizado que dispone del control del activo digital está en mejor posición para ejecutar la garantía real, y también así se otorga una mayor seguridad jurídica al mercado financiero; ya que el conocimiento de otras garantías reales sobre el activo digital que pueda tener el acreedor garantizado, (por ejemplo, por el registro de la garantía) no afecta a la prioridad de la garantía real donde exista control.

IV. OPCIONES ALTERNATIVAS

En los sistemas TRD que requieren autorización (*«permissioned»*), la localización del criptoactivo podría realizarse siguiendo una de las alternativas que se presentan: la elección del lugar por las partes, el lugar de la autoridad de operación relevante (PROPA) y la residencia principal del poseedor de la clave maestra privada de cifrado (PRE-MA), que consideran la ubicación de la clave privada.

1. La elección del lugar por las partes

La elección del lugar por las partes es una opción para la ley aplicable a todas las transacciones en una TRD con requisitos de autorización. Los participantes del sistema codifican la ley aplicable para cada transacción en la plataforma específica. Este enfoque resulta similar al utilizado en el Convenio de la Haya sobre valores intermediados (2006)⁵³. La principal ventaja de este enfoque resulta ser la seguridad jurídica; porque se utiliza una ley única para todas las cuestiones que

⁵¹ Puede consultarse en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/convention-spanish.pdf>

⁵² Puede consultarse en: https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions

⁵³ Convenio de 5 de julio de 2006 sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario. Entrada en vigor: 1-IV-2017, pero solo ha sido ratificado por tres Estados: Estados Unidos, Suiza y Mauricio. Puede consultarse en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=72>

surgen dentro de una misma red, lo cual es muy eficiente. Sin embargo, debe hacerse *ex ante*, es decir, la disposición sobre elección de la ley aplicable debe estar codificada en la plataforma desde el inicio de la aplicación. Por ejemplo, una manera de concienciar a los participantes sobre la elección de la ley es hacer que la aceptación de la ley codificada sea una condición para acceder a la plataforma. Esta función podría ser supervisada por un administrador. El inconveniente de este *situs* electivo se produce cuando los terceros desconocen la elección, ya que esta falta de conocimiento podría poner en riesgo el ejercicio de sus derechos. Otra desventaja es que la elección de la ley podría convertirse en una búsqueda de foros para seleccionar la ley más beneficiosa para los codificadores o ciertos participantes. No obstante, este problema podría resolverse exigiendo algún tipo de conexión con la ley elegida, por ejemplo, que la elección de la ley sea aprobada por los reguladores competentes. Este mecanismo podría evitar cualquier selección fraudulenta de la ley aplicable.

Elegir el *situs* lo encuentran la opción más apropiada varios autores⁵⁴, siempre y cuando se limite con la regulación. Sin embargo, se muestran a favor de otros enfoques para las criptomonedas en sistemas TRD «*permissioned*» y «*permissionless*». A continuación, se analizan dos alternativas para la situación del criptoactivo: el lugar de la autoridad operativa relevante y la ubicación de la llave maestra.

2. El lugar de la autoridad operativa relevante

El lugar de la autoridad operativa relevante (PROPA) podría funcionar bien en un mercado financiero; porque supone que la plataforma TRD está bajo el control de un administrador operativo central. Esta norma responsabiliza a la autoridad operativa pertinente de la determinación de la ley aplicable de manera similar al art. 75.8 del Reglamento MICA, el cual hace que los proveedores de servicios de criptoactivos que brindan custodia y administración de criptoactivos en nombre de clientes sean responsables ante sus clientes por la pérdida de cualquier criptoactivo o de los medios de acceso a los criptoactivos debido a un incidente que les sea imputable. A su vez, una de las obligaciones respecto de servicios específicos de criptoactivos, como la custodia y administración de criptoactivos por cuenta de los clientes, consiste en celebrar un acuerdo con sus clientes para especificar sus deberes y sus responsabilidades, entre otros, debe contener la cláusula de la

⁵⁴ F. C. VILLATA, L. VÁLKOVÁ, «Property Rights over Cryptocurrencies: A Conflict-of-Laws Perspective», *EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC)*, 2023, vol. 7, pp. 53-93. M. LEHMANN, M. HAENTJENS, «The law governing secured transactions in digital assets», 2023, Hazelhoff Research Paper Series no. 12, consultado en SSRN.

ley aplicable⁵⁵. Esto da lugar a varias consecuencias, por ejemplo, se puede derogar el derecho del cliente a recibir criptoactivos, o cualquier derecho recién creado, sobre la base y en la medida de las posiciones del cliente en el momento de producirse ese evento, donde hay cambios en la tecnología subyacente del libro mayor distribuido o cualquier otro evento que pueda crear o modificar los derechos de un cliente. Sin embargo, este derecho puede ser derogado mediante un acuerdo válido firmado con el proveedor de servicios de criptoactivos que proporciona la custodia y administración de criptoactivos en nombre de los clientes antes de que ese cambio o evento establezca expresamente lo contrario. La mayor desventaja de registrarse por la autoridad operadora es el propio conflicto móvil de la sociedad, pero podría solucionarse mediante el establecimiento de períodos transitorios. En caso de que dos autoridades operativas relevantes estén ubicadas en diferentes estados, debe prevalecer la autoridad que proporciona acceso técnico al libro mayor o *ledger*.

3. La localización de la llave maestra

Finalmente, la ubicación de la llave maestra sería relevante para la situación del criptoactivo. Aunque podría parecer puramente aleatorio, no debería ser difícil establecer el domicilio o residencia principal de la empresa TRD que controla la capacidad de transferir un criptoactivo mediante la TRD. En los sistemas que no requieren permisos y que están abiertos a cualquier participante, la elección de la ley es más problemática; ya que no está claro si una elección tácita de la ley sería válida. Por ejemplo, el Convenio de la Haya sobre valores intermediados exige una elección expresa de la ley. A menos que se identifique una autoridad competente para restringir la elección de la ley, es difícil lograr que los participantes estén bien informados sobre la cláusula de la ley aplicable. Muchas leyes internas protegen a terceros en caso de garantías reales estableciendo un mecanismo para que les resulten oponibles. Por tanto, sería útil crear un registro a nivel europeo para dar a conocer la elección de ley de los participantes. Por el contrario, la sede legal del emisor debería utilizarse aplicando el principio de proximidad en busca de una nueva regla de conflicto⁵⁶. La conexión más cercana en caso de acciones *tokenizadas* de una empresa es la sede establecida en sus estatutos e inscrita en los registros de la empresa. Debe tenerse en cuenta que una persona que realice una oferta al público de un criptoactivo distinto de un *token* referenciado a un activo o un *token*

⁵⁵ Vid. art. 75. 1 g) del Reglamento MICA.

⁵⁶ Cfr., A. ZIMMERMANN, «Blockchain Networks and European Private International Law», 2018, <https://conflictoflaws.net/2018/blockchain-networks-and-european-private-internationale-law/?print=print> (fecha de última consulta de la web: 17.8.2024).

de dinero electrónico será una persona jurídica⁵⁷. Por tanto, sería más fácil encontrar la *lex societatis*. Esta ley se alinea con la ley que regula el ejercicio de los derechos derivados de los valores. La ley de la sede estatutaria parece una mejor opción que la ley aplicable a la emisión; porque esta última no sería tan eficiente, ya que los tenedores de valores tendrían que respetar diferentes leyes para sus valores dependiendo del lugar de emisión. En este sentido, cabe destacar que Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) iniciará la creación de un registro de proveedores de servicios de criptoactivos, incluyendo su ubicación y la ley aplicable a los servicios no cubiertos por el Reglamento MICA⁵⁸. Esto incluirá libros blancos sobre criptoactivos, emisores de *tokens* referenciados a activos y emisores de *tokens* de dinero electrónico. Este es un ejemplo de cómo un mecanismo tradicional funciona para proporcionar conocimiento a terceros interesados, ya que esta información estará disponible en el sitio web de Autoridad Europea de Valores y Mercados y estará actualizada⁵⁹. Este registro también abarcará a las entidades que proporcionen criptoactivos aunque no cumplan con el Reglamento MICA⁶⁰. El registro debe contener al menos el nombre comercial o el sitio web de la entidad que incumple y el nombre de la autoridad competente que presentó la información⁶¹. El registro permitirá el acceso centralizado a la información presentada por las autoridades competentes de los Estados miembros o de terceros países, así como por la Autoridad Bancaria Europea⁶². Más importante aún, la AEVM podrá aplicar las competencias pertinentes de supervisión e investigación de las autoridades competentes a que se refiere el art. 94, apartado 1, a entidades que no cumplan los requisitos y que presten servicios de criptoactivos.

V. CONCLUSIONES

Cuando el prestamista tiene la autoridad para gestionar la garantía de criptoactivos durante el periodo del préstamo, es porque se trata de finanzas centralizadas o CeFi. Actualmente, la mayoría de los préstamos de criptomonedas se encuentran en la categoría de CeFi. En ellas existe un deber contractual de intermediación y de custodia a favor de los clientes, y son las están comenzando a ser reguladas en materia de obligaciones de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, así como tributarias. En estos casos, la ley que supervisa al operador relevante podría ser muy adecuada para

⁵⁷ *Vid.*, art. 4.1 del Reglamento MICA.

⁵⁸ *Vid.*, art. 109 del Reglamento MICA.

⁵⁹ Art. 109. 1 del Reglamento MICA.

⁶⁰ Art. 110.1 del Reglamento MICA.

⁶¹ Art. 110.2 del Reglamento MICA.

⁶² Art. 110.3 del Reglamento MICA.

el marco jurídico de las garantías sobre los criptoactivos negociados a través de custodios.

Sin embargo, las finanzas descentralizadas o DeFi, permiten a los prestatarios bloquear su garantía de criptomonedas en un *smart contract* a través de un protocolo de préstamos basado en Blockchain. De manera que el *smart contract* puede autoejecutarse si el prestatario incumple el contrato de préstamos o no realiza un pago. En la plataforma descentralizada no se da la custodia de los criptoactivos, sino que se limita a poner en contacto a los oferentes y demandantes, siendo totalmente *peer-to-peer*. Los préstamos DeFi a menudo tienen tasas de interés más altas que los préstamos CeFi. A nivel de negocio, resultan menos atractivas que las plataformas centralizadas, por el contraste en los niveles de liquidez, ya que necesitan un volumen de usuarios grande al comercializar los criptoactivos directamente entre personas. Dadas estas circunstancias, la ley aplicable debería ser elegida por las partes para la concreta garantía real que se quiera constituir sobre el criptoactivo.

En su defecto, la ley del Estado donde se encuentra domiciliado el otorgante de la garantía debería regir los aspectos jurídico-reales. La ley del Estado del otorgante de la garantía en el momento de creación de la garantía, pudiendo ser su establecimiento o su administración central para el caso de más de un establecimiento en distintos Estados.

En ausencia de los anteriores criterios de conexión, sería relevante la residencia habitual del otorgante de la garantía, lo cual sería aplicable a las personas físicas. Este criterio de conexión también ha sido propuesto por ciertos autores, si bien dentro de una cascada de conexiones en el último lugar. En cualquier caso, esta solución se alinea con la Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos (2018), que considera como regla general, la ley del país de la residencia habitual del cedente en el momento en que tenga lugar la cesión. En el caso de sociedades y personas jurídicas el criterio de conexión específico es el lugar de su administración central, mientras que en el caso de personas físicas que actúen en el ejercicio de una actividad profesional, su lugar de actividad principal.

También merece destacar que la solución de la ley del otorgante de la garantía sería la misma para los bienes inmateriales y los activos digitales, lo cual resultaría en ganancias de eficiencia cuando ambos se otorgan juntos en la misma operación de garantía.

