

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2017 (492/2017)**

**Ley aplicable a la capacidad procesal
de las personas jurídicas extranjeras
de Derecho público**

Comentario a cargo de:
ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho internacional privado
(Universidad Carlos III de Madrid)
y
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
(Universidad de Murcia)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 de septiembre de 2017

Roj: STS 3246/2017 - **ECLI:** ECLI:ES:TS:2017:3246

ID CENDOJ: 28079119912017100026

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZA JIMENA

Asunto: Ciertas informaciones publicadas en diarios españoles se referían al Gobierno de Gibraltar. Al mismo se le acusaba, de modo indirecto y por omisión, de tener relación con organizaciones criminales que operaban en dicho lugar. El Gobierno de Gibraltar instó la rectificación de dichas informaciones. Se cuestionaba la capacidad del Gobierno de Gibraltar para ser parte en un proceso civil ante tribunales españoles así como su legitimación para instar la acción de rectificación. La sentencia del Tribunal Supremo aplica el art. 9.11 CC y considera que la Ley aplicable a la capacidad de una persona jurídica,

incluidas las personas jurídicas de Derecho público, es la Ley del país con arreglo a cuya legislación se han constituido. Estima también la sentencia que el hecho de que España no haya reconocido a Gibraltar como un Estado es un acto político que no tiene incidencia en cuestiones de Derecho Privado, por lo que es perfectamente posible aplicar el Derecho privado de un enclave que España no reconoce como “Estado” a nivel internacional.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. La Ley reguladora de la capacidad procesal y la regla “*Lex Fori Regit Processum*”. 5.2. La Ley reguladora del «derecho de rectificación». 5.3. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

El día 23 de febrero de 2015, el diario ABC publicó diversas informaciones, en portada y páginas interiores y también en su edición digital. El texto del artículo era revelador y llamativo. En el mismo se contenían frases como «Gibraltar, como paraíso fiscal, tiene una relevancia especial para España en las investigaciones de delitos relacionados con el crimen organizado, sobre todo el contrabando de mercancías, el blanqueo de capitales y, en menor medida, el tráfico de drogas (...) la mayoría de esos 15 grupos están relacionados con el contrabando de tabaco (...) en las investigaciones de la Policía por blanqueo de capitales han aparecido sociedades y cuentas en Gibraltar en más de 200 actuaciones (...) entre las más relevantes están la Operación Malaya contra la corrupción urbanística en la Costa del Sol, sobre todo Marbella, la operación Ballena Blanca contra el blanqueo internacional, la operación Troika contra la mafia rusa y la operación Shovel para perseguir el blanqueo de capitales de organizaciones británicas (...) los investigadores concluyen que cualquier actuación policial que se lleve a cabo contra el blanqueo de capitales y que sea de cierta importancia, relacionada con una trama de corrupción, el crimen organizado nacional e internacional (principalmente grupos británicos, rusos e italianos) conducen en alguno momento a Gibraltar». Todas estas informaciones aparecían encabezadas por la rúbrica «*Quince grupos de crimen organizado tienen conexiones con Gibraltar*».

El 2 de marzo de 2015, el Gobierno de Gibraltar envió un burofax al director del diario ABC en el que solicitaba que se rectificara la información publicada mediante la publicación de un texto concreto que desmentía las afirmaciones publicadas por el diario ABC. La solicitud de rectificación formulada por el Gobierno de Gibraltar no fue atendida por dicho diario.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid admitió a trámite la demanda. Los demandados alegaron la falta de capacidad procesal y de legitimación del Gobierno de Gibraltar así como la improcedencia de rectificar la información publicada. El diario ABC y su director, esto es, los demandados, consideraron improcedente la rectificación pretendida, y además negaron al Gobierno de Gibraltar capacidad procesal y legitimación activa. Alegaron que Gibraltar no era un Estado sino un territorio no autónomo, pendiente de descolonización según la ONU, que pertenecía al Reino Unido, quien asumía su representación en las relaciones internacionales, y que tampoco tenía la consideración de «Estado» a la luz de su normativa interna («Orden Constitucional»), por lo que carecía de capacidad procesal. En cuanto a la falta de legitimación activa, afirmaron que la información publicada no contenía ninguna alusión al Gobierno de Gibraltar ni a sus miembros, ni concretaba la conexión de la demandante con la noticia. Respecto del fondo, opuso la veracidad de la información por ser notorio que Gibraltar era un paraíso fiscal y que protegía el secreto bancario.

El Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, dictó sentencia 226/2015 de fecha 20 de noviembre, que desestimó la demanda del Gobierno de Gibraltar con imposición de costas a la parte demandante. Sus razones fueron, resumidamente, las siguientes: i) Gibraltar no es un Estado sino un territorio no autónomo (art. 73 Carta de las Naciones Unidas), incluido en una lista de territorios sometidos a descolonización por la ONU desde 1963, que pertenece al Reino Unido, que le representa en las relaciones internacionales. ii) Gibraltar tiene un estatus particular en el ámbito de la Unión Europea al no ser un Estado miembro pero se le aplica la legislación europea como territorio de cuyas relaciones internacionales es responsable el Reino Unido. A nivel interno («Orden Constitucional de Gibraltar» de 14 de diciembre de 2006), su máxima autoridad es el Gobernador, nombrado por la Reina de Inglaterra y representante de ella en dicho territorio, a quien le incumbe su representación, entre otros asuntos, en las relaciones exteriores (art. 47 de la Orden). iii) El hecho de no ser un Estado no implica que no pudiera tener la condición de parte y legitimación procesal (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2003, respecto del Gobierno de la Generalitat de Catalunya). Sin embargo, en este concreto caso no tenía legitimación activa pues la información publicada no se refería al Gobierno de Gibraltar ni a sus miembros, de tal manera que el Gobierno de Gibraltar, órgano colegiado que ejercitaba la acción de rectificación, no tenía legitimación por no ser representante de Gibraltar en el ámbito internacional y en la materia a que se refería la información publicada.

3. Solución dada en apelación

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del Gobierno de Gibraltar. La representación del Diario ABC S.L. y de su director se opuso al recurso. La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en fecha 9 de junio de 2016, y desestimó el recurso de apelación, con imposición de costas a la apelante y pérdida del depósito constituido para recurrir. Las razones de la desestimación fueron, sintéticamente, las siguientes: i) Gibraltar, según su propia normativa interna, no es un Estado y carece de personalidad jurídica reconocida por España, tratándose de un territorio del Reino Unido. ii) El Gobierno de Gibraltar pretende ejercitar su pretensión en otro Estado; iii) El Gobierno de Gibraltar no tiene a efectos procesales de la legislación española, la condición de «persona jurídica», esto es, en definitiva, la condición de Estado reconocido en Derecho internacional; iv) La información publicada (objeto de la rectificación solicitada) no se refería como cuestión esencial a tema fiscal, sino a organizaciones criminales con actuación en distintos ámbitos: tráfico de drogas, contrabando, etc. con conexiones en Gibraltar.

4. Los motivos de casación alegados

El Gobierno de Gibraltar interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Los motivos del recurso de casación fueron (a) la infracción del artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, por ser aplicado de forma incorrecta por la Audiencia Provincial de Madrid, (b) Infracción del Acuerdo Constitucional de 14 de diciembre de 2006, como normativa aplicable de Derecho extranjero para determinar la capacidad de mi patrocinado. Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron (a) Vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, pues la *reformatio in peius* infringe la interdicción de la indefensión y la exigencia de las garantías inherentes a todo proceso, (b) Vulneración del artículo 6 de la LEC y 9.11, 35 y 38 del Código Civil, en relación con la interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 469 de la LEC, entendiendo en sentido amplio el control de las «cuestiones procesales» a través del recurso extraordinario por infracción procesal; (c) Vulneración del artículo 218.2 de la LEC, en cuanto a la ausencia de la exégesis racional del ordenamiento jurídico aplicado, con vulneración del Acuerdo Constitucional de 14 de diciembre de 2006 –artículos 44, 45 y 47–; (d) Vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, en cuanto a la arbitrariedad, irracionalidad manifiesta y error patente en la valoración de la prueba documental obrante en las actuaciones. La representación de Diario ABC S.L. y de su director presentó escrito de oposición al recurso. El Ministerio Fiscal presentó informe solicitando la desestimación del recurso.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

La Sala Primera del Tribunal Supremo contra todos. Dicha Sala falla en contra de la primera instancia, en contra de la sentencia dictada en apelación por la AP de Madrid y en contra del dictamen del Ministerio Fiscal y tiene razón en todas sus argumentaciones.

5.1. *La Ley reguladora de la capacidad procesal y la regla “Lex Fori Regit Processum”*

En los litigios que afectan a situaciones privadas internacionales, debe precisarse qué Derecho estatal rige el proceso, los trámites procedimentales del litigio. La solución en el DIPr. español es la siguiente: el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) se aplica al desarrollo del proceso (art. 3 LEC). Es la regla *Lex Fori Regit Processum*. El TJUE ha indicado que el hecho de que el proceso se rija por la Ley procesal del Estado ante cuyos tribunales se litigue no resulta contrario al Derecho de la UE y en particular no vulnera las libertades de circulación europeas. Es cierto que ello puede provocar un cierto «*Forum Shopping* procedimental» europeo, pues las partes pueden experimentar la tentación, y no resistir a ella, de litigar ante los tribunales del Estado miembro cuyo Derecho procesal les resulte más beneficioso. En efecto, pueden decidir litigar ante los tribunales de un Estado miembro porque, por ejemplo, el Derecho procesal del mismo admite una serie de pruebas que otro Estado miembro no admite, o porque implica un juicio con jurado mientras que en otro Estado miembro ese mismo litigio se desarrolla sin jurado. El TJUE ha puesto de relieve varios datos adicionales: (a) El Derecho de la UE prohíbe que la Ley procesal aplicable resulte discriminatoria en perjuicio de un sujeto protegido por el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (STJUE 1 febrero 1996, *Perfili*, C-177/94, FJ 17; STJCE 2 octubre 1997, *Saldanha*, C-122/96, FJ 19); (b) Corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer normas que regulan los aspectos procesales en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (*principio de equivalencia*) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la UE confiere a los ciudadanos (*principio de efectividad*); (c) El TJUE ha llegado a afirmar que la regla *Lex Fori Regit Processum* es una regla incorporada *de facto* al Derecho de la UE (STJUE 8 junio 2017, *Vinyls*).

Dentro del ámbito natural de la *Lex Fori* (art. 3 LEC) los aspectos relativos a la capacidad para ser parte en un proceso judicial en España deben examinarse *cum grano salis*. La capacidad para ser “parte” o “personalidad procesal” es la aptitud para ser titular de los derechos y obligaciones que dimanen del proceso (art. 6 LEC). En Derecho procesal español, todo sujeto de derechos

dispone de capacidad para ser parte en un proceso judicial. Ciertos entes sin personalidad jurídica también pueden ser partes en un proceso. Pues bien, en virtud de la regla *lex fori regit processum* (art. 3 LEC), y aunque el fondo del asunto quede sometido a un Derecho extranjero, es el Derecho español el que establece el elenco de personas y/o entes que pueden participar en un proceso judicial, esto es, ser partes en el proceso. La relación de sujetos con “personalidad procesal” la fija el Derecho procesal español. Una vez obtenida dicha «lista de sujetos» con capacidad para ser parte en un proceso judicial en España, deben realizarse algunas anotaciones.

En primer lugar, la capacidad para ser “parte” o “personalidad procesal” es la aptitud para ser titular de los derechos y obligaciones que dimanen del proceso (art. 6 LEC). Todo «sujeto de derechos» dispone de capacidad para ser parte en un proceso judicial. Ciertos entes sin personalidad jurídica también pueden ser partes en un proceso. Pues bien, por aplicación del art. 9.1 y 9.11 CC, la ley personal (la Ley nacional) es la que determina si un sujeto debe ser considerado «persona», si tiene personalidad jurídica. Si dicha Ley nacional estima que el sujeto en cuestión dispone de «personalidad jurídica», entonces deberá considerarse que, con arreglo al Derecho procesal español, dicho sujeto dispone de capacidad para ser parte y realizar válidamente actos en el proceso. Se produce, pues, una remisión a la Ley nacional de la persona en cuestión.

En segundo lugar, el art. 9.11 CC utiliza un concepto muy amplio de persona jurídica. Comprende “cualquier estructura organizativa” que opera como sujeto de derechos y obligaciones. Así, el art. 9.11 CC es aplicable a personas jurídicas “no típicas” o “no conocidas” en Derecho español, como el *Business Trust*, *Anstalt*, *Treuunternehmen*, etc. (RDGRN 29 febrero 1992) y también a personas jurídicas extranjeras de Derecho Público, como gobiernos extranjeros (*vid.* esta misma STS 13 septiembre 2017 [capacidad para ser parte del Gobierno de Gibraltar]).

En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, toda persona jurídica dispone de capacidad para ser parte en un proceso judicial que se sigue en España, siempre que dicha persona jurídica haya sido válidamente constituida conforme a su Ley personal (art. 9.11 CC). Esta regla es operativa para personas jurídicas privadas y también para personas jurídicas de Derecho Público. Ejemplo 1: la STS 29 mayo 1974 admitió como parte en un proceso ante tribunales españoles a una sociedad mercantil norteamericana constituida con arreglo a la Ley del Estado de Nueva York. Ejemplo 2: de modo muy acertado, esta STS 13 septiembre 2017 indica que el Gobierno de Gibraltar puede accionar, en un litigio civil, contra demandados españoles que presuntamente lo han difamado. Dispone de capacidad para ser parte en dicho proceso civil, puesto que dicho Gobierno no está actuando en el plano del Derecho internacional público, sino como sujeto de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico español en materia de derecho de rectificación. Es suficiente comprobar que dicho Gobierno es una persona jurídica pública legalmente constituida

conforme a su Derecho nacional. El hecho de que Gibraltar carezca de la condición de «Estado independiente», que no haya sido reconocido como «Estado» por España, y de que sea una colonia, no es relevante a estos efectos. Para acreditar su capacidad para ser «parte» en un proceso a desarrollar en España es que, conforme a la legislación interna de Gibraltar, el Gobierno de dicho enclave reúne los requisitos precisos para reconocerle personalidad jurídica. El art. 9.11 CC, en efecto, remite al Derecho del país con arreglo al cual se ha constituido dicha persona jurídica. El Gobierno de Gibraltar es una persona jurídica legalmente constituida conforme al Derecho interno del Reino Unido y dicho ordenamiento le otorga personalidad jurídica. La Ley nacional de la persona jurídica rige su capacidad jurídica y su capacidad general de obrar, esto es, la capacidad para realizar válidamente ciertos actos jurídicos, su condición de ente dotado de personalidad jurídica (*vid.* SAN CA 12 noviembre 2013 [capacidad procesal de sociedad italiana], SAP Madrid 3 mayo 2006).

El *punctum dolens* de este caso radica en la aplicación de la Ley nacional del Gobierno de Gibraltar, como parte demandada y recurrente en casación. La cuestión se conecta con el espinoso tema de la aplicación de leyes de Estados no reconocidos por España.

En una primera época, explica la doctrina (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 17ª edición, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 600-602), se estimó que la falta de “reconocimiento” oficial de un Estado o Gobierno extranjero impedía la aplicación de sus leyes cuando éstas fueran reclamadas por la norma de conflicto (AJPI Madrid 7 febrero 1951, [*Revista de Derecho Procesal*, 1951, pp. 295-298]). Este “enfoque normativo” se siguió cuando los tribunales de ciertos países occidentales tuvieron que decidir si aplicaban las Leyes de la nueva, entonces, Unión Soviética, cuyo Estado y Gobierno no habían sido reconocidos en Occidente (J. BASEDOW, «The Law of Open Societies - Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law», *RCADI*, 2012, vol. 360, pp. 9-516). Los tribunales de Inglaterra, Francia, Egipto y Bélgica se negaron a aplicar estas Leyes de un Estado no reconocido oficialmente, y aplicaron el Derecho zarista. Con ello se perseguían dos fines: (1) Reafirmar el “no reconocimiento” del nuevo Estado por parte de los Estados occidentales en el plano práctico y jurídico-privado; (2) Beneficiar a los sujetos que habían tenido que huir del nuevo Estado. Sin embargo, esta solución comporta consecuencias negativas: rompe la armonía internacional de soluciones y aplica un Derecho inesperado por las partes, pues se trata de un Derecho inexistente y no en vigor.

En un segundo momento, los tribunales de los países occidentales comenzaron a aplicar las Leyes de la Unión Soviética y otros países socialistas. Utilizaron este argumento: tales Leyes, de hecho, se aplicaban en tales países, y no debía influir en ello el hecho de que dichos Estados o Gobiernos hubieran sido oficialmente reconocidos por los países occidentales, pues se trata de un mero “hecho político” y no “jurídico”. Esta postura es correcta: el “no

reconocimiento” de un Estado o Gobierno extranjero produce efectos en el área, exclusivamente, del Derecho internacional Público. En efecto, el reconocimiento de un Gobierno y/o de un Estado es un “acto político”, y no un “acto jurídico”. Por ello, la Ley extranjera reclamada por la norma de conflicto española será aplicable aunque se trate de la Ley de un Estado o Gobierno no reconocido por España, siempre que la Ley extranjera se aplique, de hecho, en el país extranjero de que se trate. Es la postura, muy sólidamente argumentada, de un sector doctrinal autorizado (M. FERID, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Frankfurt am Main, 1986, p. 160; P. LEPAULLE, *Le droit international privé. Ses bases, ses normes et ses méthodes*, Paris, 1948, pp. 196-197; J. MAURY, “Règles générales des conflits de lois”, *RCADI*, 1936, vol.57, pp. 397-400; G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationales Privatrechts*, Berlin-Leipzig, 1932, pp. 83-85). Se trata del conocido como *Criterion of Effectiveness*, que ha seguido el TS español desde hace ya años (STS 30 enero 1960) y también la jurisprudencia de otros países. El precedente sólido más antiguo se encuentra, explica J. BASEDOW (J. BASEDOW, «The Law of Open Societies - Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law», *RCADI*, 2012, vol. 360, pp. 9-516), en el supuesto fallado por el TS de los EE.UU en el muy famoso caso *Texas vs. White* (US 700 1869). El TS de los EE.UU consideró que, aunque Texas no era un Estado independiente ni tampoco lo eran los Estados Confederados en los que Texas estaba integrado, el gobierno de Texas era un gobierno de un Estado real, existente, y que sus actos legislativos fueron «actos necesarios para la paz y el buen orden entre ciudadanos, tales como los actos de sanción y protección del matrimonio y las relaciones domésticas, de gestión de la descendencia, de regulación de traspasos y transferencia de bienes, tanto muebles como inmuebles, así como reprimir los ataques contra las personas o las propiedades, y similares, que serían válidos si emanaran de un gobierno legal, deben ser considerados en general válidos aunque procedan de un gobierno de facto, aunque sea ilegal». El TS de los EE.UU apostó, como es claro, por el enfoque fáctico: se podían aplicar en otros Estados las leyes de Texas relativas a cuestiones de Derecho privado. Un límite sí dejó claro el TS de los EE.UU: «los actos de fomento o apoyo a la rebelión contra los Estados Unidos, o dirigidos a laminar los justos derechos de los ciudadanos, o de naturaleza similar, deben, en general, ser considerados inválidos y nulos», lo que puede considerarse como una proyección particular del orden público internacional activado contra la aplicación de las leyes de un Estado extranjero no reconocido.

El enfoque correcto, es, pues el «enfoque fáctico» o «enfoque privatista». El pleito en cuestión es un litigio civil. Se ha difundido una información periodística para un sujeto de Derecho y éste solicita la publicación de una rectificación a dicha información. En este litigio se discute el derecho de una administración pública extranjera (el Gobierno de Gibraltar) a que se publique una rectificación de una información periodística que le afecta directamente, y no cuestiones de Derecho internacional público. El objeto de esta litis no es

dilucidar si Gibraltar es una colonia, un Estado, un enclave o cualquier otra cosa. Desde este punto de vista privatista, carece de sentido cuestionarse si Gibraltar dispone o no de la condición de Estado independiente y si es o no es una colonia. Lo que resulta relevante es que, con arreglo al art. 9.11 CC, y en consecuencia, con arreglo a la legislación interna aplicable en Gibraltar, el Gobierno de dicho enclave reúna los requisitos precisos para reconocerle personalidad jurídica. Y, en efecto, es claro que con arreglo al Derecho aplicable en Gibraltar, el Gobierno de Gibraltar es una Administración Pública legalmente constituida conforme a su Derecho interno que puede, según ese mismo ordenamiento jurídico, comparecer en juicio mediante el jefe de la Administración Pública, y eso aunque «*Gibraltar carezca del reconocimiento como Estado independiente en el Derecho internacional y sea una colonia de la corona británica, que no forma parte del Reino Unido aunque éste asuma su representación internacional*», en las mismas palabras del TS. Por tanto, aunque en este caso no se trata de aplicar, *stricto sensu*, las normas de un Estado no reconocido por España, sino de aplicar el Derecho vigente en un enclave que no es un Estado, sino una colonia del Reino Unido, el enfoque a adoptar es similar. El Derecho aplicable en Gibraltar determina si su Gobierno dispone de personalidad jurídica o no, pues así lo indica el art. 9.11 CC. El resultado es claro: dicho Gobierno dispone de capacidad para ser parte / capacidad procesal para litigar en España.

5.2. *La Ley reguladora del «derecho de rectificación»*

Por otro lado, la Ley que regula el fondo del asunto determinará si una persona jurídica y si, aun más en concreto, una persona jurídica de Derecho Público (un Gobierno estatal, un ministerio, etc.), es titular del derecho al honor. En Derecho español, las personas jurídicas son titulares del derecho al honor pero no las personas jurídicas de Derecho Público. Éstas pueden reclamar daños y perjuicios (art. 1902 CC) y también solicitar la rectificación de informaciones falsas. En el presente caso, el TS no especifica cuál es la Ley que debe regular el fondo del asunto. Se aplica, sin ninguna discusión entre las partes, el Derecho español. En realidad, el TS debería haber citado y aplicado el art. 10.9.I CC. Las leyes especiales españolas que regulan los derechos al honor, intimidad y propia imagen no contienen normas de conflicto de leyes que concreten la Ley estatal aplicable a estos derechos en los casos internacionales. Ante la laguna legal, han surgido varias tesis sobre cuál debe ser la Ley estatal reguladora de estos derechos de la personalidad. La más solvente es la tesis de la “responsabilidad civil no contractual”, a cuyo tenor, estos derechos deben regirse, íntegramente, por la Ley aplicable a la “responsabilidad civil no contractual” (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones no contractuales” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17^a edición, Ed.Comares, Granada, 2017, pp. 1487-1490 y 1545-1548). Esta tesis es la seguida por la jurisprudencia y doctrina francesa y por el Reglamento Roma II. En efecto, la vulneración de estos derechos da lugar a responsabilidad civil ex-

tracontractual, por lo que la Ley aplicable a tal vulneración debe fijarse mediante la norma de conflicto que señala la Ley aplicable a dicha responsabilidad. Las obligaciones derivadas de la vulneración de estos derechos de la personalidad suscitan responsabilidad civil no contractual.

A pesar de que la vulneración de estos derechos genera obligaciones extracontractuales, el Reglamento Roma II no es aplicable para determinar la Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de una vulneración de los derechos de la personalidad (art. 1.2.g RR-II). En consecuencia, la Ley aplicable a las consecuencias jurídicas de la infracción de estos derechos de la personalidad se determina con arreglo al art. 10.9.I CC. Este precepto indica que “*Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven*”. La información perjudicial contenida en el diario ABC se difundió principalmente en España pero también en todo el mundo, visto que la misma se incluyó en la versión *online* del diario citado.

Ahora bien, el actor, el Gobierno de Gibraltar acota el límite de su reclamación a los daños producidos en España, pues alega y solicita la rectificación de la información con arreglo a la Ley española. En tal sentido, los daños que esta información puede haber producido a la víctima fuera de España no son objeto de la litis resuelta por el TS: sólo los daños producidos en España. Por tanto, se litiga por los daños verificados en España y por eso la rectificación se solicita a un periódico español difundido en España y se pide con arreglo a la Ley sustantiva española. La Ley del “lugar del daño” (Ley española en este caso) regula la existencia del daño y los medios para su reparación, así como los derechos de réplica y rectificación, en su caso. La Ley personal del sujeto cuyos derechos han sido presuntamente vulnerados no es aplicable de ningún modo a la responsabilidad derivada de tales hechos (SAP Alicante 9 febrero 2011 [presunta vulneración en España del derecho al honor de ciudadano holandés] [ECLI:ES:APA:2011:399]).

Cierto es, no se puede dudar, que este caso constituye también un “ilícito a distancia”. El ilícito se inicia en España pero esa información introducida en España es visible en otros Estados. Sin embargo, como se ha indicado, el actor no reclama nada en relación a tales daños, de modo que quedan fuera del objeto del proceso.

En aplicación de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, el TS, muy garantista con el derecho a la libertad de expresión, –y hace muy bien–, recuerda con acertado tino que “para que proceda la rectificación no es preciso que se demuestre la inveracidad de la información publicada (...) la imposición de la inserción de la rectificación no implica la exactitud de su contenido (...) la procedencia de la rectificación no otorga ninguna carta de autenticidad a la versión ofrecida por quien ejercita el derecho (...) la rectificación opera como un complemento de la información que se ofrece a la opinión pública, mediante la aportación de una «contraversión» sobre hechos por el sujeto que ha sido implicado por la noticia difundida por un medio de comunicación”. Estima, en esta dirección, el TS que el Gobierno de

Gibraltar dispone de legitimación para instar la rectificación de la información controvertida. En efecto, la información publicada en ABC se refiere a hechos que afectan a Gibraltar, hechos que objetivamente pueden considerarse “perjudiciales” para el Gobierno de Gibraltar puesto que se relaciona a éste, de modo indirecto, con actividades reprobables y en su mayoría ilícitas: contrabando, blanqueo de capitales, tráfico de drogas, secreto bancario que dificulta conocer a los beneficiarios de actividades delictivas y, en general, conexiones con redes criminales. Ciertamente es que tales conductas reprobables no se imputan explícitamente al Gobierno de Gibraltar. Sin embargo, la permisividad que se atribuye a las autoridades de la colonia respecto de estas actividades, favorecidas por la normativa del Peñón sobre fiscalidad (Gibraltar es un paraíso fiscal) y el secreto bancario (las normas que regulan la actividad bancaria permiten este secreto y dificultan conocer a los beneficiarios de actividades delictivas), afecta a las instituciones gibraltareñas, entre las que de un modo evidente se encuentra el Gobierno de Gibraltar. Por otra parte, subraya el TS, “la información transmite hechos que resultan negativos para la sociedad gibraltareña en su conjunto”. Por tanto, el Gobierno de Gibraltar puede solicitar dicha rectificación pues está legitimado para actuar cuando la información resulta perjudicial para la sociedad gibraltareña. No empece a ello que se trate de una persona jurídica de Derecho Público, pues la Ley española no limita a las personas físicas ni a las personas jurídicas de Derecho Privado el ejercicio del derecho de rectificación.

5.3. *Conclusión*

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha escanciado un buen Derecho internacional privado en esta sentencia y acierta de pleno.

En primer lugar, el TS aplica el art. 9.11 CC a las personas jurídicas extranjeras de Derecho Público. Gran acierto, puesto que el art. 9.11 CC es un precepto que el legislador español diseñó con un alcance general, de modo que resultase aplicable a todo tipo de ente o sujeto de Derecho, sea una persona de Derecho privado de Derecho Público.

En segundo lugar, el TS considera que la Ley aplicable a la capacidad de una persona jurídica, y en concreto a su capacidad para ser considerada una “persona” un “sujeto de Derecho”, es la Ley del país con arreglo a cuya legislación se ha constituido dicho sujeto. Es su “Ley de origen”. La potencialidad del art. 9.11 CC como una regla que admite en España el “estatuto legal” de las personas jurídicas legalmente constituidas en otros países es digna de ser subrayada con el mayor énfasis. Es una regla que favorece el comercio internacional y el ejercicio transfronterizo de los derechos. Las fronteras políticas entre los Estados no deben perjudicar las relaciones sociales entre las personas físicas o jurídicas, de Derecho privado y de Derecho público, aunque tales personas tengan otra nacionalidad o estén establecidas en diferentes Estados. El Derecho internacional privado, en esta sentencia, es contemplado como el mejor estímulo para potenciar el ejercicio de los derechos subjetivos en casos transfronterizos. El Derecho

internacional privado es, así, la garantía del intercambio internacional de bienes y servicios, y con ello, el aval del aumento del bienestar, pues sabido es que el intercambio crea riqueza para los protagonistas del mismo y también para toda la sociedad. Con otras palabras, puede afirmarse que el TS refuerza la idea de que la Ley nacional de la persona jurídica crea el *status legal* de la persona jurídica. Dicha Ley confiere a un sujeto su carácter de “persona”, su posición como “sujeto de Derecho”. Dicha regla, por ello, opera como un “pasaporte legal” de la persona jurídica. Cualquiera que sea el Estado donde la persona jurídica actúe, cualquiera que sea el Estado ante cuyos tribunales dicha persona jurídica opera y presenta una demanda, su condición de “sujeto de Derecho” no debe variar. Debe ser, siempre, la condición jurídica indicada por el Derecho del país de su nacionalidad, esto es, por el el Derecho del país con arreglo a cuyas normas se ha constituido dicha persona jurídica. Una vez legalmente constituida la persona jurídica según las normas legales de un Estado, dicha persona debe ser siempre considerada como tal “persona” en los demás Estados donde opera. Esa Ley constituye., como antes se ha dicho, su “pasaporte legal”.

En tercer lugar, el TS admite que el art. 9.11 CC funciona, en muy numerosas ocasiones, como una regla de reconocimiento, en España, del *status legal* de las personas jurídicas que éstas tienen en su país de origen o Estado de constitución legal. Así entendido, el art. 9.11 CC se presenta como una norma de conflicto eficiente, pues potencia las relaciones internacionales entre las personas a un coste reducido. Una sola Ley es aplicable, la ley nacional de la persona jurídica, y con esa sola Ley, la persona jurídica debe ser considerada como “sujeto de Derecho” en todo el mundo.

En cuarto término, estima también la sentencia que el hecho de que España no haya reconocido a Gibraltar como un Estado es un acto político que no tiene incidencia en cuestiones de Derecho Privado. Se trata de un acto (político) que surte efectos en el espinoso campo de las relaciones internacionales entre Estados, esto es, en el ámbito del Derecho internacional público, pero no en el ámbito del Derecho Privado. Por ello, entiende el TS que es perfectamente posible aplicar el Derecho privado de un enclave (Gibraltar) que España no reconoce como “Estado” a nivel internacional. El TS acierta al poner los intereses privados en el centro de la escena, pues este caso es un caso de Derecho Privado, un pleito de difamación regido por normas de Derecho Privado. Por tanto, el supuesto debe solventarse con arreglo a criterios de Derecho privado, que son los que interesan a las partes de este litigio, lejos de cuestiones que afectan a las relaciones diplomáticas entre los Estados de la comunidad internacional.

6. Bibliografía

BASEDOW, J. «The Law of Open Societies - Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law», *RCADI*, 2012, vol. 360, pp. 9-516.

- CALVO CARAVACA, A-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 17ª edición, Ed.Comares, Granada, 2017, pp. 600-602.
- CALVO CARAVACA, A-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Obligaciones no contractuales” en A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª edición, Ed.Comares, Granada, 2017, pp. 1487-1490 y 1545-1548.
- ENGEL, C., “Bedeutung völkerrechtlicher Anerkennungen für das IPR”, *Festschrift Rothoefst*, 1994, pp. 87-96.
- FERID, M., *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Frankfurt am Main, 1986, p. 160.
- VERHOEVEN, J., “Relations internationales de droit privé en l’absence de reconnaissance d’un État, d’un gouvernement ou d’une situation”, *RCADI*, vol.192, 1985, pp. 13 ss.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Internet - privacy and rights relating to personality”. *RCADI*, 2016, pp. 261-486.
- CORDERO ÁLVAREZ, C.L., *Litigios internacional sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015.
- DIAS OLIVEIRA, E., “Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado”, *CDT*, 2013, pp. 139-162.
- LEPAULLE, P., *Le droit international privé. Ses bases, ses normes et ses méthodes*, Paris, 1948, pp. 196-197.
- LORENTE MARTÍNEZ, I., “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet”, *CDT*, 2012-II, pp. 277-301.
- MARINO, S., “Nuovi sviluppi in materia di illecito extracontrattuale on line”, *RDIPP*, 2012, pp. 879-896.
- MAURY, J., “Règles générales des conflits de lois”, *RCADI*, 1936, vol.57, pp. 397-400.
- MEIER, F.M., “Unification of choice-of-law rules for defamation claims”, *Journal of Private International Law*, 12, 3, 2016, pp. 492-520.
- MELCHIOR, G., *Die Grundlagen des deutschen internationales Privatrechts*, Berlin-Leipzig, 1932, pp. 83-85.
- NUSSBAUM, A., *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932, pp. 98-100.
- VERHOEVEN, J., “Relations internationales de droit privé en l’absence de reconnaissance d’un État, d’un gouvernement ou d’une situation”, *RCADI*, vol.192, 1985, pp. 13 ss.
- VOGEL, J.B., *Das Medienpersönlichkeitsrecht im internationalen Privatrecht: eine Untersuchung zur Harmonisierung der Kollisionsnormen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2014.
- WENGLER, W., *Internationales Privatrecht*, vol.I, Berlin-New York, 1981, pp. 284-287.

