

La excepción de interés nacional en el DIPR español actual

The doctrine of national interest in Spanish PIL nowadays

RAFAEL ARENAS GARCÍA

Catedrático de Derecho internacional privado

Universitat Autònoma de Barcelona

Recibido: 13.05.2024 / Aceptado: 05.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8903

Resumen: La excepción del interés nacional se encuentra recogida en múltiples legislaciones y también en instrumentos internacionales. En este trabajo se examina el papel que cumple, qué condiciones han de darse para que opere y cómo se regula tanto en el Reglamento Roma I como en el DIPr español de origen interno. Se analiza también la reciente reforma del art. 10.8 del CC, que ha transformado de forma profunda la regulación de la excepción en el DIPr español de fuente interna.

Palabras clave: Capacidad, contratos internacionales, reglamento Roma I, excepción del interés nacional.

Abstract: Domestic law in many countries and several international instruments apply the doctrine of national interest. This work examines the role it plays, what conditions must be met for it to operate and how it is regulated both in the Rome I Regulation and in the Spanish domestic Private International Law. The recent reform of art is also analysed. 10.8 of the CC, which has profoundly transformed the regulation of this doctrine in the Spanish domestic Private International Law.

Keywords: Legal capacity, international contracts, Rome I Regulation, doctrine of national interest.

Sumario: I. Introducción. II. Naturaleza de la excepción de interés nacional: las diferentes posibilidades: 1. Planteamiento. 2. Conexiones en presencia. 3. Condiciones para que opere la excepción del interés nacional. III. Regulación de la excepción: 1. Reglamento Roma I: 1. DIPr español de origen interno. IV. Conclusión.

I. Introducción

1. El listado cronológico de publicaciones del profesor Calvo Caravaca se inicia con un artículo en la *REDI* sobre la doctrina del interés nacional¹. Había dedicado su tesis doctoral, defendida en la Universidad de Bolonia y elaborada siendo becario del Colegio de San Clemente de los Españoles, a ese tema y, como suele ser habitual, continuó publicando sobre él, incluyendo el comentario al art. 10.8 del Código Civil (en adelante, CC) en los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tanto en la edición de 1995, como en la de 2004². En esas publicaciones trató sobre

¹ A.-L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa de la doctrina del interés nacional”, *REDI*, vol. XXXI, núms. 1-3, 1978-1979, pp. 111-137.

² A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 10.8”, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, t. I, vol. 2º, 2ª ed. 1995, pp. 710-728; *id.*, “Artículo 10, apartado 8”, *ibid.*, 2004, disponible en línea (<https://app.vlex.com/#vid/229503>).

la historia y naturaleza de la figura³; así como su proyección sobre el derecho interregional⁴ y la posibilidad de su bilateralización⁵; sin que faltara el análisis de la (escasa) práctica española en la materia⁶.

Los trabajos del profesor Calvo Caravaca no solamente exploraban los diferentes problemas jurídicos que planteaba la excepción del interés nacional⁷; sino que incluían el análisis de la doctrina relevante tanto en España como en el extranjero e informaciones útiles de derecho comparado. En definitiva, los estudios de Alfonso-Luis Calvo Caravaca eran los que había que considerar cuando se trataba de abordar esta figura; tal y como comprobé cuando tuve que ocuparme de ella a finales del siglo XX⁸. Esta razón explica que sugiriera que mi contribución a su libro homenaje versara sobre este tema.

2. Existe otro motivo que explica la elección del objeto de este trabajo. La excepción del interés nacional ha sufrido una profunda modificación en nuestro CC⁹ que, a mi juicio, ha suscitado un interés escaso, teniendo en cuenta la relevancia histórica de la figura y el calado de la reforma¹⁰. Tal y como veremos, la regulación española se aparta significativamente de la aproximación tradicional en nuestro país a la institución, alineándose con la redacción del Reglamento Roma I. De esta forma, las relaciones entre este Reglamento y la normativa interna, que ya habían sido fuente de algún debate, tienen que ser abordadas desde una nueva perspectiva. Además, existen algunas dificultades para la interpretación y aplicación del nuevo tenor del art. 10.8 del CC.

Aquí se abordarán los problemas relativos a la regulación española de origen interno; pero antes de entrar en ellos es necesario detenerse en la configuración general de la excepción del interés nacional; así como en la regulación del Reglamento Roma I y en los principios que han de ser observados en la articulación entre la regulación de la Unión Europea y el DIPr de origen interno. Tal y como veremos, no existe unanimidad sobre la forma en que ha de articularse esa relación; y las dudas que existían respecto a la regulación previa a la reforma de 2021 no se eliminan con ésta, aunque, como veremos -y tal y como se ha adelantado- deberán examinarse desde una nueva perspectiva.

³ En el artículo mencionado *supra* en la n.º 1; así como en A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación”, *Anales de la Universidad de Murcia, Derecho*, vol. XXXIV, núms. 1-2, Curso 1975-76, pp. 85-107 (accesible electrónicamente, <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/105471/100381>).

⁴ A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina del interés nacional en Derecho interregional”, *Anales de Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 3, 1982, pp. 215-218 (accesible electrónicamente, <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/83441/80471>).

⁵ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina del interés nacional”, *loc. cit.*, pp. 211-229.

⁶ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, “Nota a las Resoluciones de la DGRN de 4 de marzo de 1981 y de 14 de diciembre de 1981”, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, núms. 2/3, pp. 507-511.

⁷ No entraré en el tema terminológico (que sí abordó el profesor Calvo Caravaca, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, “Nota...”, *loc. cit.*, p. 509); por lo que se emplearán indistintamente las expresiones “doctrina del interés nacional”, “excepción de interés nacional” e, incluso, “doctrina de la excepción de interés nacional”. De igual forma, se utilizará tanto la fórmula “de interés nacional” como “del interés nacional”.

⁸ En R. ARENAS GARCÍA, “La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales”, *Derecho de los Negocios*, 1996, año 7, núms. 70/71, pp. 11-26, p. 20; *id.*, *Registro Mercantil y Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 276-285.

⁹ La nueva redacción del precepto, que sustituye a la que fue introducida por la reforma del Título Preliminar del año 1974 (Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, *BOE*, 9-VII-1974) es obra del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, *BOE*, 3-VI-2021. Sobre la tramitación de la ley, *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, “Apartado 8 del artículo 10”, en C. GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 108-114.

¹⁰ Aparte del trabajo citado en la n.º anterior, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Artículo 10.8” en A. CAÑIZARES LASO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, València, Tirant lo Blanch, 2023, t. I, pp. 522-525; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en *id.*, *Tratado de Derecho internacional privado*, València, Tirant lo Blanch, 2ª ed. 2022, t. II, pp. 2869-3149, pp. 3126-3127.

II. Naturaleza de la excepción de interés nacional

1. Planteamiento

3. La excepción de interés nacional puede configurarse de varias maneras; pero siempre implicará la consideración, en lo que se refiere a la capacidad de las partes en un acto o negocio jurídico; usualmente, un contrato; de un derecho diferente al que rige con carácter general la capacidad. Así, lo habitual será que se tenga en cuenta la ley del lugar de celebración del contrato; de tal manera que si la capacidad se rigiera por una ley diferente (la de la nacionalidad del contratante, por ejemplo), que determinara la incapacidad del interviniente, con las consecuencias que ello tuviera para la validez y eficacia del contrato; y, sin embargo, según la ley del lugar de celebración del contrato, dicha incapacidad no existiera, acabaría considerándose que el contrato o negocio jurídico no sería inválido o ineficaz como consecuencia de la falta de capacidad de alguno de los intervinientes.

La aproximación anterior es extraordinariamente general, pues lo que pretende es dar cobertura a los diferentes supuestos existentes, no solamente en el derecho español sino en otros ordenamientos. Así, por ejemplo, aunque la excepción del interés nacional se considera habitualmente en el marco de un contrato; también existen ejemplos de ella en otros ámbitos. En el caso del derecho español, los arts. 98 y 162 de la Ley Cambiaria y del Cheque (en adelante, LCCh)¹¹ prevén que las personas que fueran incapaces para obligarse por letra cambiaria o del cheque según lo previsto en su ley nacional o, en su caso, la ley a la que remita la norma de conflicto del sistema de DIPr del país de la nacionalidad del obligado; pero sean capaces según la ley del país en el que hubiere otorgado su firma; serán considerados capaces de obligarse cambiariamente. Este es un supuesto que deberíamos considerar incluido en la figura de la excepción del interés nacional¹².

Por otra parte, la excepción implica la consideración de dos leyes para la regulación de la capacidad de los intervinientes en un acto o negocio jurídico; esto es, si nos encontráramos ante una norma de conflicto que estableciera que la capacidad de los contratantes se rige por la ley del lugar de celebración del contrato, no se trataría de un supuesto de excepción del interés nacional, sino de, simplemente, una norma de conflicto específica en materia de capacidad. Lo que hace que aparezca la excepción es que esa ley -la del lugar de celebración del contrato, por ejemplo- ha de ponerse en relación con otra; de tal manera que solamente mediante la consideración de ambas podemos concretar la regulación concreta de la capacidad contractual y sus efectos sobre la validez y eficacia del contrato. Finalmente, esa ley que ha de ser considerada tampoco puede ser especificada en una formulación genérica de la excepción, puesto que, si bien en muchas ocasiones acabará concretándose en la ley del lugar de celebración del contrato; en otras puede ser una distinta, como sucede en materia cambiaria; donde la ley del lugar en el que se hubiera firmado la letra de cambio o el cheque.

4. A partir de lo anterior, deberemos determinar cuáles son las leyes que han de ponerse en relación; esto es, cuáles son los puntos de conexión relevantes; así como las condiciones que han de darse para que se apliquen las leyes designadas por estos puntos de conexión; así como los efectos que tales leyes desplegarán sobre la eficacia del contrato, negocio o acto jurídico. Nos detendremos en la regulación que se encuentra en el DIPr español, tanto de origen interno como internacional (específicamente, el Derecho de la UE); pero sin renunciar a considerar las previsiones en algún otro ordenamiento, aunque sin ninguna voluntad de hacer un estudio de derecho comparado que iría más allá de los límites de esta contribución.

Estos desarrollos permitirán extraer alguna conclusión de la reciente reforma del art. 10.8 del CC y de la forma en que, en la actualidad, ha de operar la excepción del interés nacional en nuestro derecho.

¹¹ Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, *BOE*, 19-VII-1985.

¹² *Vid.*, por ejemplo, A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina...”, *loc. cit.*, p. 85.

2. Conexiones en presencia

5. Las regulaciones específicas sobre la excepción del interés nacional, como el art. 10.8 del CC, están condicionadas por una ley que nunca aparece en la propia regulación, sino que se encuentra en otras y ejerce de “personaje oculto”; como existen en algunas obras de cine, teatro o televisión¹³; esta ley es la que regula con carácter general la capacidad de la persona respecto a la que se aplicará la excepción. En el caso del DIPR español, esta ley es, en principio, la ley nacional (art. 9.1 del CC, art. 98.1 de la LCCh). En otros ordenamientos, esta ley será diferente. Así, por ejemplo, en el Derecho checo, la ley rectora de la capacidad es la de la residencia habitual de la persona¹⁴, en el lituano, la ley del domicilio¹⁵; y en el Derecho inglés, la ley que rige la capacidad de los contratantes puede ser la *lex contractus*, la ley del lugar de celebración del contrato o la ley del domicilio del contratante¹⁶. Además, hemos de tener en cuenta que el mecanismo del reenvío podrá modificar la ley que haya de regir la capacidad; de tal manera que no sea la ley nacional o cualquier otra la que rijan dicha capacidad, sino la que venga determinada por la norma de conflicto del ordenamiento designado por el punto de conexión de la regla sobre ley aplicable a la capacidad del ordenamiento del foro. Esta aplicación del reenvío con carácter previo a la consideración de la excepción de interés nacional no plantea dudas en la LCCh¹⁷; y no debería tampoco plantearlas en el resto de supuestos; de tal manera que, en caso de que operara el reenvío, la ley que debería considerarse sería aquella a la que remite la norma de conflicto del ordenamiento designado por la del foro. Se tratará, sin embargo, de operaciones que se realizarán al margen -en principio- de lo que establezca específicamente la regulación sobre la excepción de interés nacional, pues se trata de hallar esa “otra ley” que rige la capacidad de acuerdo con unas reglas que, como se ha dicho, son ajenas a la regulación de la excepción del interés nacional. El carácter ajeno a la propia excepción de la determinación de la ley rectora de la capacidad se hace explícito en el Reglamento Roma I¹⁸, donde el precepto se refiere a dicho derecho como “la ley de otro país”; una expresión que ha sido copiada en la vigente redacción del art. 10.8 del CC.

En cualquier caso, se tratará de identificar la ley que debería regir la capacidad de la persona de que se trate de no existir la excepción de interés nacional. La operación de identificación de dicha ley debería completarse antes de dar el siguiente paso; que es el de poner en relación dicha ley con la que considera relevante la doctrina del interés nacional, una ley que, con frecuencia, será la del lugar de celebración del contrato.

6. Es esta otra ley, la que se relaciona con la que, con carácter general, rige la capacidad del contratante o del interviniente; la que da cuenta del sentido que tiene la excepción del interés nacional; que, como está generalmente admitido, es proteger la seguridad del tráfico, de tal manera que quienes operan en un determinado territorio no se vean sorprendidos por la ineficacia de negocios o actos derivados de una ley diferente a la del país en el que se está operando¹⁹. Este fin explica que se considere el derecho del lugar de contratación; de tal manera que la capacidad de los contratantes deberá entenderse como

¹³ Ejemplos de estos personajes ocultos son el Godot, de “Esperando a Godot”, de Samuel Beckett o la mujer del teniente Colombo, en la serie policíaca de los años 70 del siglo XX.

¹⁴ Vid. E.A. FREDERICKS, *Contractual capacity in private international law*, The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University, 2016, <https://hdl.handle.net/1887/41425>, p. 114.

¹⁵ *Ibid.*, p. 130.

¹⁶ Vid. P. TORREMANS (ed.), *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 15ª ed. 2017, p. 761.

¹⁷ Sus arts. 98.2 y 162.1 prevén que la aplicación de la ley del lugar donde se hubiera firmado la letra de cambio o el cheque solamente ocurrirá cuando la ley designada por el primer párrafo del precepto. Este primer párrafo, a su vez, prevé la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto del derecho de la nacionalidad de la persona cuya capacidad para obligarse cambiariamente queremos determinar.

¹⁸ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO, núm. L 177 de 4 de julio de 2008.

¹⁹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa...”, *loc. cit.*, pp. 111-112: “Esta disposición [el art. 10.8 del CC] formula un correctivo al principio de imperatividad del estatuto personal que se conoce con el nombre de *doctrina del interés nacional* cuya *ratio legis* -el por qué y el para qué- estriba en la protección de la buena fe negocial, en la seguridad del tráfico jurídico. Ahora bien, **si la finalidad perseguida está clara**, no lo está tanto el instrumento técnico utilizado para alcanzarla” (negrita añadida).

existente si la tienen según ese derecho. A partir de aquí, como veremos en el siguiente epígrafe, pueden exigirse determinadas condiciones para que opere la excepción; pero siempre siguiendo el mismo mecanismo: aplicación de una ley próxima al contrato o acto con el fin de impedir que la falta de capacidad del contratante o interviniente según una ley diferente pueda afectar al contrato.

Tal y como se ha avanzado, esa ley es, con frecuencia, la del lugar de celebración del contrato; pero existen supuestos en los que la norma general sobre capacidad es excepcionada por una ley distinta. Así, ya se ha mencionado la ley del lugar de la firma en la LCCh. En el caso del derecho checo, se considera el lugar en el que se encuentra la persona en el momento de llevar a cabo una actuación legal²⁰ y en Hungría se tendrá en cuenta el derecho húngaro cuando las consecuencias legales de la operación se localicen en Hungría²¹. Tal y como veremos a continuación, también la *lex contractus* puede convertirse en una excepción a la aplicación de la norma genérica sobre capacidad; y eso pese a que, en algunos ordenamientos, el derecho rector de la capacidad es, precisamente, la ley rectora del contrato y no la ley personal de los intervinientes.

7. Debe mencionarse también que, en determinados casos, la regla sobre capacidad incluye varias conexiones que se aplican cumulativamente a fin de favorecer que se considere a la persona capaz. Así sucede, por ejemplo, en Luisiana (Estados Unidos), donde se establece que una persona será considerada capaz para el contrato si lo es según la ley del estado de su domicilio o de la ley aplicable al contrato²². En estos casos nos encontramos ante una norma de conflicto materialmente orientada a la validez del contrato, apreciándose una consideración simultánea de la ley personal del contratante y de otra ley que, probablemente, favorece la seguridad del tráfico, como es la rectora del contrato. En lo que se refiere a la entrada en la regulación de esta segunda ley, se aprecia una cierta convergencia con la finalidad perseguida por la excepción de interés nacional (seguridad del tráfico); aunque en este caso mediante una técnica diferente; puesto que no estamos ante el binomio “regla/excepción”, sino ante una única regla general, aunque con dos conexiones que operan en plano de igualdad. No puede olvidarse tampoco, que la regla de Luisiana reúne dos conexiones que son habitualmente consideradas para regir la capacidad contractual. Por una parte, la ley personal (aquí identificada como ley del domicilio). Por otra parte, la ley rectora del contrato, que es típica del derecho anglosajón. También encontramos en el derecho griego la acumulación de dos leyes diferentes para facilitar la capacidad del interviniente. En este caso se trata de la ley nacional y la *lex fori*; considerándose capaz la persona en cuestión si lo es de acuerdo con cualquiera de los dos derechos²³.

La utilización cumulativa de dos conexiones rectoras de la capacidad contractual puede, sin embargo, acercarse al régimen de la excepción de interés nacional si es posible excluir la aplicación de la ley rectora del fondo del contrato en caso de que el otro contratante conociese de la incapacidad resultante de la ley personal. Este es el caso de Oregón, en Estados Unidos²⁴, donde se establece que la capacidad se regirá por la ley de la residencia del contratante y la ley rectora del fondo del contrato; pero se permite alegar la incapacidad resultante de la ley de la residencia, aunque no esté prevista en la ley rectora del contrato, si la otra parte contratante conocía o debía conocer la incapacidad que resultaba de la ley de la residencia. Aunque la formulación difiere de la que contiene el art. 13 del Reglamento Roma I, el resultado al que llega es similar.

3. Condiciones para que opere la excepción del interés nacional

8. De acuerdo con lo que hemos visto hasta ahora, la excepción de interés nacional implica que el derecho que rige la capacidad con carácter general se ve excepcionado (al menos en sus efectos sobre la eficacia del contrato) por otra ley con el fin de proteger la seguridad del tráfico. Ahora bien, este des-

²⁰ Vid. E.A. FREDERICKS, *op. cit.*, p. 114.

²¹ *Ibid*, p. 128.

²² *Ibid*, p. 156.

²³ *Ibid*, p. 127. Existe una regulación semejante en Hungría (*ibid*, p. 128).

²⁴ *Ibid*, pp. 156-157.

plazamiento de la ley que rige con carácter general la capacidad requiere que se den otras condiciones, que tienen traducciones diversas en unos y otros ordenamientos. A continuación, examinaremos estas condiciones y el sentido que puedan tener.

9. La primera condición que ha de cumplirse es la de que de la ley que regula con carácter general la capacidad se derive la incapacidad del interviniente. La excepción del interés nacional solamente opera para ofrecer una solución al problema que resulta de que alguno de los contratantes sea incapaz de acuerdo con la ley que, ordinariamente, rige tal capacidad; por lo que carece de sentido que consideremos la excepción si la ley que, sin tener en cuenta la excepción, rige la capacidad, atribuye competencia al interviniente.

Esta ley rectora de la capacidad es la que viene determinada por el sistema de DIPr de la autoridad que esté conociendo; incluyendo la normativa sobre problemas de aplicación (conflicto móvil, remisión a un sistema plurilegislativo o reenvío). En el caso del reenvío ya lo habíamos indicado, así como la forma en que puede introducir en la regulación del caso derechos diferentes de los previstos en el DIPr del foro.

Plantea problemas específicos la cuestión de las capacidades especiales; esto es, los requisitos de capacidad que se vinculan a un concreto acto o negocio jurídico; ya que en estos casos puede tener entrada la ley que rige el fondo del contrato²⁵. La aplicación de la excepción del interés nacional a las capacidades especiales dependerá de la configuración de ésta. En principio, si no se concreta qué ley excepciona (como sucede en el Reglamento Roma I y, en la actualidad, en el art. 10.8 del CC) sería posible proyectar la excepción del interés nacional sobre estos supuestos de capacidad. La única duda que podría plantearse es calificatoria. Una cosa es que se entienda que estamos ante una cuestión de capacidad, aunque regida por la ley aplicable al fondo del acto o negocio; y otra que se interprete que estas capacidades especiales no se diferencian, en su naturaleza, del resto del régimen sustancial del acto o negocio jurídico. Si es lo segundo, resultaría mucho más dudoso aplicar la excepción del interés nacional a estos supuestos.

10. En el origen de la doctrina del interés nacional en Francia, a partir del famoso caso *Lizardi*, se encuentra la tutela del interés del foro; de ahí el equívoco nombre que adopta la figura (y que a tantos estudiantes de DIPr ha conducido a dar respuestas disparatadas a la pregunta de la excepción del interés nacional en el examen cuando, desconocedores del contenido, se ha dejado llevar por el enunciado para inventarse la contestación). Se habla de “interés nacional” porque la excepción a la aplicación de la ley personal -la que, generalmente, regula la capacidad- se basa en la necesidad de proteger el comercio que se desarrolla en el foro²⁶. A partir de aquí, la duda que se plantea es si la excepción solamente opera cuando la ley que se considera, junto con la que con carácter general regula la capacidad, es la ley del foro o, por el contrario, es una ley extranjera.

Por supuesto, la respuesta que se dé a la pregunta anterior depende de la formulación de la excepción en cada ordenamiento. Así, en aquellos en los que el tenor de la regla no diferencie entre supuestos vinculados con el foro y con terceros estados, la excepción deberá operar siempre. En cambio, existirán más dudas cuando la regulación se refiera bien a la *lex fori*²⁷ o al derecho propio del país, como ocurría, por ejemplo, con el art. 10.8 del CC en su redacción vigente entre 1974 y 2021. Pese a que en

²⁵ En Bélgica se establece que la capacidad para la realización de un específico negocio se rige por la ley aplicable al fondo del mismo (vid. E.A. FREDERICKS, *op. cit.*, p. 112), así como en Italia (vid. art. 20 de la Ley italiana de DIPr, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995;218>) También se ha planteado, en la doctrina italiana, la posibilidad de distinguir entre capacidad jurídica especial y capacidad especial de hacer (vid. B. UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padua, CEDAM, 2006, pp. 116-117); pero aquí no podemos detenernos en ello. También puede distinguirse entre capacidad general y capacidad de obrar (arts. 20 y 23 de la ley italiana de DIPr. por ejemplo, y en algunos ordenamientos no es la misma ley la que rige una y otra. Así, por ejemplo, en Alemania, donde se diferencia entre *Rechtsfähigkeit* y *Geschäftsfähigkeit* rigiéndose la primera por la ley de la nacionalidad y la segunda por la ley de la residencia habitual de la persona. Vid. art. 7 EGBGB (Ley de Introducción al Código Civil Alemán, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG031501360>).

²⁶ Vid. E.A. FREDERICKS, *op. cit.*, p. 117.

²⁷ Como veíamos que sucedía en Grecia y en Hungría, vid. *supra* n. núm. 23

estos casos se ha defendido la bilateralización de la excepción²⁸; ésta resulta dudosa, puesto que, como toda excepción, la del interés nacional no debería ser susceptible de una aplicación extensiva²⁹. Al fin y al cabo, la bilateralización de una norma de conflicto unilateral solamente está justificada cuando existe una laguna; que en este caso no se da pues ya tenemos una norma que regula con carácter general la capacidad de los intervinientes. En cualquier caso, incluso procediéndose a esta bilateralización, no sería descartable que se produjeran una exclusión de la misma cuando la ley aplicable a la capacidad sea la del foro; esto es, cuando la ley determinada por la excepción sea una ley extranjera a la autoridad que está conociendo; pero la ley que, con carácter general, regula la capacidad es la ley del foro³⁰.

11. Otra condición que puede establecerse para que opere la excepción, es la de que la persona incapaz sea una persona física. Así se establece en el Reglamento Roma I y en los derechos nacionales que se han inspirado en el mismo; en la actualidad, el art. 10.8 del CC o el art. 12 de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán³¹. En la versión del art. 10.8 del CC en vigor entre 1974 y 2021, en cambio, no se distinguía entre personas físicas y jurídicas, por lo que la excepción podía aplicarse a unas y a otras.

La limitación de la figura a las personas físicas puede explicarse a partir de diversas circunstancias. Así, por un lado, en su origen jurisprudencial, el ya mencionado caso *Lizardi*, se trataba de evitar la incapacidad de una persona física que era mayor de edad de acuerdo con el derecho del lugar en el que había contratado (Francia); pero no lo era según lo previsto en su ley nacional. Obviamente, la cuestión de la minoría de edad no puede proyectarse sobre las personas jurídicas; ahora bien, una vez establecido un principio de protección de la seguridad del tráfico jurídico, no existen razones para limitarlo a las incapacidades de las personas físicas. Por otro lado, no podemos perder de vista la influencia que tiene en la regulación actual de la excepción el Reglamento Roma I (cuyo antecedente es el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales³²), donde la regla sobre la excepción del interés nacional se limita a las personas físicas; pudiendo conectarse esta previsión con la exclusión de las cuestiones relativas al derecho de sociedades del ámbito de aplicación material del Reglamento³³.

En cualquier caso, la limitación de la excepción a las personas físicas se encuentra en varios ordenamientos. Así, por ejemplo, en el de Bielorrusia³⁴, la República Checa³⁵, Rusia³⁶, Ucrania³⁷. No debe descartarse que influya en este resultado la estructura de la regulación, al diferenciar entre capacidad de personas físicas y jurídicas y ubicar la excepción como una regla en el marco de la regulación de la capacidad de las primeras³⁸. A partir de aquí podría no resultar imposible identificar una laguna de regulación que pudiera ser colmada mediante la proyección en relación con las personas jurídicas de la regulación existente para las personas físicas. Sería más difícil fundamentar la existencia de esta laguna en los casos, como el español, en el que la excepción no se localiza junto a la regulación de la capacidad de las personas físicas³⁹.

²⁸ Vid. la crítica a esta posibilidad que realiza P. RODRÍGUEZ MATEOS (“Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, 1988, vol. XL, núm. 1, pp. 79-126, p. 113). Vid. también A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina...”, *loc. cit.*, pp. 86-104, esp. p. 90, donde detalla que, en la mayoría de los sistemas, aunque la excepción de interés nacional se formula como una regla de conflicto unilateral, se considera bilateralizable.

²⁹ En este sentido, vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, *loc. cit.*, p. 113. Vid. también A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina...”, *loc. cit.*, pp. 97-98; sobre los diferentes argumentos utilizados para negar la bilateralización de la excepción.

³⁰ Vid. sobre esta posibilidad A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina...”, *loc. cit.*, p. 89.

³¹ Art. 12 EGBGB.

³² Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, *DO* núm. L 266 de 9 de octubre de 1980.

³³ Art. 1.2.f) de Reglamento Roma I y art. 1.2.e) del Convenio de Roma de 1980. Vid. K. THORN, “Art. 13 Rom I-VO”, en TH. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR Kommentar. Kollisionsrecht*, München, Sellier, 2011, pp. 499-511, p. 504.

³⁴ Vid. E.A. FREDERICKS, *op. cit.*, p. 111.

³⁵ *Ibid.*, p. 114.

³⁶ *Ibid.*, p. 135.

³⁷ *Ibid.* p. 140.

³⁸ Así, por ejemplo, en el derecho italiano, donde la excepción del interés nacional se regula en el mismo precepto que la capacidad de obrar de las personas físicas (art. 23 de la Ley italiana de DIPr).

³⁹ Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Aranzadi, 7ª ed. 2023, p.

12. También encontramos limitaciones vinculadas a la naturaleza de los negocios o actos que puedan beneficiarse de la excepción o a su conexión con determinados ordenamientos. En lo que se refiere a lo primero, el art. 10.8 del CC, en su versión anterior al año 2021, se aplicaba tan solo a los contratos onerosos. Además, se excluían los relativos a inmuebles situados en el extranjero. En la redacción vigente, la referencia a la onerosidad del contrato ha desaparecido. Tampoco se ha conservado la exclusión de la excepción para los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero. Sin embargo, se ha añadido el requisito de que los contratantes hayan de encontrarse en España, lo que no figuraba en el tenor del precepto en la versión en vigor entre los años 1974 y 2021; donde tan solo se indicaba que el contrato tenía que haberse celebrado en España; lo que, en un contrato entre ausentes se presumirá que sucede si la oferta se emitió en España (art. 1262 del CC)⁴⁰; aunque sin descartar otras posibilidades⁴¹.

La exigencia de que los intervinientes se encuentren en el mismo estado para que opere la excepción también se encuentra en otros ordenamientos⁴² y también existen limitaciones vinculadas a la naturaleza del negocio. Por ejemplo, en Lituania se excluye el derecho de familia, sucesiones y derechos reales (en general)⁴³. En Rumanía operan las mismas excepciones⁴⁴. En Suiza se excluyen de la doctrina del interés nacional las cuestiones de familia, sucesiones, y derechos reales sobre bienes inmuebles⁴⁵. En Portugal también se excluyen las cuestiones de derecho de familia y sucesiones. En lo que se refiere a los derechos reales, tan solo quedan fuera de la excepción los contratos sobre derechos reales en relación con inmuebles situados fuera de Portugal⁴⁶. La regulación en Turquía es la misma: exclusión de derecho de familia, sucesiones y derechos reales sobre inmuebles situados en el extranjero⁴⁷. En Eslovenia, la excepción no cubre cuestiones de derecho de familia y de sucesiones⁴⁸. En definitiva, encontramos que hay ciertas materias (familia y sucesiones) en las que algunos derechos excluyen la posibilidad de que opere la excepción del interés nacional y en lo que se refiere a contratos sobre derechos reales pueden aparecer limitaciones, bien con carácter general, bien en relación solamente a los bienes inmuebles o, incluso, tan solo respecto a inmuebles situados en un país diferente del foro.

13. Finalmente, hemos de considerar la que es, quizás, la condición más significativa: aquella según la cual la excepción tan solo opera cuando el cocontratante del inicialmente incapaz desconocía y no le era exigible conocer la incapacidad derivada de la ley que, con carácter general, rige la capacidad. El requisito de la buena fe; esto es, la exigencia (o no) de buena fe en la otra persona interviniente en el acto o negocio divide a los diferentes ordenamientos en dos modelos. Aquellos que exigen esta buena fe se consideran de modelo francés; mientras que los que no requieren esta buena fe para que opere la doctrina del interés nacional se incluirían en el modelo denominado alemán⁴⁹. La inclusión (o no) de la buena fe como requisito para que opere la excepción tiene consecuencias relevantes no solamente en su aplicación, sino también en la identificación de su naturaleza jurídica⁵⁰; ya que en el caso de que no se exija el requisito de la buena fe, la figura se aproxima a una norma de conflicto materialmente

405, donde defiende extender la excepción a las personas jurídicas por *analogia iuris*, aunque no queda claro si la extensión ha de predicarse del art. 13 del Reglamento Roma I o del art. 10.8 del CC.

⁴⁰ Art. 1262.2 del CC.

⁴¹ Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 106-119; con un detallado análisis de la redacción del art. 1262 del CC anterior al año 2002 que sigue pudiendo proyectarse sobre la versión actual.

⁴² Así, en el derecho italiano, vid. E.A. FREDERICKS, *op. cit.*, p. 129 o el búlgaro (*ibid.* p. 113).

⁴³ *Ibid.*, p. 131.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 134.

⁴⁵ *Ibid.* p. 139.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 134.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 144.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 137.

⁴⁹ Vid. sobre la distinción A.-L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa...”, *loc. cit.*, pp. 124-125, con cita de I. GARCÍA VELASCO, *Concepción del Derecho internacional privado en el nuevo Código civil portugués*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1971.

⁵⁰ Vid. sobre esto I. GARCÍA VELASCO, *op. cit.*, pp. 27-31 y los matices al mismo en A.-L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa...”, *loc. cit.*, pp. 125-126.

orientada; mientras que si dicha buena fe se exige podríamos encontrarnos con una norma que operaría directamente sobre las consecuencias jurídicas de la incapacidad; pero sin alterar el derecho rector de la capacidad⁵¹, tal y como desarrollaremos mínimamente a continuación.

En el caso de los sistemas en los que la buena fe no se exige para que opere la excepción, tras la aplicación del derecho designado por la norma de conflicto genérica en materia de capacidad, habrá de determinarse si tal aplicación conduce a considerar al contratante como capaz o como incapaz. Si ocurre lo primero no habrá lugar ya a aplicar ninguna otra ley; si, por el contrario, resulta incapaz de acuerdo con dicho derecho, deberá examinarse si es capaz a partir de lo que establezca el derecho llamado por la excepción (el del lugar de celebración del contrato, en la mayoría de los supuestos). De acuerdo con esto, el funcionamiento de la excepción se acerca (si no se confunde) con el de una norma de conflicto materialmente orientada; tal y como se ha adelantado. Sin embargo, en los supuestos en los que la excepción no opera cuando quien interviene en la operación (habitualmente, el cocontratante) conoce o debería conocer la incapacidad resultante de la ley que rige con carácter general la capacidad; nos alejamos de una norma de conflicto materialmente orientada y, en realidad, también de la consideración de que sea el derecho del lugar de contratación (u otro que desempeñe una función equivalente) el que rige la capacidad. Más bien nos encontraríamos ante una situación en la que sigue siendo la ley que, con carácter general, se aplica a la capacidad (con frecuencia, la ley nacional) la que continúa rigiendo ésta; pero añadiéndose que la incapacidad que de ella pudiera derivarse no conducirá a la ineficacia del acto o negocio si se dan dos circunstancias cumulativas: por una parte, que tal incapacidad no exista desde la perspectiva del derecho llamado a corregir la regla general de capacidad y, por otra parte, que quienes intervienen en la operación no fueran conocedores de dicha incapacidad o no estuvieran obligados a conocerla. De esta forma, la excepción no supondría ningún cambio en la ley rectora de la capacidad, sino una matización a las consecuencias de ésta en la que la ley que se considera para la protección del tráfico (la del lugar de contratación en muchos casos; pero también, como hemos visto, en algunas circunstancias, la ley rectora del contrato o la ley del lugar en el que se realiza cierta acción como la firma en una letra de cambio o un cheque) opera como mera condición, sin que llegue realmente a convertirse en ley rectora de la capacidad⁵².

III. Regulación de la excepción

1. Reglamento Roma I

14. Tal y como se ha ido adelantando, la regulación actual de la excepción del interés nacional en Europa se encuentra profundamente condicionada por el Reglamento Roma I, que, como es sabido, la incluye en su art. 13, previéndose que en el caso de contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas capaces según la ley de ese país solamente podrán alegar una incapacidad resultante de otra ley si la otra parte conocía o debía conocer tal incapacidad. Como puede apreciarse, responde a lo que hemos denominado modelo francés de la excepción; pero antes de entrar en el detalle de la regulación es preciso considerar el contexto de la misma para entender no solamente el tenor del precepto, sino también la forma en que se articula con el DIPr de origen interno de los estados miembros de la UE.

El elemento clave de este contexto es la exclusión de las cuestiones de capacidad del ámbito de aplicación material del Reglamento⁵³. De esta forma, será el DIPr de origen interno del juez que esté co-

⁵¹ Vid. R. ARENAS GARCÍA, *loc. cit.*, p. 280.

⁵² Si fuera ley rectora de la capacidad no se entendería el requisito de la buena fe; pues se estaría exigiendo que el cocontratante tuviera en cuenta un derecho que, en realidad, no es el aplicable para la regulación de la capacidad. Vid. R. ARENAS GARCÍA, *op. cit.*, p. 281, n. núm. 750. I. GARCÍA VELASCO (*op. cit.*, p. 28) apunta correctamente -a mi juicio- hacia la consideración de que los sistemas que exigen buena fe para que opere la excepción optan por un acercamiento material; aunque también señala que eso implica un desplazamiento de la ley nacional por la ley del lugar de contratación como rectora de la capacidad (*ibid.*, pp. 27-28). Entiendo, sin embargo, que no se produce realmente un cambio en la ley rectora de la capacidad, sino una modificación de las consecuencias de su proyección sobre la validez del negocio.

⁵³ Art. 1.2 del Reglamento.

nociendo el que determine qué ley ha de regir la capacidad de los contratantes. El art. 13 del Reglamento solamente entrará una vez que haya quedado determinada la capacidad del contratante y únicamente para el supuesto de que de dicha determinación resulte la incapacidad del mismo, con los efectos que esta incapacidad tenga sobre la eficacia del contrato. Es por esto que en el art. 13 no se precisa cuál es la ley afectada por la excepción, pues dicha ley no está fijada por el Reglamento, sino que resultará de la aplicación del DIPr de origen interno del juez que esté conociendo.

15. De lo anterior resulta que, antes de entrar en lo que se deriva del art. 13 del Reglamento Roma I, será necesario aplicar el sistema de DIPr de origen interno del juez que esté conociendo, incluyendo lo relativo a los problemas de aplicación de la norma de conflicto (reenvío, por ejemplo) y, a mi juicio, también lo relativo a la excepción del interés nacional. Si, tras la aplicación del sistema de DIPr de origen interno, el resultado es algún tipo de ineficacia del acto o negocio jurídico como consecuencia de la incapacidad del interviniente; deberemos examinar lo que se deriva del art. 13 del Reglamento Roma I.

No ha sido esta la interpretación que se ha seguido siempre en relación a la articulación del art. 13 con el sistema de DIPr autónomo de los estados; sino que se ha defendido que, en relación a las personas físicas, la regulación de la excepción de interés nacional del Reglamento Roma I desplaza a la de origen interno⁵⁴; pudiendo ésta operar tan solo en los casos no cubiertos por el art. 13 del Reglamento; esto es, la falta de capacidad de las personas jurídicas; pues, como hemos visto, la excepción en el Reglamento no alcanza a éstas. La consecuencia es que; pese a que, según la versión del art. 10.8 del CC anterior a la reforma de 2021, no era exigible la buena fe para que operara la excepción respecto a las personas naturales, en caso de faltar esta buena fe en el cocontratante se seguía considerando la incapacidad. Como digo, creo que esta interpretación no era la más correcta; pero, en cualquier caso, ahora, como veremos, ya no tiene relevancia, puesto que, en la actualidad, el tenor del art. 10.8 del CC sigue el del art. 13 del Reglamento Roma I.

16. Las condiciones para que opere la doctrina del interés nacional según este precepto son que el contratante beneficiado por la excepción sea una persona física, que el contrato se celebre entre personas situadas en el mismo país y que exista buena fe en el cocontratante. En lo que se refiere a la situación de los contratantes, hay que subrayar que el art. 13 no exige que el contrato sea entre presentes; sino que basta con que ambos contratantes se encuentren en el mismo país; lo que nos obliga a examinar cómo operará la excepción en supuestos de contratación entre ausentes. Dado que en este caso existen distintos momentos determinantes para la conclusión del contrato⁵⁵, debería exigirse, para que opere la excepción, que en todos ellos los contratantes se hallen en el mismo país; pues de otra forma surgiría la duda sobre el lugar de celebración del contrato que, seguramente, es lo que pretende evitar el art. 13 del Reglamento mediante la exigencia de que los contratantes se encuentren en el mismo país. Si uno de ellos es una persona jurídica, la exigencia de presencia en el país debería proyectarse sobre el representante de la persona jurídica, planteándose la duda de qué sucedería en los casos en los que la persona física actúa también a través de un representante. Del tenor de la norma, parece resultar que lo que deberá tenerse en cuenta es la capacidad del contratante, no de su representante.

En lo que se refiere a la buena fe en el otro contratante, es importante fijar el momento en el que debe darse el conocimiento de la incapacidad o la exigencia de dicho conocimiento. El art. 13 del Reglamento Roma I fija como tal momento el de la celebración del contrato. Cuando el intercambio de consentimientos no sea simultáneo, deberá ser el derecho que rija el fondo del contrato el que determine cuál es el momento en el que éste se ha concluido.

⁵⁴ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 12ª ed. 2022, p. 699.

⁵⁵ Emisión de la oferta, recepción de la oferta, emisión de la aceptación, recepción de la aceptación. Vid. A. LARA AGUADO, "La oferta y la aceptación contractuales", en S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2009, pp. 23-92.

2. DIPr español de origen interno

17. Con anterioridad a la reforma de 2021, tal y como se ha avanzado, el art. 10.8 del CC se apartaba significativamente del art. 13 del Reglamento Roma I: no se limitaba a la incapacidad de personas físicas, no exigía que el contrato fuese entre presentes (bastaba que se hubiera celebrado en España), operaba incluso aunque no hubiera buena fe en el otro contratante y no incluía los supuestos de contratos relativos a inmuebles situados fuera de España. Como puede apreciarse, el ámbito de la excepción prevista en el DIPr de origen interno español era significativamente mayor que lo recogido en el art. 13 del Reglamento Roma; al menos si admitíamos la bilateralización del art. 10.8 del CC. A partir de esta bilateralización, tan solo en los casos en los que nos encontráramos con un contrato relativo a un inmueble situado fuera del estado donde se hubiera celebrado el contrato sería posible que el art. 13 del Reglamento Roma I ampliase la capacidad que se derivaría del art. 10.8 del CC.

Tal y como veremos inmediatamente, la reforma de 2021 alteró significativamente la situación, pues al copiar la regulación del Reglamento Roma I convirtió en residual la virtualidad de la norma del DIPr autónomo español.

18. El actual art. 10.8 del CC sigue la dicción del art. 13 del Reglamento europeo y así se refiere a la discapacidad (que no incapacidad, como veremos enseguida) que resulte de “otra” ley que no sea la española. La referencia a otra ley sigue, seguramente, lo previsto en el art. 13 del Reglamento Roma I, donde, como veíamos, la indeterminación en el derecho afectado por la excepción de interés nacional era obligada por no regular ese extremo el Reglamento europeo más allá de la propia excepción de interés nacional. En el caso del DIPr de origen interno, sí que existe una regulación de la capacidad; pero en la actualidad esa regulación es doble en el caso del DIPr español, ya que, por un lado, el art. 9.1 del CC remite a la ley nacional la regulación de la capacidad y, por otro lado, el art. 9.6 del CC establece que será la ley de la residencia habitual de la persona la aplicable a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Dado que el art. 10.8 se refiere a la discapacidad debemos determinar si la ley a la que se refiere es a la nacional (*ex* art. 9.1 del CC) o a la ley de la residencia habitual (a partir de lo establecido en el art. 9.6 del CC). Así pues, aunque quizás no haya sido intencionado, sí que puede tener cierto sentido la indeterminación en la ley rectora de la capacidad que se encuentra en el art. 10.8 del CC.

El que el precepto se refiera a “discapacidad” y no a “incapacidad” podría plantear algún problema. Así, la menor edad no parece que pueda ser reconducida a un problema de discapacidad; por lo que cabría dudar de si el supuesto original y típico de utilización de la excepción de interés nacional está cubierto o excluido del art. 10.8 del CC. Entendemos que lo más adecuado es interpretar que con la referencia a “discapacidad”, el legislador pretendía cubrir también los supuestos de incapacidad, por lo que podría seguir aplicándose en relación a personas que son menores de edad según su ley nacional, pero mayores de acuerdo con la ley española.

Aparte de lo anterior, ha de destacarse también que con la redacción actual ya no es posible utilizar la excepción del interés nacional respecto a personas jurídicas. La exclusión de éstas no ha sido justificada, sin que sea posible hacerlo sobre la base del art. 13 del Reglamento Roma I porque, como hemos visto, en éste puede explicarse sobre la base de que el ámbito de aplicación material del Reglamento no alcanza a las cuestiones de derecho de sociedades.

19. Tal y como se ha adelantado, la utilización, en el art. 10.8 del CC, del término “discapacidad” en vez de “incapacidad” plantea también alguna dificultad. La discapacidad es una situación de hecho, por lo que no puede determinarse a la luz de ninguna ley; lo que puede hacer la ley es prever que una persona que padece algún tipo de discapacidad vea limitada de alguna forma su capacidad de actuar, exigiéndose, para que los actos que realice sean plenamente eficaces, lo que el derecho español denomina “medida de apoyo”⁵⁶. Dado que estas medidas de apoyo, según el art. 9.6 del CC, se rigen por la ley de la residencia habitual de la persona, sería preciso consultar ésta para determinar si existen estas limitaciones, de existir, podrían ser alegadas en caso de que el cocontratante las conociese. En caso de

⁵⁶ *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pp. 523-524.

que no fuera así, esto es, que el cocontratante ignorase que se han dictado medidas de apoyo de la capacidad del cocontratante; la eficacia del contrato no se vería afectada por la no atención a las mismas; a salvo de que también estuviesen previstas en el derecho español.

Dada la configuración actual de la discapacidad en nuestro derecho, en el que se parte de que los supuestos de discapacidad no implican más que la utilización de medidas de apoyo para la misma cuando sea preciso⁵⁷; en la ausencia de una decisión sobre tales medidas deberá presumirse la capacidad; sin que pueda desplegar efectos ninguna limitación prevista en un derecho extranjero que no pase por la adopción de alguna medida de protección (apoyo) por parte de una autoridad competente. Ahora bien, existiendo esta medida se puede plantear la duda de si tal medida no debería ser eficaz en España al margen de las previsiones del art. 10.8 del CC; en tanto se trate de una decisión judicial contenciosa o de jurisdicción voluntaria o una medida administrativa, notarial o de otro tipo que pueda desplegar efectos en nuestro país de acuerdo con el régimen que le sea aplicable. De ser así, incluso existiendo buena fe por parte del cocontratante podría cuestionarse la eficacia del contrato, a salvo de que entendiéramos que el art. 10.8 del CC, en su redacción actual, es también una norma relativa a la eficacia en España de las medidas de protección adoptadas en el extranjero respecto a personas que contratan en España.

IV. Conclusión

20. La excepción del interés nacional sigue siendo una figura recogida en la normativa de DIPr, tanto de origen interno como internacional. La reciente reforma del art. 10.8 del CC, pese a que alinea el DIPr español de origen interno con el Reglamento Roma I plantea problemas de interpretación debido, fundamentalmente, al cambio del tradicional binomio capacidad/incapacidad por la referencia a la discapacidad. Además de esto, plantea dudas la limitación de la figura a las personas físicas. Finalmente, sería necesario considerar el problema al que se refiere la doctrina del interés nacional no solamente desde la perspectiva del derecho aplicable, sino también de la eficacia extraterritorial de decisiones.

⁵⁷ Vid. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Artículo 549”, en *id.* (dir.), *op. cit.*, pp. 511-527, pp. 513-517.