

B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

Selección y coordinación a cargo de
Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL: 1. Competencia judicial internacional. 2. Proceso con elemento extranjero. 3. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales. 4. Reconocimiento de decisiones de tribunales eclesiásticos.–II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL: 1. Protección de menores. 2. Matrimonio. 3. Documentos extranjeros. 4. Inscripción de donación.

I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

1. *Competencia judicial internacional*

2008-1-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–Calificación a efectos de determinar la competencia judicial internacional: contrato de distribución o contrato de compraventa. Ley aplicable al contrato de distribución.

Preceptos aplicados: artículos 5, 23 Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968; 22.3 LOPJ; 3.1 CC; 58, 63.1, 217.6, 218.2, 304, 307, 309, 394, 398, 400, 460, 465.4 LEC; 325 CCom; 10 Reg. (CE) núm. 1348/2000.

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2007-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en el año 2007 y 2008. Colaboran en la presente crónica, Paloma Abarca Junco, Santiago Álvarez González, Rafael Arenas García, Laura Carballo Piñeiro, Ángel Espiniella Menéndez Gloria Esteban de la Rosa, Katia Fach Gómez, Sandra García Cano, Miguel Gómez Jene, Cristina González Beilfuss, Mónica Guzmán Zapater, Pilar Jiménez Blanco, Juan Simón Mulero García, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Paula Paradela Areán, Ana Quiñones Escámez, y Marta Requejo Isidro, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Barcelona, Córdoba, Jaén, Oviedo, Pompeu Fabra, Santiago de Compostela, UNED, Vigo y Zaragoza.

[...] El motivo debe ser desestimado, ya que el demandado ha venido pretendiendo a lo largo del procedimiento que la competencia se examine bajo el prisma de lo que se entiende es la auténtica naturaleza del contrato que ligó a las partes, y no sobre la base del análisis de cuáles son las acciones y pretensiones formuladas por el actor. Es palmario que cuestiones procesales como la adecuación de procedimiento y la competencia, entre otras, han de ser examinadas, no sobre la base de lo que en definitiva acontezca y se resuelva en el proceso, sino sobre la base de lo manifestado por el actor en su demanda, ya que no se trata de determinar de antemano cuál es la naturaleza del contrato al objeto de determinar la competencia, precisamente para eso se sigue un proceso, si no de determinar cuáles son las acciones entabladas por el actor, y sobre tal base –y con independencia de lo que se resuelva una vez tramitado el procedimiento– determinar qué juzgado es competente para conocer de ellas y resolver las cuestiones así planteadas. [...]

[Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 62/2007 (Sección 12.ª), de 31 de enero. Ponente: Ilma. Sra. doña Mónica de Anta Díaz].

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2007\1036.

Nota: 1. La determinación de la competencia judicial internacional depende de lo que pida el demandante y, sin embargo, la alegación por parte del demandado de inexistencia o nulidad del contrato ha bastado para introducir un problema de calificación, que ha llegado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE). La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 31 de enero de 2007, no se hace eco de dicha sentencia, en realidad muestra la habitual ignorancia por los problemas de DIPr que suele mostrar nuestra jurisprudencia, aunque resuelve acertadamente el misterio que tanto ha dado que hablar. En el caso no se cuestiona la existencia de un contrato, pero sí el tipo contractual sobre el que se discute (lo que viene a ser lo mismo, ya que acaba negando la existencia del contrato en el que la demandante funda su pretensión): *Sesostris, S. A.*, sociedad española, demanda a *Feedimpex BV*, sociedad holandesa, por resolución unilateral y con un preaviso de 48 horas, del contrato de distribución, de carácter verbal, vigente entre ambas desde el año 1992 hasta el año 2000. La sociedad holandesa plantea declinatoria de jurisdicción internacional, que es rechazada en primera instancia, y se opone a lo pretendido, ya que entiende que nunca ha habido contrato de distribución entre ambas sociedades y sólo una sucesión de contratos de compraventa, sin que pueda identificarse pacto de exclusiva o de no competencia que impidiese a las empresas seguir contratando con competidores. En apelación, la demandada vuelve a plantear la incompetencia de los tribunales españoles, insistiendo esta vez en que se trata de una compraventa y que, por tanto, la competencia ha de determinarse de acuerdo con este tipo contractual y no el de distribución. Ello nos permite volver sobre el problema planteado ante el TJCE y elogiar lo acertado del tratamiento que se da a la cuestión en la sentencia comentada (2). Menos de elogiar es el casi inexistente análisis de DIPr que se aprecia en la decisión: la cuestión se solventa en sede de competencia judicial internacional con un cúmulo de normas, en las que se mezcla tanto el foro contractual como la sumisión expresa (3), en tanto que en sede de ley aplicable se hace completa abstracción del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR), para abordar directamente el problema jurídico en Derecho español (4).

2. La sede de la demandada en Breda (Países Bajos) autoriza a cuestionarnos si estamos ante «materia contractual», en los términos del artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (CB): según se desprende de los antecedentes de hecho, la demanda fue presentada en el año 2001, lo cual nos lleva a la interpretación realizada por el TJCE en su sentencia de 4 de marzo de 1982 (As. 38/81, *Rec.* pp. 825-840), *Effer c. Kantner*, donde analizaba si la pretensión de inexistencia o nulidad del contrato también entra dentro del concepto referido. En este caso la demandada no niega la existencia de un contrato con la demandante,

pero sí el tipo contractual, pretendiendo fundar la competencia judicial internacional con arreglo al que ella entiende existente; un comportamiento que conduce a una situación parecida a la del caso *Effer c. Kantner*, donde la excepción de incompetencia del demandado fundada en la inexistencia de, ahora hay que matizar, *determinado* tipo contractual puede conllevar la sus-tracción de la cuestión al tribunal requerido por el demandante. Alertado de este peligro, el TJCE incluye en el concepto citado la discusión sobre la existencia de (determinado) contrato, aunque con cierta ambigüedad, ya que admite que el tribunal requerido puede examinar los elementos constitutivos del contrato a efectos de decidir sobre su competencia. Ello da pie a una controversia, en la que, de una parte, se defiende que, si examinados dichos elementos, resulta inexistente el contrato, entonces ha de declararse incompetente, mientras que de otra parte, se defiende que no cabe tal examen. La sentencia aquí comentada resuelve con autoridad, al limitarse a recordar que el objeto procesal lo introduce el demandante y, por tanto, es sobre sus afirmaciones sobre las que ha de determinarse la competencia judicial internacional. Como ya he tenido oportunidad de señalar (vide CARBALLO PIÑEIRO, L., *REDI-2002-3-Pr.*, pp. 374-375), más que un problema de calificación, lo que está en juego es el derecho de acción: con independencia de que se concluya que no existe el tal contrato de distribución, la competencia judicial internacional ha decidirse sobre lo pretendido por el demandante, indemnización por resolución unilateral del contrato de distribución.

3. Aunque el tratamiento de la competencia judicial internacional de acuerdo con lo alegado por el demandante es apropiado, la motivación de la decisión transcurre por el Derecho procesal y material español, sin incursiones en el DIPr, a salvo una confusa y genérica referencia a los artículos 5 y 23 CB, conjuntamente con el artículo 22.3 LOPJ. Ello no impide aprovechar el supuesto, para examinar la inclusión del contrato de distribución, bien en la letra *a*), bien en la letra *b*) del vigente artículo 5.1 Reg. 44/2001, para decidir si la distribución de productos de otra sociedad encaja en la compraventa de mercaderías o en la prestación de servicios. Ya existen pronunciamientos que tienden a su calificación como «prestación de servicios» [vide DURÁN AYAGO, A., «Contratos internacionales de distribución», *Curso de contratación internacional* (CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Dir.), 2.ª ed., Madrid, 2006, pp. 413-440, p. 434; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, 2.ª ed., Navarra, 2007, p. 154], si bien el carácter complejo de este contrato hacen dudar de este encaje. El hecho mismo de caracterizarlo como «prestación de servicios», cuando normalmente va acompañado del suministro de bienes entre concedente y distribuidor, revela dicho carácter complejo, en el que la distribuidora actúa por cuenta propia, comprometiéndose a ofrecer otros servicios como la reparación post-venta [vide MIGUEL ASENSIO, P. A. DE, «Contratos de colaboración», *Derecho del comercio internacional* (con FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y ARENAS GARCÍA, R.), Madrid, 2007, pp. 501-560, pp. 508-512], lo que hace difícil ese encaje en el artículo 5.1.b). Ahora bien, los problemas que ocasiona la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda aconsejan una interpretación amplia, optando así por la prestación característica y el artículo 5.1.b).

4. La ley aplicable al contrato de distribución en defecto de elección es objeto de distintas aproximaciones: de un lado, la jurisprudencia francesa defiende al fabricante (vide *Cour Cass.* francesa, 15 de mayo de 2001), haciendo prevalecer en la distribución el suministro de bienes; de otro lado, se defiende al distribuidor, en tanto que parte débil, tal y como acontece en la sentencia aquí comentada, donde se aplica la ley de su sede, la española [también la jurisprudencia alemana: HÄUSLSCHMID, V., «Vertriebshändlervertrag», *Internationales Vertragsrecht* (REITHMANN, CH. y MARTINY, D., Eds.), 6.ª ed., Colonia, 2006, pp. 1481-1483]. Esta es la solución del artículo 4.1.f) del Reg. 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma I. Sin embargo, esta solución rígida ha sido criticada, en tanto que la otra parte suele ostentar la propiedad intelectual o industrial sobre el objeto de distribución y es también digna de protección. Para combinar ambas protecciones, se propone hacer prevalecer la conexión «vínculos

más estrechos» y, en su caso, otorgar preferencia al titular de la propiedad inmaterial (vide *Proposal of the Max Planck Institut for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations and Comments*, en www.mpipriv.de). Esta última posición es la más coherente con la atipicidad del contrato, entregando a la jurisprudencia la valoración *in casu* de las relaciones entre las partes (vide GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución en exclusiva*, Valencia, 2006, pp. 109-346).

Esta incertidumbre *a priori* nos lleva de nuevo al encaje de este contrato en el artículo 5.1.b) Reg. 44/2001, donde también se ha de proyectar esta ausencia de consenso: de acuerdo con la postura defendida por la doctrina francesa, habría de acudir al lugar de entrega de las mercaderías (dentro de la esfera de control del fabricante); de acuerdo con la segunda, la seguida por la jurisprudencia española, la balanza parece inclinarse a favor del distribuidor. El Reg. Roma I tendrá influencia en la solución de este dilema, pero en sede de competencia y para no complicar su control, debiera darse una solución rígida, solución en la que parece va a predominar la figura del distribuidor.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

2008-2-Pr

LITISPENDENCIA INTERNACIONAL.—Régimen autónomo: LEC 1881. Admisibilidad. Condiciones de estimación de la excepción. Elección de foro. Responsabilidad contractual por incumplimiento de la cláusula de elección de foro. Estimación. Condena al pago de gastos ocasionados.

Preceptos aplicados: arts. 56, 533.5, 1692 LEC 1881; 1252 CC; 11.3 LOPJ

«Si bien la simple pendencia de proceso extranjero no puede producir efectos, y menos suspensivos, en el ámbito nacional y si los ocasiona una vez dictada resolución firme mediante el procedimiento del «exequátur»... [...]»

En consecuencia, y de principio, cabía proponer la litispendencia y al Tribunal español le asistía jurisdicción para considerar la excepción de referencia, siendo cuestión distinta la de si puede resultar eficaz o no, dadas las vicisitudes que tuvieron lugar a lo largo del proceso y que se resolverá.[...]

La declaración de competencia no implica que haya de resolverse inevitablemente la cuestión discutida, cuando concurre una excepción, como en este caso la de litispendencia [...]

Las posturas enfrentadas de los litigantes aparecen perfectamente determinadas, por una parte se promovió la validez de los acuerdos y por la contraria su ineficacia, por lo que la resolución que se dictase en el pleito extranjero pendiente, de resultar estimatoria, y debidamente homologada, indudablemente ocasionaría cosa juzgada en el presente proceso, y determinaría la desestimación de la demanda, ya que la litispendencia y cosa juzgada están en relación, y ésta justifica a aquella a efectos de evitar sentencias dispares o contradictorias, y aquí sucede que el juicio extranjero precedente prejuzga e interfiere el actual (posterior), al presentarse como interdependientes los respectivos suplicados en ambos litigios [...]

Siguiendo el discurso casacional no puede omitirse, y ha de ser objeto de consideración y estudio, el hecho ocurrido durante la tramitación del pleito y es que el Tribunal de Nueva York resolvió el juicio que ante el mismo pendía, pronunciando sentencia, que resultó firme, el 21 de noviembre de 1996, decretando la desestimación de la demanda, al rechazar en su totalidad la acción ejercitada, con expresa imposición en costas. De este modo ninguna sentencia había de

ejecutarse en España ya que los contratos permanecen válidos, por lo que no entraría en juego la cosa juzgada material.

No se acepta el argumento del Tribunal de Apelación que declare la supervivencia de litispendencia, para lo que computó la fecha de la presentación de la demanda, en cuyo tiempo efectivamente persistía. Ahora bien, como declara la sentencia de 10 de julio de 2000, la excepción de litispendencia pierde interés, y deja de cumplir su finalidad institucional preventiva y de tutela de la cosa juzgada, al haberse resuelto el pleito anterior pendiente y sobre todo con resultado desestimatorio, como aquí ocurre. [...]

[STS. (Civil) de 23 de febrero de 2007. Ponente: Excmo Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil].

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2007\2118.

Nota: 1. Una de las carencias que prontamente se denunciaron en relación con la LEC 2000 fue y es el poco interés que la nueva normativa presta al proceso con elemento extranjero. El anuncio de una ley de cooperación jurídica internacional que se sigue esperando pudo tener algo que ver; la coartada, sin embargo, no vale ocho años después. Lo cierto es que en algunos aspectos de indudable interés como el relativo al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras seguimos con la regulación decimonónica de la LEC 1881 y en otros, como el de la litispendencia internacional, con el mismo silencio legislativo que nos aquejó todo el siglo pasado.

La Sentencia del TS que motiva la presente nota, posee un interés singular, pues no abundan pronunciamientos de la alta magistratura sobre la litispendencia internacional y, lo que es más notable, porque en su no siempre clara argumentación jurídica parece admitir implícitamente la operatividad de la excepción de litispendencia *internacional*. Al menos, no recurre de forma contundente a los tradicionales tópicos de la necesidad de tratado internacional y reconocibilidad de la sentencia extranjera. Y digo de forma contundente porque tales tópicos se encuentran presentes en el primero de los Fundamentos de Derecho, para desaparecer del resto de la fundamentación orientada hacia otros derroteros. Que el razonamiento se proyecte sobre la anterior LEC de 1881 no hace decaer el interés, ante el silencio denunciado de aquella y de la actual. Además, la sentencia, posiblemente sin reparar en la singularidad del supuesto, condena a una parte al pago de una cantidad por los daños causados a la otra como consecuencia de haber incumplido las obligaciones inherentes a un pacto de elección de foro; es decir, por haber planteado la demanda ante un tribunal distinto del elegido.

2. Los hechos, sucintamente descritos, atestiguan la presencia de una demanda ante un Juzgado de Madrid sobre incumplimiento de contrato y reclamación de cantidad planteada por diversas entidades (tres, en concreto, dos domiciliadas fuera de España) contra una sociedad domiciliada en España; esta última contestó solicitando, entre otros extremos que no interesan a esta nota, que se admitiese la excepción de litispendencia, al estar pendiente un pleito ante los tribunales de Nueva York entre ella, como demandante, y dos de las demandantes en España, en calidad de demandadas. La excepción fue estimada en primera y segunda instancia. Es relevante (aunque no lo fue para el razonamiento sobre la litispendencia) que en el contrato discutido existía una cláusula de sometimiento a los tribunales de Madrid, cuyo incumplimiento es, precisamente, objeto principal de la demanda, motivo de la reclamación de condena de cantidad y causa de que la demandada haya sido efectivamente condenada.

3. El TS se enfrenta directamente al primer motivo de casación, en el que se denuncia la incorrecta aplicación del artículo 533,5.º LEC 1881 por la primera y segunda instancias, al no haber observado «la jurisprudencia reflejada en las Sentencias de 31 de enero de 1921, 19 de junio de 1990 y concordantes». Como he señalado, la respuesta del TS a tal motivo parece ir en la dirección tradicional al aludir a la necesidad de tratado internacional y los efectos de la sentencia extranjera «una vez dictada resolución firme en el procedimiento de exequátur...». Sin

embargo los razonamientos siguientes parecen desmentir tal posición. Adelanto ya que esta conclusión no es clara, pues la sentencia no es un dechado de coherencia argumental; ni siquiera puede colegirse una correspondencia entre los hechos y los fundamentos de Derecho: por ejemplo, se hace alusión a una correcta diferencia entre cuestión de competencia por declinatoria y excepción de litispendencia, cuando la descripción de la contestación a la demanda sólo hace alusión a la segunda y en ningún momento se alude a la impugnación de la competencia (algo que sí aparece en los Fundamentos de Derecho).

En todo caso, lo más interesante es que el TS no deriva directamente la inadmisión de la litispendencia internacional de los obstáculos clásicos. Es más, también desde el primer momento señala que «cabría proponer la litispendencia y al Tribunal español le asistía la jurisdicción para considerar la excepción de referencia, siendo cuestión distinta la de si puede resultar eficaz o no, dadas las vicisitudes que tuvieron lugar a lo largo del proceso y que se resolverá» (*sic*). El TS parte de la posibilidad de plantear y estudiar la excepción de la litispendencia internacional a la luz de las peculiaridades de cada caso.

4. En el presente se desestima. Mas no por no existir tratado con los Estados Unidos de Norteamérica o por no resultar reconocible la sentencia extranjera que se dictó pendiente las instancias judiciales en España. El TS asume que un pleito en el extranjero sobre solicitud de nulidad de un contrato y uno nacional sobre incumplimiento del mismo (supuesto enjuiciado) pueden estarse condicionando mutuamente: de estimarse el primero «ocasionaría cosa juzgada en el presente proceso» (en el segundo) dice el TS. A estas alturas del razonamiento (FD Segundo) el TS aún se está moviendo en el plano de litigios pendientes y ha afirmado sin paliativos la vinculación e interrelación entre ambos «...ya que la litispendencia y la cosa juzgada están en relación, y está justificada a aquella a efectos de evitar sentencias dispares o contradictorias, y aquí sucede que el juicio extranjero precedente prejuzga e interfiere el actual (posterior). Mas de inmediato tirando del mismo argumento (eficacia potencial del primer proceso sobre el segundo) introduce el hecho relevante de que el pleito extranjero ha terminado con *sentencia desestimatoria*: la solicitud de nulidad del contrato por vicios ocultos ha sido desestimada por el Tribunal de Nueva York. Para el TS este hecho relevante hace que la excepción de litispendencia decaiga: los contratos permanecen válidos –dice– por lo que «no entraría en juego la cosa juzgada material». El argumento lo acompaña de cita de sentencias en asuntos internos en los que el propio TS falló con base en una concepción finalística o funcional de la litispendencia, por encima de formalismos: «...finalidad institucional preventiva y de tutela de la cosa juzgada» que desaparece cuando uno de los procesos concluye con efectos de cosa juzgada sobre el pendiente o (como es el caso presente) cuando lo libera de dicha posibilidad.

5. Este razonamiento de la litispendencia en clave interna, en clave funcional y con resultado de desestimación de la excepción, hace que se pueda dudar legítimamente de la conciencia del TS sobre la peculiar problemática de la litispendencia internacional; el hecho de ubicarse el problema en la anterior regulación también nos hurta la posibilidad de extraer consecuencias para el futuro sobre las vías procesales adecuadas y, sobre todo, las consecuencias de su admisión: ¿*quid* de estar efectivamente pendiente el proceso neoyorquino? ¿*quid* de haber resultado estimatoria la sentencia del Tribunal de Nueva York? ¿recuperaría relevancia la reconocibilidad de la misma? ¿y la cláusula de sometimiento a los tribunales de Madrid? Nos encontramos pues ante una sentencia que suma elementos interesantes en el debate sobre la admisibilidad y, sobre todo, condiciones y límites, de la litispendencia internacional (Vide, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4.^a ed., Madrid, 2007, pp. 99-102 y VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., Navarra, 2007, pp. 376-378).

6. Y nos encontramos con una sentencia que, también a mi juicio de manera poco consciente o, visto desde un punto de vista positivo, natural, nos dice que la naturaleza contractual de la cláusula de elección de foro tiene consecuencias económicas cuando se incumple; incum-

plimiento por el que la parte incumplidora puede ser perseguida y condenada a indemnizar de los gastos judiciales ocasionados a la contraparte, a quien se obligó a defenderse ante tribunales distintos de los elegidos. Y son los propios tribunales elegidos (en este caso, los de Madrid) los competentes para conocer de esta acción contractual por incumplimiento del acuerdo de elección de foro (Vide VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J., *op. cit.*, p. 301).

Dos interesantes temas por el precio de uno, que lamentablemente no han contado con la suficiente atención por parte del TS para poder alimentar suculentamente el debate.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

2008-3-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reg. 2201/2003.—Demanda de divorcio interpuesta por nacional marroquí contra otro nacional del mismo Estado por matrimonio contraído en Marruecos.—Competencia de los Tribunales españoles en base a los fueros previstos en el Reg. 2201/2003: sí.

Preceptos aplicados: artículos 21 y 22.3 LOPJ; artículo 36 LEC 2000; y, artículo 3 Reg. 2201/2003.

Siendo esto así, es evidente que el Reg. (...) 2201/2003 (...), establece una norma de obligado cumplimiento por encima de la propia LOPJ cuya vigencia se produce a salvo de lo que dispongan tratados o acuerdos internacionales. En dicho Reglamento, en su artículo 3.1.a) se establece expresamente que en los asuntos, entre otros, relativos al divorcio, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda. No recoge el citado precepto ninguna limitación, ni restricción en la aplicación de esta norma, ni por tanto condiciona su aplicación al hecho de que los litigantes deban ser ambos nacionales de algún estado miembro de la Unión Europea, pues de la lectura del referido precepto se deduce la exclusiva exigencia de un vínculo real en el demandante, que es el que viene dado por el lugar de la residencia (...).

[Auto de la AP de Valladolid núm. 82/2007, de 10 de abril. Vide, además, Auto de la AP de Barcelona núm. 27/2008, de 28 de enero]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2007\262864 y JUR 2008\105864, respectivamente.

Nota: 1. El Auto objeto de comentario constituye un reflejo más de las dudas que asaltan a jueces y magistrados en relación a la aplicación del Reg. CE 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (sobre este instrumento, RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España», AEDIPr, t. IV, 2004, pp. 261-285).

En efecto, son varias ya las resoluciones judiciales en las que nuestros jueces han tenido que pronunciarse sobre diversas cuestiones relativas a la aplicación de este instrumento: las relativas a la inscripción de las resoluciones de divorcio en el R. Civil o las referentes al ámbito de aplicación temporal del mismo (sobre estas cuestiones, véase las Resoluciones de la DGRN de 4 de mayo de 2002, de 28 de noviembre de 2002 y de 6 de mayo de 2005). En sentido similar, la concreción del modo de operar de los fueros originó en su momento una serie de dudas que han sido definitivamente despejadas en el sentido entonces defendido (ABARCA JUNCO, A. P., «El Convenio Europeo sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia

matrimonial», en *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 271-296) por el Tribunal de Justicia en su reciente sentencia de 29 de noviembre de 2007 (Asunto C-68/07).

2. La concreción del ámbito de aplicación *personal* del Reglamento en lo que a la competencia judicial internacional se refiere constituye otro aspecto polémico de este instrumento; aspecto que, como tal, ha suscitado disparidad de interpretaciones entre nuestros tribunales. La primera resolución que comentamos (Auto de la AP de Valladolid de 10 de abril de 2007) incide sobre este problema.

Es bien sabido que el Reg. 2201/2003 mantiene como presupuesto de aplicación en el ámbito del *reconocimiento* el mismo presupuesto que el Reg. 44/2001 (a saber, que la Resolución controvertida haya sido dictada por los tribunales de un Estado miembro). Sin embargo, no sucede lo mismo con el presupuesto de aplicación personal del Reglamento en materia de *competencia judicial internacional*.

3. En este punto, es sabido también que el presupuesto de aplicación del Reg. 44/2001 es el domicilio del demandado en la Comunidad (con las excepciones conocidas: fueros exclusivos, prórroga de competencia), mientras que el Reg. 2201/2003, al contrario de lo que en un principio se sostuvo, no contiene presupuesto de aplicación alguno en este punto: no es necesario ni la nacionalidad ni la residencia habitual del demandado en la Comunidad (*in extenso*, GÓMEZ JENE, M., «El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad», *Diario La Ley*, 1 de julio de 2001).

Así, para que los fueros de competencia previstos en el Reg. 2201/2003 sean de aplicación, basta con que el supuesto tenga *repercusión transfronteriza* –según el artículo 65 TCE– y que el mismo se encuentre previsto en alguno de los fueros de competencia de su artículo 3 (antiguo art. 2 del Reg. 1347). En principio, dándose cumulativamente ambos presupuestos, los fueros de competencia judicial internacional del instrumento comunitario son de aplicación.

4. Aun la aparente sencillez de ambos presupuestos, el Auto comentado no profundiza en una cuestión que resulta trascendental a los efectos de la aplicación de la norma controvertida: el alcance de lo que debe entenderse por *repercusión transfronteriza*. Y es que, si por tal entendemos únicamente la estricta repercusión *intracomunitaria*, el Reg. 2201/2003 no debería, en principio, ser aplicado al supuesto de hecho (dos marroquíes con residencia habitual en España). Si por el contrario, la repercusión transfronteriza en cuestión abarca también la repercusión *internacional*, el Reglamento sí sería aplicable al supuesto.

Prueba de la relevancia de esta distinción a los efectos de la aplicación del Reglamento comunitario en materia matrimonial lo constituye nuestra misma jurisprudencia, pues son varias las resoluciones judiciales que ante supuestos muy similares al supuesto de hecho que da origen al Auto de la AP de Valladolid, llegan a soluciones contradictorias sobre la aplicación del Reglamento.

Así, por ejemplo, cabe citar las sentencias de la AP de Murcia de 12 de mayo de 2003 y de la AP de Málaga de 10 de febrero de 2005 (AC 2003\1676 y JUR 2005\139773, respectivamente). Ambas resuelven sobre supuestos de hecho muy similares (nacionales marroquíes con residencia habitual en España) y ambas resuelven la cuestión de forma diferente. Para una de ellas (SAP de Málaga), la nacionalidad marroquí de las partes hace imposible la aplicación del Reglamento; para otra (SAP de Murcia) es el criterio de la residencia habitual (a través de un fuero de competencia recogido en el artículo 3) lo que posibilita la aplicación del mismo.

5. El Auto de la AP de Valladolid que comentamos acoge esta última interpretación al estimar el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia (JPI) que consideraba la falta de *competencia judicial internacional* de los Tribunales españoles para conocer de un divorcio entre dos ciudadanos marroquíes con residencia habitual en España. En palabras del Auto del JPI, el Reg. 2201/2003 «se refiere exclusivamente a fueros competenciales entre países miembros de la Unión Europea». Para la Audiencia, por el contra-

rio, el hecho de que el demandante llevara un año de residencia en España convertía el supuesto, sin más, en uno de los supuestos contemplados en los fueros del artículo 3. Y en virtud de esta circunstancia, el Reglamento en materia matrimonial era aplicable.

6. No repara, sin embargo, en que precisamente en el fuero elegido [art. 3.a), inciso cuarto] la *repercusión transfronteriza intracomunitaria* se erige como una condición expresa de su aplicación. En efecto, parece evidente que tanto el fuero de competencia que exige un año de residencia al demandante, como el fuero de competencia que únicamente le exige seis meses (por ser nacional del Estado en que reside [artículo 3.a), inciso quinto], están pensados para aquellos supuestos en los que uno de los cónyuges –o los dos– han cambiado su residencia de un Estado miembro a otro; esto es, supuestos en los que al menos uno de los cónyuges ha ejercido la libre circulación.

Desde esta perspectiva no deja de ser paradójico el hecho de que en el caso de que ambos cónyuges hubieran sido españoles y no hubieran trasladado su residencia a otro Estado miembro, la aplicación del Reglamento comunitario para determinar la competencia de nuestros Tribunales ni siquiera se hubiera planteado (*reverse discrimination*), mientras que tal aplicación sí se plantea cuando los cónyuges son extranjeros: en el supuesto de autos dos marroquíes que *no* han ejercido la libertad de circulación porque o bien no han podido (por no tener un permiso de residencia de larga duración, por ejemplo), o bien porque, aun pudiendo, no han salido de España.

7. Un supuesto similar, aunque mucho menos polémico por la nacionalidad de las partes, es el que resuelve el Auto de la AP de Barcelona de 28 de enero de 2008. En este caso, la AP estima el recurso de apelación interpuesto contra un Auto dictado por el JPI núm. 14 de Barcelona que declaraba no aplicable el Reg. 2201 para determinar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles y, en consecuencia, para conocer del divorcio de dos portugueses. Y más concretamente, dos portugueses que habían contraído matrimonio en Portugal, que habían tenido su domicilio conyugal en Barcelona (dato, con todo, no probado) y que en el momento de presentar la demanda, uno de ellos (el demandante) estaba empadronado en Barcelona y el otro (la demandada) tenía su residencia en Andorra.

Seguramente fue esta última circunstancia –domicilio de la demandada en Andorra– la que provocó que el Auto del JPI declarase la no aplicabilidad del Reglamento matrimonial al supuesto. O dicho de otro modo, la confusión entre los distintos presupuestos de aplicación del Reg. 44/2001 y del Reg. 2201/2003 (*supra* 3) pudieron originar el error de la primera resolución. El Auto que resuelve el recurso, sin embargo, aplica el Reglamento para otorgar la competencia judicial internacional a los Tribunales españoles y, en concreto, afirma esta competencia en virtud del fuero previsto para el demandante que lleva más de un año residiendo en nuestro país. A diferencia del supuesto que resuelve el Auto de la AP de Valladolid, en este supuesto se trata de ciudadanos portugueses –comunitarios– que han ejercido su derecho a la libre circulación.

Ana Paloma ABARCA JUNCO / Miguel GÓMEZ JENE

2008-4-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.– Contrato de agencia. Sumisión a los tribunales alemanes. Competencia de los tribunales españoles.

Preceptos aplicados: Arts. 21 y 22 LOPJ; artículo 5.5 Reg. 44/2001; DA de la Ley 12/1992;

[...] *La recurrente entiende por ello que resulta de aplicación el fuero legal imperativo establecido en la DA de la Ley del Contrato de Agencia en cuya virtud la competencia territo-*

rial para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contra. Por el contrario, la resolución de instancia, acoge la tesis de la promotora del incidente y entiende que no son competentes los Tribunales españoles, de acuerdo con las previsiones del Reg. 44/2001, de 22 de diciembre de la Unión Europea, al haberse pactado expresamente por las partes la sumisión expresa ante la jurisdicción alemana, para la resolución de cualquier conflicto derivado del contrato de agencia suscrito entre partes.[...]

Precisar asimismo que a la hora de analizar cualquier cuestión de competencia internacional es la Ley Orgánica del Poder Judicial la que determina las normas de competencia, esto es mediante las cuales se atribuye ésta a los Tribunales españoles o, a sensu contrario, se excluye de dicha competencia. Se inicia el artículo 21.1 de la LOPJ con una remisión general a lo establecido en dicha Ley y a los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Es el artículo 22 el que regula cuando serán competentes los Juzgados y Tribunales españoles en el orden civil [...]. Acudiendo a los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España, cierto resulta que debe acudirse en el supuesto que nos ocupa al Reg. del Consejo num. 44/2001, de 22 de diciembre, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil. Reg. de la CEE que pretende garantizar las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en material civil que sean necesarias para el buen funcionamiento del mercado comunitario, garantizando de este modo la continuidad de los resultados obtenidos en el marco del Convenio de Bruselas de 1968 y Convenio de Lugano de 1988 [...].

El artículo 5 regulador de las competencias especiales es el que dispone taxativamente y específicamente en su número quinto que lo serán si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento ante el tribunal del lugar en que se hallaren sitios.

Es este por tanto el fuero legal inderogable al que se hallan sometidas las partes en litigio [...] Por tanto al encontrarnos ante un litigio en el que son partes dos estados miembros y relativo a la explotación de un contrato de agencia es el tribunal español el que debe conocer de los presentes autos, y no el alemán como dice la resolución recurrida por ser éste el fuero competencial establecido con carácter especial en el Reg. de la CEE directamente aplicable al estado español. Coincide con dicho fuero de competencia especial además la Ley del Contrato de agencia española, puesto que en su DA se establece como fuero legal indisponible e inderogable para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia, el Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contra. [...]

[Auto de la AP de Barcelona (Sección 19.ª) núm. 179/2007, de 19 diciembre. Ponente: Illma. Sra. D.ª M.ª Asunción Claret Castany].

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2008\477.

* Nota realizada en el marco del Proyecto de Investigación del MEC SEJ2006-14516/JURI. La autora agradece a Monereo Meyer Marinel-lo Abogados el envío de documentación (Auto JPI n.º. 34 de Barcelona de 26 septiembre 2006), que no se halla disponible en bases de datos jurídicas.

Nota: 1. En relación con este caso, la primera manifestación judicial de la que se ha tenido constancia es el Auto de 26 de septiembre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia número 34 de Barcelona. En él, el juez accidental plantea de oficio un incidente de competencia, que se concluye proclamando la jurisdicción de los tribunales españoles. El juzgador estima que en este supuesto no se dan las circunstancias previstas por el artículo 25 del Reg. 44/2001 ni tampoco las explicitadas en el artículo 26, ya que aunque el demandado no llegase a comparecer «l'article 5.5 del Reglament atribueix jurisdicció als tribunals del lloc on hi hagi l'explotació o agència».

Unos meses después, el 11 de abril de 2007, el citado juzgado emite un Auto en el que una nueva jueza estima la declinatoria planteada por la demandada *Kettlitz* y, consecuentemente, proclama la falta de competencia internacional de los tribunales españoles y dispone el sobreseimiento del procedimiento. Para llegar a esta correcta conclusión, la magistrada muestra su conocimiento del sistema jerárquico que caracteriza a los foros del Reg. 44/2001 y, tras declarar que el caso no es subsumible en el artículo 22, admite *ex artículo 23* la sumisión expresa ejercitada por las partes a favor de tribunales alemanes («*en el cas concret, les parts varen pactar que qualsevol conflicte que sorgís en relació amb el contracte seria resolt d'acord amb el dret alemany davant del tribunal de Neuburg/Donau, la qual cosa cal qualificar de clàusula de submissió expressa als tribunals alemanys, que cal aplicar*»).

Sin embargo, como se recoge en el extracto que encabeza el presente comentario, el supuesto de hecho analizado recibe una respuesta diametralmente opuesta en la fase de apelación, ya que ésta se concluye declarando la competencia de los tribunales españoles. Es este Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de diciembre de 2007 el que va a ser objeto de la presente nota crítica, centrada en reflexionar muy brevemente sobre las tres cuestiones siguientes: prelación normativa, estructura e interpretación del Reg. 44/01 y naturaleza de la DA de la Ley 12/1992.

2. No puede realizarse una valoración positiva del «orden lógico racional» seguido por la Audiencia para afirmar la –inexistente– competencia internacional de nuestros tribunales. En este sentido, la presentación del contenido del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no sólo es innecesaria, sino que refleja un error estructural. Es reprobable que el tribunal acumule foros de distinto origen para que éstos –presuntamente– justifiquen «mejor» la competencia judicial internacional. Este órgano judicial (y otros muchos, *vide* para un contrato de agencia, AAP de Barcelona de 30 de julio de 2002 o SAP La Coruña de 12 de noviembre de 2004) olvida que un principio esencial de nuestro sistema competencial contemporáneo es la subsidiariedad de los foros autónomos frente a los instrumentos internacionales.

3. En segundo lugar, también es desafortunada la aplicación *ad casum* del Reg. 44/01. En vez de asumir las adecuadas argumentaciones del Auto de 11 de abril de 2007, el órgano de apelación ignora la existencia de una sumisión –que presumo válida– a los tribunales de *Neuburg an der Donau* y deriva la competencia patria del –para él– «fuero legal inderogable» del artículo 5.5 R 44/01. No se estima necesario realizar en esta nota una explicación detallada en torno a la supremacía de una sumisión expresa sobre los foros especiales del Reglamento, dado que además en el concreto sector de los contratos de agencia existen sólidos trabajos científicos al respecto (JIMÉNEZ BLANCO, P., «Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia», *AEDIPr*, 2002, pp. 129-150). Asimismo, basta con consultar diversos trabajos doctrinales (MANKOWSKI, P., «Commercial Agents and the Brussels I Regulation», en AA.VV., *Parmalat y otros casos de Derecho Internacional Privado*, Madrid 2007, pp. 418 y ss; RAUSCHER T/HEIDERHOFF, B.: *Europäisches Zivilrecht: Kommentar*, 2.^a ed. 2006, pp. 143 y ss; MAGNUS, U.: *European Commentary on Brussels I Regulation*, 2007, pp. 81 y ss; FACH GÓMEZ, K.; «El Reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: Aspectos jurisdiccionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, pp. 181-222) para concluir que un contrato de agencia como el que nos ocupa no es subsumible en el supuesto de hecho a que se dedica el artículo 5.5 del Reg. 44/01 (error, no obstante, reiterado por la SAP de Valencia de 2 de enero de 2008).

4. En tercer lugar, no puede suscribirse la conclusión de la Audiencia en torno al ámbito de incidencia de la DA de la Ley española 12/1992 sobre contrato de agencia. Pese a comenzar afirmando que «deben diferenciarse las cuestiones de falta de jurisdicción de los Tribunales de las cuestiones de competencia territorial», parece que el juzgador acaba recurriendo a esta Disposición para reforzar su creencia en la competencia judicial internacional de nuestros tri-

bunales. Así, el Auto proclama –errata incluida: se hace referencia al artículo 59 apartado quinto, en vez de artículo 5 apartado quinto– que: «*la normativa española especial en materia de agencia se adecua así perfectamente a la previsión competencial especial establecida en el artículo 59 apartado quinto del Reg. 44/2001, razones por las que hemos de concluir en consecuencia la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles*». En este punto, se estima que el tribunal no debería reiterar desaciertos contenidos en otras decisiones judiciales (*vide* por ejemplo, SAP de Barcelona de 17 de marzo de 2003). Actualmente, la doctrina mayoritaria considera que la DA es únicamente una norma de competencia territorial interna (RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Contrato de agencia y Derecho Comunitario: ¿Nuevas perspectivas procesales?», *Revista española de Derecho Europeo*, 2003, pp. 472-474; FACH GÓMEZ, K., «Contratos de agencia internacional y Disposición Adicional de la Ley 12/92 sobre contrato de agencia» *Tribunales de Justicia*, 2003, pp. 77-84; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2 ed., Navarra 2007, pp. 54 y 298; AGUILAR GRIEDER, H., *La protección del agente en el derecho comercial europeo*, Madrid 2007, p. 146. Más matizadamente: ARENAS GARCÍA, R., «AAP de Barcelona de 30 de julio de 2002», *REDI*, 2003, pp. 362-365) y esta certera interpretación ha sido acogida asimismo por diversos tribunales (SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 de septiembre de 2000; SAP de Castellón de 10 de febrero de 2003; SAP de Madrid de 22 de febrero de 2006).

5. Concluyendo, el Auto de 19 de diciembre de 2007 muestra cómo nuestros tribunales, cada vez más cuantitativamente familiarizados con supuestos de DIPr, siguen sin ofrecer en ocasiones una respuesta cualitativamente adecuada a este tipo de casos. En el concreto ámbito del contrato de agencia internacional, titubeos jurisdiccionales como los aquí censurados son muy perniciosos, ya que siembran la inseguridad jurídica entre los prácticos del derecho y los operadores comerciales.

Katia FACH GÓMEZ

2008-5-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. Contrato individual de trabajo. Pluralidad de demandados. No aplicación del artículo 6.1 del Reg. 44/2001.

Preceptos aplicados: Artículo 6.1 y Sección 5 del capítulo II del Reg. 44/2001.

19. *De esa forma, resulta del artículo 18, apartado 1 del Reglamento, por una parte, que todo litigio que tenga por objeto un contrato individual de trabajo debe ser planteado ante un tribunal designado conforme a las reglas de competencia previstas en la sección 5 del capítulo II del mismo Reglamento y, por otra parte, que esas reglas de competencia sólo pueden ser modificadas o completadas por otras reglas de competencia enunciadas en el propio Reglamento en caso de que se haga una remisión expresa a éstas en la misma sección 5.*

20. *Pues bien, el artículo 6, número 1, del Reglamento no forma parte de la sección 5 de dicho capítulo II, sino de la sección 2 de éste.*

21. *El artículo 6, número 1, del Reglamento no es objeto de ninguna remisión en dicha sección 5, a diferencia de los artículos 4 y 5, punto 5, del Reglamento, cuya aplicación está expresamente prevista por el artículo 18, apartado 1, del Reglamento.*

22. *La regla de competencia prevista por el artículo 6, número 1, del Reglamento tampoco se recoge en ninguna disposición equivalente de la sección 5, a diferencia de la regla enunciada en el número 3 del mismo artículo 6, que prevé el supuesto de una reconvencción y que ha sido incorporada al artículo 20, apartado 2, del Reglamento.*

23. *Por tanto, es preciso señalar que la interpretación literal de la sección 5 del capítulo II del Reglamento lleva a considerar que dicha sección excluye totalmente la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento. (...)*

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

La regla de competencia especial prevista en el artículo 6, núm. 1, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativa a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, no puede aplicarse a un litigio regido por la sección 5 del capítulo II de dicho Reglamento, relativo a las reglas de competencia aplicables en materia de contratos individuales de trabajo.

[STJCE (Sala Primera) de 22 de mayo de 2008, As. C-462/06, *Glaxosmithkline, Laboratorios Glaxosmithkline y Jean-Pierre Rouard*; vide, además, STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) de 27 de septiembre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Solís García del Pozo].

F.: www.curia.europa.eu y CENDOJ 02003340022007100671, respectivamente.

Nota conjunta: 1. La Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha con sede en Albacete y el TJCE se enfrentan con pocos meses de diferencia al mismo problema: la interpretación de las relaciones entre el artículo 6.1 y la regulación de la competencia en materia de contrato individual de trabajo en el Reg. 44/2001. La duda a la que se enfrentan ambos tribunales es la de si en las demandas relativas a contratos individuales de trabajo opera el foro de la pluralidad de demandados recogido en el artículo 6.1 del Reg. 44/2001. La respuesta que dan ambos tribunales es diametralmente opuesta: mientras que el TSJ de Castilla-La Mancha entiende que el foro del artículo 6.1 opera también en los supuestos de contrato de trabajo, el Tribunal de Luxemburgo mantiene que dicho foro no puede operar en los supuestos incluidos en la sección 5 del capítulo II del Reg. 44/2001; esto es, contratos individuales de trabajo.

La duda no se plantea en el Convenio de Bruselas o en el Convenio de Lugano, toda vez que en estos textos no existe una sección específica en materia de contrato de trabajo. Como es sabido, en ambos Convenios la regulación del contrato de trabajo se encuentra en el artículo 5, junto con la del resto de los contratos. De esta forma, en esta materia operan tanto el foro general del domicilio del demandado como la remisión al Derecho del Juez que se encuentra conociendo en los casos en los que el demandado se encuentra domiciliado en un Estado que no es parte de los Convenios. Se aplican sin problemas también los foros de conexidad procesal (art. 6) y la sumisión expresa y tácita. En el caso de la sumisión expresa el artículo 17 incluye una regla específica para este tipo de contratos de acuerdo con la cual los acuerdos de elección de tribunal solamente serían válidos si son posteriores al nacimiento del litigio o cuando son invocados por el trabajador ante tribunales distintos del domicilio del demandado o de los tribunales designados por la regla específica en materia de contrato individual de trabajo del artículo 5. Al no existir una sección específica que se ocupe de la competencia en materia de contrato de trabajo, todos los foros se aplican en relación a estos supuestos con los únicos límites que se establezcan en cada una de las reglas de competencia.

De acuerdo, por tanto, con el Convenio de Bruselas y el Convenio de Lugano, el foro del artículo 6.1 operará en materia de contrato individual de trabajo sin ningún matiz. Si es el trabajador quien demanda podrá atraer al foro de cualquiera de los demandados a todos aquéllos contra los que se dirija. Si es el empleador quien adopta la posición de demandante también podrá servirse del artículo 6.1 para atraer a un solo foro, el del domicilio de uno de los demandados, a todos ellos. Quizás esta última posibilidad no resulte compatible con la tuición del trabajador que, en su conjunto, pretenden tanto el Convenio de Bruselas como el Convenio de Lugano; pero la falta de una limitación expresa en el artículo 6.1 de ambos Convenios dificultaría llegar a un resultado distinto.

2. El Reg. 44/2001 supone un cambio relevante en la regulación de la competencia en esta materia; no en el contenido de la regulación, sino en su sistemática; puesto que las referencias dispersas contenidas en los artículos 5 y 17 de los Convenios pasan a una sección específica, la sección 5 del capítulo II del Reglamento. Esta nueva sección sigue el modelo de las ya existentes en materia de contratos de consumo y contratos de seguro y, al igual que éstas, comienza por indicar que la competencia en materia de contrato individual de trabajo se regirá por las disposiciones de dicha sección, sin perjuicio del artículo 4 y del artículo 5.5. De esta forma, se cierran el resto de foros del Reglamento al contrato individual de trabajo, incluyéndose aquí, también el foro de la pluralidad de demandados del artículo 6.1.

El resultado de esta opción del Reg. 44/2001 es permitir un combate desigual en la arena jurídica; algo así como una pelea de gladiadores equipados con armas diferentes: un reciarío equipado con red y tridente frente a un tracio, armado con espada y escudo. En nuestro caso, por una parte nos encontramos con la literalidad del Reglamento, que excluye –con bastante claridad– la utilización del artículo 6.1 en los contratos individuales de trabajo; por otra parte, ha de ponderarse si esta exclusión supone una desprotección del trabajador, lo que abogaría por la consideración de este precepto, aunque solamente fuera para poder ser alegado frente al empleador.

Las dos decisiones que nos ocupan son muestra de ambas posibilidades. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha opta por la última de estas posibilidades, la aplicación del foro de la pluralidad de demandados en los contratos individuales de trabajo; y es cierto que la parquedad de la argumentación podría conducirnos a pensar que el Tribunal no llega a considerar la explícita exclusión de otros foros de competencia que se encuentra en el artículo 18.1 del Reglamento; pero tampoco puede desdeñarse la posibilidad de que el Tribunal hubiese, en realidad, profundizado más en el análisis. Indicio de esta comprensión más aguda del problema sería la indicación que el tribunal hace de que este artículo 6.1 ofrece un «[F]uero opcional para el trabajador». Parece entender, por tanto, el Tribunal que el foro del artículo 6.1 solamente puede ser utilizado por el trabajador, y no por el empleador. El resultado es que en el caso concreto se consigue un resultado que puede ser considerado como bueno; ya que el trabajador, que había sido contratado por una empresa portuguesa y realizaba trabajos para una sociedad española que formaba una unidad empresarial con la portuguesa, pudo plantear su reclamación contra ambas sociedades en España. Si no hubiera podido utilizar el foro del artículo 6.1 resultaría que tan sólo podría dirigirse contra la empresa española, lo que le obligaría, quizás, a plantear otra demanda en Portugal. No parece lógico que se obligue al trabajador a realizar este doble esfuerzo procesal, con el riesgo que supone, además, de decisiones contradictorias.

El Tribunal de Luxemburgo, en cambio, optó por la interpretación literal del Reglamento, excluyendo que en los contratos individuales de trabajo pudiera utilizarse el foro del artículo 6.1. El resultado es el de privar al trabajador demandante de la posibilidad de dirigirse en Francia contra la empresa que inicialmente le contrató –una sociedad francesa– y contra otra empresa del mismo grupo para la que también había trabajado (en este caso, una sociedad domiciliada en el Reino Unido). Ciertamente, los argumentos del Tribunal de Luxemburgo para llegar a este resultado son sólidos; siempre es fácil justificar la interpretación literal. El punto de partida del argumento es el artículo 18.1 del Reglamento, que prevé que en materia de contrato individual de trabajo la competencia quedará determinada por la Sección 5 del capítulo II del Reglamento y los artículos 4 y 5.5. A partir de aquí la exclusión del artículo 6.1 es clara, máxime si se tiene en cuenta que otro de los criterios de competencia del artículo 6, el foro de la reconversión, sí que fue considerado por el legislador comunitario, incluyéndolo específicamente en el artículo 20.2 del Reglamento. El resto del argumento también es sencillo y convincente: la utilización del artículo 6.1 contra el trabajador podría suponer una desprotección de éste, y la limitación de este foro a los supuestos en los que lo alegara el trabajador supondría transformar el

foro especial, destinado a una buena administración de justicia, en un foro de protección, lo que iría más allá de las funciones del Tribunal (núm. 32 de la Sentencia).

Nada que objetar, por tanto, al argumento del Tribunal de Justicia. Ha lanzado la red de la interpretación literal sobre el tracio y, una vez atrapado, le clava el tridente de la seguridad jurídica (núm. 33 de la Sentencia). Ahora bien, si consideramos el problema más allá de la estricta literalidad el resultado nos deja mal sabor de boca. Tras la Sentencia del TJCE en un caso como el resuelto por el TSJ de Castilla-La Mancha tendría que negarse la competencia de los tribunales españoles, con los problemas que ya se han apuntado. La duda que me queda es la de por qué en este supuesto el Tribunal de Luxemburgo ha decidido mantenerse en los límites más estrictos de la ortodoxia jurídica mientras que en otros casos no tiene problema por superar el tenor literal del Reg. 44/2001 (vide STJCE de 3 de mayo de 2007, *Color Drack*). Quizás hubiera resultado arriesgado; pero no creo imposible mantener la aplicación del artículo 6.1 del Reglamento también en los casos de contrato individual de trabajo. La no inclusión del foro de la pluralidad de demandados en la sección 5 del capítulo II podría verse como un olvido del legislador; e incluso no habría problema para mantener la aplicación del precepto tanto en los supuestos en los que lo alegue el trabajador como cuando sea el empleador quien lo utilice, puesto que, en la práctica, la auténtica utilidad del foro del artículo 6.1 se apreciará en las demandas dirigidas por el trabajador contra las diversas sociedades que integran el grupo para el que trabaja. Una aplicación indiferenciada del precepto podría conducir *de facto* a un foro privilegiado para el trabajador sin necesidad de alterar la literalidad del artículo 6.1.

Desde luego, este tipo de interpretación, tan poco respetuoso con la literalidad de la norma, no me agrada excesivamente; pero, ciertamente, me sorprende que sea, precisamente en este caso, cuando el Tribunal de Luxemburgo recurra a ella, renunciando a las posibilidades de las «interpretaciones creativas» que tanto le agradan.

Rafael ARENAS GARCÍA

2. *Proceso con elemento extranjero*

2008-6-Pr

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL. NOTIFICACIÓN DE DEMANDA.—Rechazo de la notificación por falta de traducción de los anexos del documento.—Concepto autónomo de documento.—Conocimiento del idioma pactado como idioma de prestación de los servicios e idioma para correspondencia.

Preceptos aplicados: artículos 4.2, 5 y 8 Reg. 1348/2000; artículos 26 y 34.2 Reg. 44/2001; CH 1965; artículo 6 CEDH.

88. [...] *el artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 1348/2000 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que el destinatario de un documento objeto de notificación o de traslado haya acordado en un contrato celebrado con el demandante, en el ejercicio de su actividad profesional, que la lengua utilizada en la correspondencia será la del Estado miembro de origen no constituye una presunción de conocimiento de la lengua, pero sí un indicio que el juez puede tomar en consideración cuando verifica si el destinatario entiende la lengua del Estado miembro de origen.*

89. *Mediante la tercera cuestión, [...] (se) pide que se dilucide si el artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 1348/2000 debe interpretarse en el sentido de que, en cualquier caso, el destinatario de un documento objeto de notificación o de traslado no puede invocar*

dicha disposición para negarse a aceptar los anexos de un documento que no están redactados en la lengua del Estado miembro requerido o en una lengua del Estado miembro de origen que el destinatario entienda cuando, en el ejercicio de su actividad profesional, celebra un contrato en el que acuerda que la lengua utilizada en la correspondencia será la del Estado miembro de origen, y los anexos transmitidos se refieran a dicha correspondencia, por un lado, y estén redactados en la lengua acordada, por otro. [...]

92. [...] el artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 1348/2000 debe interpretarse en el sentido de que, en cualquier caso, el destinatario de un escrito de demanda objeto de notificación o de traslado no puede invocar dicha disposición para negarse a aceptar los anexos de un documento que no están redactados en la lengua del Estado miembro requerido o en una lengua del Estado miembro de origen que el destinatario entienda cuando, en el ejercicio de su actividad profesional, celebra un contrato en el que acuerda que la lengua utilizada en la correspondencia será la del Estado miembro de origen, y los anexos transmitidos se refieran a dicha correspondencia, por un lado, y estén redactados en la lengua acordada, por otro.

[Sent. TJCE (Sala Tercera) de 8 de mayo de 2008. Asunto C-14/07. Ponente: Sr. A. Rosas.].

F.: www.curia.europa.eu.

Nota: 1. Cuando la *Industrie- und Handelskammer Berlin* (en adelante *IHK*) demanda ante los tribunales alemanes por los daños y perjuicios causados por la defectuosa concepción de un edificio al estudio británico de arquitectos *Nicholas Grimshay & Partners Ltd. (Grimshaw)* –el estudio alemán *Ingenierbüro Michael Weiss und Partner GbR* da nombre al asunto, como demandado principal, equivocadamente, ya que es un mero interviniente, llamado al proceso por *Grimshaw*–, éste se niega a recibir la notificación de la demanda, con base en el artículo 8.1 del Reg. 1348/2000. Así, el escrito principal de tal demanda es traducido al inglés, pero la notificación vuelve a rechazarse con idéntico fundamento, porque los anexos que lo acompañan siguen redactados en alemán. Tanto el *Landgericht* como el *Kammergericht* –en apelación– consideran que la notificación es correcta, pero al *BGH*, conociendo en casación, le surgen dudas: entiende que los anexos forman parte de la demanda según el Derecho alemán, que algunos de los documentos no traducidos son desconocidos y relevantes para la defensa, y que en el estudio nadie conoce el alemán. En consecuencia, plantea al TJCE una cuestión preliminar sobre la interpretación del mencionado precepto, que contiene tres preguntas. A cada una de ellas se dedicará uno de los siguientes apartados.

2. La primera de las preguntas tiene un carácter general –frente a las dos siguientes: vide *infra*, §2– y se refiere a la noción de documento a notificar. En el supuesto litigioso, el idioma en que está redactada la demanda no es oficial en el EM requerido, y se da por sentado que tampoco es conocido por el demandado, ya que la notificación se repite, aportando traducción del documento principal, pero no de los anexos. De esta forma, el *BGH* precisa conocer si, en aplicación del Reg. 1348/2000, los anexos son parte del documento notificado y, como tales, precisan también de traducción. El TJCE interpreta, sintéticamente, que tales anexos sólo han de considerarse parte de la demanda si no son meramente acreditativos, esto es, si no se limitan a cumplir una función probatoria, sino que, por el contrario, son indispensables para ejercitar adecuadamente los derechos de defensa. De este modo, considera que corresponde al órgano jurisdiccional del EM referente valorar si el contenido de la demanda (traducida) es suficiente para colocar al demandado en condiciones de hacer valer sus derechos en el marco del procedimiento, o si la preservación de los intereses de ambas partes en el litigio comporta la necesidad de traducir también los anexos, incluso en un momento posterior. Con ello, el Tribunal coincide con la Abogada General (vide sus Conclusiones en www.curia.eu.int) en la necesidad de interpretar de forma autónoma el concepto de documento, habida cuenta de la disparidad de concepciones presentes en las leyes procesales internas de los diferentes EEMM, mas no comparte la conclusión de aquélla: mientras la AG

aboga por una noción amplia, que abarque también los anexos, el Tribunal afirma que es documento, estrictamente, «lo que permite identificar con certeza el objeto y la causa de la demanda, así como el requerimiento para comparecer ante un tribunal o, según la naturaleza del procedimiento en curso, la posibilidad de interponer recurso ante un tribunal» (aptdo. 73). Esta interpretación deriva de la lectura efectuada por el propio Tribunal de lo que cabe entender por escrito de demanda en el marco del artículo 34.2 del Reg. 44/2001 (Asunto *Hengst Import*), realizando una conexión entre instrumentos, a mi entender, acertada. En efecto, el Tribunal topa con la imposibilidad de extraer conclusiones tanto del tenor literal del artículo 8.1 del Reg. 1348/2000 (aptdos. 44 y 45) como de los objetivos y contexto de este precepto y del Reg. 1348/2000 en su conjunto (aptdos. 46-49) y en el marco de la evolución de la cooperación judicial (aptdos. 52-57). Por ello, tras estimar que no cabe inferir de los instrumentos internacionales que la traducción de los documentos notificados resulte indispensable para el ejercicio del derecho de defensa, toda vez que éste puede ejercitarse si se concede al demandado el tiempo suficiente para ordenarla (vide, no obstante, otra interpretación del artículo 8 del Convenio del que trae causa el Reg. 1348/2000 en MARCHAL ESCALONA, N., «La fecha y el idioma en la notificación internacional: perspectivas del futuro», *AEDIPr*, 2000, pp. 299-309, esp. pp. 307-308), deduce que el artículo 8.1 del Reg. 1348/2000 no tiene otra función que la de determinar uniformemente a quién le corresponde ordenar y correr con los gastos de la traducción del documento (aptdo. 58). Así, acude al mentado Reg. 44/2001 cuando sólo le resta por concluir a qué documento se refiere el precepto, realizando la lectura señalada; lectura que posteriormente cotejará —con resultado positivo— con el preciso balance entre los objetivos del Reglamento de agilidad y celeridad en la transmisión de los documentos y la necesaria garantía de los derechos de defensa del demandado (aptdos. 70-77).

3. La segunda de las preguntas se formula por el *BGH* para el caso de que la respuesta a la primera sea afirmativa, por lo que el TJCE aborda la cuestión, habida cuenta de que *in casu* los anexos podrían considerarse parte integrante del documento a notificar. Si así fuera, ¿cabe deducir que el notificado conoce el idioma que se ha pactado en el contrato (el alemán) como idioma «para prestar los servicios y mantener la correspondencia entre IHK y Grimshaw y con las autoridades e instituciones públicas»? La pregunta, pues, es particular —al igual que ocurre con la siguiente—, en el sentido de que se refiere a notificaciones que se practican entre profesionales (vide aptdo. 45 de las Conclusiones de la AG); y es una pregunta que, en cierto modo, estaba anunciada. Serán múltiples las cuestiones que se eleven al TJCE para la interpretación del artículo 8.1, puesto que permite rechazar la notificación de un documento rectado en un idioma que no es oficial en el EM requerido, que no sea *entendido* por el notificado, sin ayudar en la determinación de los criterios que puedan permitir concluir semejante entendimiento (vide, críticos con la disposición, *inter alia*, LINDACHER, W.F., «Europäisches Zustellungsrecht», *ZZP*, 2000, pp. 179-194, esp. p. 187; LINKE, H., «Europäisches Zustellungsrecht», *ERA-Forum*, 2005-2, pp. 204-223, esp. p. 209). En principio, cabe saludar que el Tribunal en este punto tampoco haya seguido la recomendación de la AG, que era deducir de tal acuerdo contractual una presunción *iuris tantum* del entendimiento del idioma alemán (vide aptdo. 79 de sus Conclusiones): no se alcanza a ver el modo en que la presunción pueda destruirse, cuando tal destrucción comportaría la prueba de un hecho negativo. Resulta más correcto, a mi juicio, estimar, como hace el TJCE, que el acuerdo constituye un indicio —y de gran solidez, dado que se acuerda que el empleo alemán se extienda a la correspondencia mantenida con las autoridades públicas— que debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional, junto con otros factores. Ciertamente, la concreción del conocimiento de un idioma sólo puede realizarse a través de indicios (vide algunas propuestas en LINDACHER, W.F., *loc. cit.*, p. 187; y en STADLER, A., «Neues europäisches Zustellungsrecht», *IPrax*, 2001, pp. 514-522, esp. pp. 517 y 518) que permitan detectar y corregir los posibles comportamientos abusivos a que puede dar lugar la negativa del notificado a recibir la demanda, alegando un falso desconocimiento del idioma de los documentos notificados (vide MARCHAL ESCALONA, N., *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Granada, 2002, p. 232). Estimar que el idioma pactado es un

indicio, antes que una presunción ya consolidada, comporta que sea el órgano jurisdiccional el que haya de argumentar, a la luz del conjunto de las circunstancias, a favor o en contra de concluir que el destinatario *entiende*.

4. El TJCE interpreta, en tercer lugar, que aunque los anexos formen parte integrante del documento, puesto que son esenciales para comprender el objeto y la causa del litigio (*supra*, §2), y aunque no haya indicios sólidos que permitan concluir que el destinatario *entiende* el idioma en el que están redactados (*supra*, §3), éste no puede negarse a aceptarlos si tal idioma es el convenido contractualmente para la correspondencia entre las empresas y con las autoridades públicas y, además, se refieren a dicha correspondencia. Así, lo que subyace en la argumentación del TJCE es que el destinatario podría no entender el contenido de *cualesquiera otros* documentos (en el supuesto) redactados en alemán, pero cabe presumir (vide aptdo. 91) –*iuris tantum*, a la luz del resultado de tal presunción– que sí conoce los que integran los anexos, habida cuenta de que formaron parte de la correspondencia.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

3. *Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales*

2008-7-Pr

EXEQUÁTUR.–Sentencia de separación matrimonial procedente de Suiza. Reconocimiento parcial. Solicitud de reconocimiento de la parte correspondiente al pago de pensión compensatoria. Régimen del reconocimiento. Convenio de Lugano. Reconocimiento: sí.

Preceptos aplicados: artículos 1.1, 5.2, 27, 28, 31, 34, 41, 42, 54 y 55 del Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988; artículo 24 CE; artículo 12.2 CC; artículos 954, 1692 y 1715.3 LEC 1881; Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero; Convenio entre España y la Confederación Helvética de 19 de noviembre de 1869, sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial; Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973, referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias.

Segundo [...] Así las cosas, desde esta caracterización uniforme del ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales de referencia, el pronunciamiento de condena al abono de una determinada cantidad en concepto de alimentos (como califica la obligación el Tribunal del Estado de origen), que se contiene en la sentencia de cuyo reconocimiento y ejecución se trata, queda incluido en el ámbito material del Convenio de Lugano, resultando irrelevante la cuestión de si se trata de una pensión de alimentos o compensatoria, y, más aun, con arreglo a qué Ley (del foro o la determinada por la correspondiente norma de conflicto) debe hacerse la calificación jurídica, [...] nada impide el exequátur parcial de la resolución foránea, como aquí ha sucedido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42 del Convenio de Lugano, limitado al pronunciamiento cuyo objeto queda comprendido dentro de su ámbito material de aplicación (Sentencias de 27 de febrero de 1997, as. C-220/95, van den Boogaard c. Laumen).

Tercero [...] El concepto de orden público, internacionalmente considerado[...] carece de un contenido autónomo y uniforme. El Tribunal de Justicia comunitario ha señalado que no le corresponde definir el contenido del concepto de orden público en un Estado parte, si bien sí puede controlar los límites dentro de los cuales los Tribunales nacionales pueden recurrir a este concepto como motivo de denegación del reconocimiento[...]. Se trata, en consecuencia, de un concepto estrictamente nacional, y, en todo caso, de aplicación excepcional [...]

Esta Sala, a la hora de examinar la procedencia del exequátur de las resoluciones extranjeras en el marco de su competencias, ha configurado un concepto del orden público, en senti-

do internacional, y en su vertiente procesal, en el que se destaca su carácter netamente constitucional, identificado con los principios, derechos y garantías constitucionalmente consagrados [...]. Resulta, de este modo, que el derecho a la tutela judicial sin indefensión, el derecho de defensa, y el más específico derecho a utilizar los medios de impugnación dispuestos por el ordenamiento procesal, tienen relevancia constitucional en la medida en que la indefensión sea real y efectiva, no puramente nominal o formal, lo que excluye de la protección constitucional a las situaciones lesivas de los derechos de la parte originadas por su propia desidia, desinterés, negligencia, y, en general, cuando es su propio comportamiento el que le ha colocado en esa situación (Sentencias del Tribunal Constitucional 122/98, 26/99 y 1/2000, entre otras muchas). Es, pues, ese contenido de los derechos fundamentales el que nutre el contenido del orden público internacional, en su vertiente procesal, que se verá, por tanto, vulnerado cuando se violen aquéllos, con el contenido material que les es propio.

[Sentencia Tribunal Supremo núm. 294/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 14 marzo. Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta].

F.: *Aranzadi Westlaw* RJ 2007\2214.

Nota: 1. Una de las características del DIPr actual es una pluralidad de fuentes generadora asimismo de una gran variedad de productos jurídicos entre los que se establecen relaciones de solapamiento, compatibilidad o exclusión. La Sentencia anotada es o pudo ser una buena muestra de cuanto decimos: se trata de un recurso de casación interpuesto contra la concesión de exequátur parcial a una sentencia suiza de separación matrimonial en lo tocante a la pensión compensatoria (calificación de una de las partes) o crédito alimenticio (calificación parece que del tribunal de origen) en ella atribuida a uno de los cónyuges. El Tribunal Supremo agrupa y desestima los tres primeros y variados motivos alegados por el recurrente (infracción de los artículos 1.1 y 5.2 del Convenio de Lugano, infracción del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero y el artículo 12.2 del Código civil) en el único de saber si ha de aplicarse o no el Convenio de Lugano. En esencia, el recurrente sostenía su no aplicación por tratarse la solicitud efectuada del reconocimiento de una pensión compensatoria, que a su juicio caería fuera del ámbito de aplicación material del Convenio, y no de una obligación alimenticia que sí estaría incluida. El cuarto motivo, vulneración del artículo 27 del Convenio de Lugano y 24 de la Constitución Española, es también desestimado. No es la primera vez que el TS se enfrentaba a un caso similar [Vide la Sent. T.S. (Sala 1.^a) de 21 de julio de 2000, y JIMÉNEZ BLANCO, P., *REDI*, 2001-5-Pr] y era de esperar que la solución aportada no fuese incorrecta.

2. Sobre la aplicabilidad al caso del Convenio de Lugano, el TS aborda correctamente cómo deben interpretarse los conceptos y categorías de contenidas en el mismo: se refiere a la interpretación autónoma y uniforme propugnada por el TJCE y, señaladamente, a su STJCE de 6 de marzo de 1980 (As. 120/79) *De Cavel*, para concluir que ya se trate del pago de una cantidad periódica en concepto de alimentos «como la califica el tribunal de origen», ya de una pensión compensatoria, el Convenio de Lugano sería aplicable, dada la irrelevancia de la dualidad interpretativa en este caso: se apoya en el conocido parámetro establecido por el TJCE de que la cuantía ha sido fijada en función de los respectivos ingresos y necesidades de los cónyuges (necesidad del acreedor y capacidad del deudor) y con cita del artículo 42 del Convenio de Lugano y apoyo en la STJCE de 27 de febrero de 1997 (*van den Boogaard* contra *Lumen*) afirma la posibilidad de reconocimiento parcial, con independencia de que se trate de un pronunciamiento accesorio o no al de separación matrimonial.

Ninguna censura merece este razonamiento del TS que, además, acierta con la cita de otros instrumentos internacionales potencialmente aplicables al caso: el Convenio entre España y la Confederación Helvética de 19 de noviembre de 1869, sobre ejecución de sentencias en mate-

ria civil y comercial; Convenio XXIII de La Haya, de 2 de octubre de 1973, referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias. El primero carecería de aplicación al estar descartado por el artículo 55 del Convenio de Lugano; el segundo, no obstaría a la aplicación del Convenio de Lugano, a tenor de lo dispuesto en su artículo 23 (recordemos: «El Convenio no impedirá que otro Instrumento internacional que vinculare al Estado de origen al Estado requerido o que el derecho no convencional del Estado requerido sean invocados para obtener el reconocimiento o la ejecución de una resolución o de una transacción») y, añadiríamos nosotros, en el artículo 57.2 del propio Convenio de Lugano (al respecto, vide mis observaciones, que posibilitan la opción seguida por el TS en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Cláusulas de compatibilidad en los convenios de la conferencia de La Haya de DIPr», *REDI*, 1993-1, pp. 39-62, pp. 54-55).

Mas todo el argumental jurídico se ve desdicho, en cuanto a su solución última, si reparamos en un dato en modo alguno insignificante: el Convenio de Lugano no es aplicable a este caso por no caer el supuesto dentro de su ámbito *temporal*. Me resulta llamativo que a la luz de la pulcritud descrita en el deslinde del ámbito de aplicación material y «relacional», se haya pasado por alto el hecho de que el Convenio de Lugano entró en vigor entre Suiza y España el 1 de noviembre de 1994 y la resolución de cuyo reconocimiento se trata es de 1 de octubre de 1992. La simple contemplación del artículo 54 del Convenio debería haber llevado a descartar *ratione temporis* su aplicación. A pesar de la deficiente redacción del apartado primero del citado precepto, es claro que no son aplicables las disposiciones del Convenio al reconocimiento de las sentencias dictadas con anterioridad a su entrada en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido. Así pues, el razonamiento hubo de haberse derivado hacia la elección del régimen bilateral o del multilateral de la Conferencia de La Haya. Un exceso de confianza venial resulta así la afirmación de resultar «...pacífica la aplicación del Convenio, territorial y temporalmente» (Fundamento de Derecho Segundo, noveno párrafo).

3. El cuarto motivo de casación, la vulneración del artículo 27 CL y 24 de la CE vuelve a ser una oportunidad para que el TS haga gala de que está al tanto de la doctrina del TJCE sobre el tema. Mas no se queda ahí o, mejor, asume la puerta abierta por dicha doctrina para afirmar su punto de vista.

La alegación genérica del citado artículo 27 CL no es inocente. El recurrente afirma, en síntesis, que la ejecución de la resolución suiza sería contraria al orden público por deficiencias en la notificación de la misma. Y digo que no es inocente, puesto que consta que la apertura del procedimiento de separación fue comunicada en tiempo y forma a dicho recurrente, lo que, a pesar de su posición voluntaria de rebeldía procesal, enervaría el juego del artículo 27.2 CL. Mas la alusión genérica al orden público que, al margen del supuesto de este último párrafo, conduce inexorablemente al artículo 27.1 obliga a manifestarse al TS en el correcto marco determinado por la STJCE de 28 de marzo de 2000 (As. C-7/98, *Krombach*) y la STJCE de 11 de mayo de 2000 (As. C-38/98, *Renault*), a las que el TS alude en su Fundamento de Derecho Tercero y que ya en otro momento tuve la oportunidad de comentar (vide, *La Ley*, núm. 5, 2000, pp. 2005-2009; además, CARBALLO PIÑEIRO, L., *La Ley*, núm. 3, 2000, pp. 1748-1753).

Pues bien, al amparo del artículo 27.1 CL, el TS no duda en considerar que hay orden público procesal «más allá del art. 27.2 del Convenio» (de hecho, ni se plantea la pertinencia de este precepto) y que la falta de notificación de la sentencia de condena podría integrar el contenido constitucional de dicho orden público (vide, sobre las relaciones entre ambos párrafos VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., Navarra, 2007, pp. 642-643). El hecho de que lo descarte para el caso concreto es un aspecto que me parece de menor interés, si tenemos en cuenta que el relato de los hechos probados acredita una serie de maquinaciones fraudulentas por parte del condenado en aras a que resultase prácticamente imposible la notificación de la misma; en estos términos «...el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, el derecho de defensa, y *el más específico*

*derecho a utilizar los medios de impugnación dispuestos por el ordenamiento procesal», son derechos integrantes de nuestro orden público que no pueden considerarse vulnerados en el caso concreto. Si en el caso *Krombach* diversos factores coadyuvaron a la timidez de la respuesta del TJCE, el TS no ha tenido inconveniente en recoger el guante y entrar a valorar de forma natural si la ausencia de comunicación de la sentencia, con la potencial conculcación del derecho al recurso, vulneraba el orden público español. La respuesta fue no. Pero sabemos que para otros supuestos puede ser otra, pues el TS aplica consecuentemente «...los principios, derechos y garantías constitucionalmente consagrados, en línea con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional... siendo así [que] el orden público, en su aspecto procesal, se identifica con los derechos y garantías establecidos en el artículo 24 de la Constitución».*

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

2008-8-Pr

EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA.—Declaración de ejecutividad. Despacho de ejecución. Competencia objetiva para la declaración de ejecutividad.

Preceptos aplicados: artículos 34, 35 y 43 y Anexo II del Reg. 44/2001; artículos 85.5 y 86.ter LOPJ.

Antecedentes de hecho. Primero.— El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Siete de Algeciras, en el procedimiento arriba referenciado y en fecha de 4 de mayo de 2006, dictó Auto en cuya Parte Dispositiva se establecía lo siguiente: «Acuerdo despachar ejecución de la sentencia extranjera dictada por el Tribunal de apelación de Montpellier de fecha de 18 de enero de 2005 en la que se condena a CÍA de Transportes Conesmat al pago de cantidad dinerada a favor de la entidad Covea Flete, SA, y ello por las siguientes cantidades: 24.910 € de principal, más 7.470 € en concepto de intereses y costas de ejecución (...).».

Fundamentos de Derecho. Primero.— Se interpone por Conesmat, SL parte ejecutada en los Autos de Ejecución de Título Judicial Extranjero seguidos en el Juzgado de Primera Instancia Número Siete de Algeciras de los que dimana el presente Rollo, recurso de apelación, contra el propio Auto que ordenó despachar la ejecución contra la misma, a instancia de la entidad Cover Fleet, SA y siendo el título ejecutivo la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de Montpellier (Francia), el 18 de enero de 2005, en virtud de la cual se condenaba a la ahora recurrente a abonar a la también citada apelada la cantidad de 24.910,12 Euros [...].

Tercero.— Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del Reglamento, la resolución que resuelva sobre la solicitud de ejecución puede ser recurrida por cualquiera de las partes, y en este caso el tribunal que resuelva de la apelación «sólo podrá desestimar o revocar el otorgamiento de la ejecución por uno de los motivos previstos en los arts. 34 y 35» [...].

Séptimo.— Por otra parte, en relación a la alegación, no contenida en el recurso, pero sí mencionada en el acto de la vista por Conesmat, SL, de que la competencia objetiva debía de corresponder a los Juzgados de lo Mercantil, por aplicación del artículo 86 ter de la LOPJ, consideramos debe ser también rechazada, ya que el Anexo II del propio Reglamento se recoge quiénes son los órganos judiciales competentes para conocer de la ejecución de resoluciones extranjeras en cada uno de los Estados mencionando para el caso de España únicamente a los Juzgados de Primera Instancia.

[Auto Aud. Prov. de Cádiz (Sección 7.ª), de 12 de julio de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Carlos Hernández Oliveros].

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2007/2204.

Nota: 1. El presente Auto desestima el recurso de apelación interpuesto, sobre la base del artículo 43 del Rto. 44/2001, frente al Auto del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 de Algeciras en el que se ordenaba despachar ejecución de una sentencia francesa de condena de cantidad. Para este comentario, interesa destacar fundamentalmente dos aspectos: el primero, relativo a la adecuación de la utilización del despacho de ejecución por parte del Juzgado; el segundo, relativo a la competencia objetiva de los Juzgados españoles para la declaración de ejecutividad en el marco de la reglamentación de Bruselas.

2. Lo primero que llama la atención al leer el Auto es que la decisión que se impugna es un «despacho de ejecución» de una decisión francesa, sin hacer la más mínima mención a la necesaria declaración previa de ejecutividad de la decisión extranjera. Tanto es así, que el Juzgado de Algeciras requiere al ejecutado para que designe sus bienes para cubrir la cuantía de la ejecución e incluso se le informa del posible apercibimiento de multas periódicas para caso de incumplimiento. El despacho de ejecución se configura en nuestro Derecho procesal como el primer paso del proceso de ejecución forzosa (vide el Capítulo III del Título III de la LEC). Si llama la atención esta circunstancia es porque, tal y como está formulada la parte dispositiva del Auto de instancia, en nada se diferencia la ejecución forzosa de una decisión extranjera de cualquier decisión española. No es ésta la primera vez que tal situación se produce en nuestra práctica; de hecho el Auto de la Aud. Prov. de Barcelona (Sección 15.^a) de 13 febrero de 2006 (JUR 2006\273197), refleja una actuación similar por parte de un Juzgado de 1.^a Instancia, que fue «subsana» mediante un Auto, también de instancia, posterior. Lo sorprendente, en el caso que comentamos, es que el posterior recurso de apelación ante la Aud. Prov. de Cádiz se articula, y como tal se tramita, sobre la base del artículo 43 Rto. Bruselas, pensado para el procedimiento de declaración de ejecutividad, sin que la Audiencia ni siquiera repare en la inadecuación del procedimiento de instancia ni sea consciente del «salto» procesal entre la instancia (proceso de ejecución) y la apelación (procedimiento de declaración de ejecutividad).

Que tal actuación por parte del Juzgado es errónea es evidente. Siendo un objetivo cierto de la reglamentación comunitaria la consecución del reconocimiento mutuo y la progresiva eliminación de trabas y procedimientos para la obtención de eficacia de las decisiones de otros Estados miembros, lo cierto es que, en la configuración actual del Reglamento de Bruselas I no puede procederse a ese despacho de ejecución directamente porque sigue manteniéndose, aunque sea bajo mínimos, un procedimiento de declaración de ejecutividad previo al inicio del proceso de ejecución propiamente dicho. En este sentido, la existencia de esa declaración previa tiene sus consecuencias desde la perspectiva de los controles que deben realizarse y, sobre todo, desde la perspectiva de las garantías que supone para la persona frente a la que se pretende la ejecución.

La solución actual del Reglamento Bruselas I ha pasado, frente a su antecesor, por eliminar la mayoría de los controles para obtener la declaración de ejecutividad en primera instancia, pero esto no significa la admisión incondicional de una decisión extranjera para otorgarle efecto ejecutivo, ya que se mantiene la comprobación de la fuerza ejecutiva en el Estado de origen (art. 41 en relación con el artículo 53 y el Anexo II del Rto. 44/2001), condición imprescindible para no otorgar en el Estado requerido más efectos de los que tiene una decisión en el Estado de origen.

Sin embargo, yendo más allá, la verdadera trascendencia del procedimiento de declaración de ejecutividad es la garantía que supone para la persona frente a la que se pretende la ejecución el recurso previsto en el artículo 43 del Reglamento. Tal recurso es un cauce procesal totalmente autónomo frente al proceso de ejecución propiamente dicho, no sólo por tener un plazo procesal más amplio (un mes, para la declaración de ejecutividad; diez días, frente al despacho de ejecución, conforme al art. 556 LEC), sino fundamentalmente por los motivos de rechazo a la declaración de ejecutividad que son oponibles conforme al Rto. Bruselas (los artículos 34

y 35) y nada tienen que ver con los motivos invocables en un proceso de ejecución (véase el citado art. 556 LEC) (cf. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Navarra, 2007, p. 667). De este modo, en el caso que comentamos, la posibilidad que ha tenido el condenado de articular el recurso del artículo 43 supone una «subsanción» material que ha permitido que la Audiencia realice los controles de los artículos 34 y 35 del Reglamento de Bruselas, con lo que los derechos de defensa del condenado han quedado, por esta vía, salvaguardados, aunque el proceso seguido en instancia no haya sido el cauce procesal debido.

3. La segunda cuestión que sugiere este supuesto tiene que ver con la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para la declaración de ejecutividad en el marco del Reglamento de Bruselas, competencia que la Aud. Prov. de Cádiz rechaza sobre la base del Anexo II del Reglamento de Bruselas y el artículo 85.5 LOPJ. Nada que decir, considerando la normativa vigente en el momento de dictarse la resolución. Cabe plantearse si se hubiera llegado a la misma solución en el momento actual. La última reforma de la LOPJ, operada por la LO 13/2007, de 19 de noviembre, ha previsto expresamente la competencia de los Juzgados de lo Mercantil también para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones que entren dentro de su ámbito material de conocimiento (art. 86.ter LOPJ). Ya se ha puesto de relieve en nuestra doctrina la distorsión que puede generar esta atribución de competencia, particularmente en relación con los Reglamentos Comunitarios [vide OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Tratamiento procesal del reconocimiento de resoluciones extranjeras en la práctica de las autoridades españolas», *SYL*, 2007, apdo. 5 (en prensa)]. El cambio competencial producido en relación con el *exequatur* afecta a nuestro Derecho autónomo (como el propio artículo 86.ter LOPJ deja claro con la cláusula recordatorio de la aplicación preferente de los Convenios internacionales), lo que, en principio, mantiene inalterado la atribución a los Juzgados de 1.ª Instancia a los efectos del Reglamento de Bruselas. Sin embargo, la coherencia del sistema creemos que obligaría a incluir dentro de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil también las decisiones que entren en el régimen del Reglamento. La asunción de competencia por parte de los Juzgados de 1.ª Instancia españoles no responde a una decisión «comunitaria», sino a una comunicación del Estado español en atención a su sistema de distribución competencial interno. En este orden de ideas, lo importante para el Reglamento Bruselas es que la competencia esté atribuida a un órgano de instancia, susceptible de recursos posteriores de apelación y de casación. Y esa función la cumplen actualmente en nuestro sistema tanto los Juzgados de 1.ª Instancia como los Juzgados de lo Mercantil.

Si al ámbito y la voluntad de aplicación del sistema comunitario le es ajena la competencia de los Juzgados de 1.ª Instancia o de los Juzgados de lo Mercantil para la declaración de ejecutividad, no ocurriría lo mismo con la necesaria coherencia de nuestro sistema interno. Las razones que avalaron la creación de los Juzgados de lo Mercantil, como Juzgados especializados en orden a la complejidad de las materias, justificarían la misma solución para el reconocimiento de decisiones en ese mismo ámbito material. Por otra parte, el alcance espacial de la jurisdicción de los Juzgados de lo mercantil (de ámbito provincial) permitiría una mayor unidad de criterio en el sector del reconocimiento. Finalmente, se evitaría la distorsión de mantener la declaración de ejecutividad en los Juzgados de 1.ª Instancia y la ejecución propiamente dicha (cuestión que queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento) en los Juzgados de lo Mercantil [vide, para el ámbito concursal, ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «La ¿inocente? actualización del Reglamento (CE) Núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia», *REDI*, 2005-1, pp. 529 y ss., esp. p. 532]. Bien es cierto que este último inconveniente podría salvarse considerando, a partir de la competencia funcional por conexión establecida en el artículo 61 LEC, que el Juzgado de 1.ª Instancia, competente en virtud del Anexo II del Reglamento de Bruselas, también lo sería para la ejecución de la decisión reconocida, aunque la materia perteneciera al ámbito objetivo de competencia de los Juzgados de lo Mercantil.

En todo caso, partiendo de todo lo anterior, cabe plantearse la necesidad de tener que modificar el Anexo II del Reg. 44/2001 o entender que, automáticamente, donde se dice «Juzgados de 1.ª Instancia» cabe incluir también a «Juzgados de lo Mercantil». La cuestión trasciende a este ámbito, porque algo similar podríamos plantearnos en relación con el Reglamento de Bruselas II y la competencia de otros órganos de instancia que se han ido creando de acuerdo con un principio de especialización, como los Juzgados de Familia, de Menores o de Violencia sobre la Mujer. La respuesta creemos que no debería ser la misma en todos los casos. Sí parece necesaria esa modificación en el caso de los Juzgados de lo Mercantil, porque aunque asumen funcionalmente competencias de instancia, se configuran en la LOPJ como órganos de naturaleza jurídica diferente a los Juzgados de 1.ª Instancia, hasta el punto de tener, como hemos indicado, un ámbito de jurisdicción diferente a éstos. No ocurriría lo mismo, sin embargo, en aquellos supuestos en que los órganos especializados no alteran su estatuto como Juzgados de 1.ª Instancia. Particularmente, esto es lo que ocurriría con los Juzgados de Familia que siguen siendo, a todos los efectos, Juzgados de 1.ª Instancia pero que se han especializado en virtud del mecanismo previsto en el artículo 98.1 LOPJ (a través de un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial).

4. Todo lo señalado sirve, en realidad, para destacar la importancia y la complejidad que tiene el sector de la ejecución de las decisiones extranjeras y que, a mi juicio, sigue siendo una asignatura pendiente de nuestra disciplina.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO

2008-9-Pr

RECONOCIMIENTO DE DECISIÓN DE APERTURA DE PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA.– Reg. 1346/2000.–Establecimiento de un reconocimiento automático.– Inadmisión de un reconocimiento a título principal.

Preceptos aplicados: artículos 16 y 17 Reg. 1346/2000.

Cuarto.– [...] En conclusión, la previsión de reconocimiento y producción de efectos de la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia en los demás Estados miembros que prevén los artículos 16.1 y 17.1 del Reglamento no supone, como pretende la recurrente, que cualquier tribunal al que se solicite tal reconocimiento haya de acceder de modo acrítico a realizar un pronunciamiento formal y abstracto, pero sin declaración de efecto concreto alguno, de reconocimiento u homologación de la resolución extranjera de apertura del procedimiento. Tal previsión significa que cuando se formule ante una autoridad judicial o administrativa competente para conocer de la misma una petición que tenga su base, en todo o en parte, en una resolución extranjera de apertura de un procedimiento de insolvencia situado en el ámbito objetivo del Reg. 1346/2000, no será preciso haber obtenido previamente un acto de autoridad que homologue de modo autónomo dicha resolución extranjera, puesto que dicha resolución será reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura (art. 16.1) y producirá, sin ningún otro trámite, los efectos que le atribuya la Ley del Estado en que se haya abierto el procedimiento (art. 17.1), cuya vigencia y contenido deberá ser probado sin perjuicio de que pueda valerse el tribunal español de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación (art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que el tribunal o autoridad administrativa ante el que se quiera hacer valer tales efectos o del que se desea un acto de ejecución para hacer efectivos los mismos pueda controlar la competencia internacional del tribunal que la

dictó (sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 2 de mayo de 2006, caso «Eurofood», ya citada, pronunciamiento segundo), ni pueda objetar que el deudor, por sus circunstancias personales, no puede ser sometido a un procedimiento de insolvencia en el Estado en que se intenta hacer valer o ejecutar la resolución (art. 16.1, segundo inciso, del Reglamento), ni pueda negarse a aplicar los efectos que a la resolución de apertura atribuya la Ley del Estado de apertura más que cuando tal ley no sea aplicable en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 15 del Reglamento («salvo disposición en contrario del presente Reglamento», art. 17.1) o por haberse aperturado en un procedimiento territorial del artículo 3.2 del Reglamento en ese Estado miembro (art. 17.1 in fine del Reglamento) o en los excepcionales casos de resoluciones que tengan por efecto una limitación de la libertad personal o del secreto postal (art. 25.3 del Reglamento) o puedan producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y las libertades individuales garantizados por su Constitución (art. 26).

Aunque en la doctrina existen algunas opiniones favorables a la posibilidad de un reconocimiento «a título principal» de la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia incluida en el ámbito objetivo de aplicación del Reg. 1346/2000, invocando para ello la aplicación analógica del Reg. 44/2001 o en base al procedimiento previsto en las normas de producción interna del Estado requerido (en el caso de España, el exequátur regulado en el artículo 955 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), la Sala entiende que no existen razones para admitir tal posibilidad, pues la aplicación analógica no procede, dado que no nos encontramos ante una laguna legal, sino ante una opción del legislador comunitario por un determinado sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, por haber considerado que las ventajas de dicho sistema (menor coste en términos de tiempo y dinero por el automatismo del sistema) superan los inconvenientes (dispersión en las resoluciones y posibilidad de resoluciones contradictorias) y no existe identidad de razón por cuanto que tanto el procedimiento de reconocimiento «a título principal» del Reg. 44/2001 como el exequátur del artículo 955 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 está previsto para supuestos de resoluciones cuyos efectos se producen respecto de una concreta parte, como sucede por regla general en los procedimientos judiciales singulares, caracterizados por la bilateralidad, mientras que la resolución de apertura dictada en un procedimiento de insolvencia afecta a una pluralidad de personas y organismos públicos, lo que dificulta la posibilidad de intervención de los mismos prevista en dichos procedimientos de reconocimiento «a título principal».

En todo caso, en el supuesto de autos, la petición de la recurrente no fue realizada en aplicación, siquiera analógica, del Reg. 44/2001 ni del artículo 955 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que no prevén el reconocimiento «automático» pretendido por la recurrente, sino al amparo de los artículos 16 y 17 del Reg. 1346/2000, que, como se ha razonado, no amparan la petición realizada.

Por todo lo expuesto, la resolución de inadmisión recurrida es conforme a Derecho y el recurso ha de ser desestimado.

[Auto núm. 27/2008, de 21 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a). Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Sarazá Jimena].

F.: Aranzadi Westlaw JUR 2008/121935.

Nota: 1. El Auto de la Audiencia Provincial prohíbe instar el reconocimiento a título principal de una decisión italiana de declaración de insolvencia y, para ello, parte de que el Reglamento (CE) núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, establece únicamente un reconocimiento automático de la declaración del estado de insolvencia, es decir, sin procedimiento alguno de homologación (arts. 16 y 17). El Auto

sostiene, además, que las partes podrán combatir el reconocimiento automático a través de los «correspondientes medios de impugnación judiciales o administrativos» en función de la autoridad y de la razón por la que se ha procedido al reconocimiento automático (FJ IV, en este caso, apelación frente al auto de un Juzgado de lo Mercantil).

Lo argumentado de la decisión no oculta mi discrepancia con su conclusión, ya que, en mi opinión, el silencio del Reglamento debe ser interpretado a favor de la admisibilidad del reconocimiento a título principal de la declaración de apertura del procedimiento de insolvencia. Éste se materializaría en el procedimiento previsto en el Reg. 44/2001, que en otros ámbitos hace las veces de cauce para la declaración de ejecutividad, pero también para el reconocimiento a título principal cuando no esté en juego el efecto ejecutivo, como es el caso (vide OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El reconocimiento en el “sistema Bruselas I”: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento 44/2001», *REDI*, 2003-2, pp. 717-744, esp. pp. 732-733). Con ello se logra habilitar un mecanismo uniforme en todos los Estados miembros para los casos de desacuerdo con la concesión o denegación del reconocimiento automático. De seguir la tesis del Auto, no se partiría de medios uniformes de impugnación válidos en todos los Estados miembros, sino de lo dispuesto en cada una de las legislaciones estatales.

Existen otros argumentos para admitir con certeza el reconocimiento a título principal de decisiones de apertura de procedimientos de insolvencia. Frente a la incertidumbre del reconocimiento automático, sólo vinculante para la autoridad ante la que se hace valer, el reconocimiento a título principal vincula a todas las autoridades del Estado requerido. Además, si cualquiera de las decisiones de desarrollo del concurso puede ser sometida a un reconocimiento principal cuando se pretenda la ejecución (art. 25 Reg. 1346/2000, que remite al procedimiento de declaración de ejecutividad del Reg. 44/2001, salvo en lo relativo a las condiciones de reconocimiento; vide VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, 2003, pp. 202 y ss.), con más motivo cabría el reconocimiento a título principal de la decisión que abre toda esa cadena de efectos patrimoniales y personales (sobre la importancia de ese carácter inicial de la decisión de apertura, vide CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acciones de reintegración de la masa y Derecho Concursal Internacional*, Santiago de Compostela, 2005, pp. 91 y ss.). Todas las decisiones sometidas a un reconocimiento a título principal son dependientes de la declaración de insolvencia, con lo cual ésta también debería poder someterse a ese régimen. Es ilógico que la declaración de ejecutividad de una decisión en el marco del concurso sí tenga efectos de cosa juzgada y no así la decisión inicial de la que depende, la apertura del concurso. Máxime cuando, en la práctica, puede suceder que se solicite conjunta y simultáneamente el reconocimiento de la decisión de apertura y la ejecución de una decisión concursal (vide CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Concursal Internacional*, Madrid, 2004, p. 158).

2. Es cierto que la conclusión aquí defendida y contraria al Auto, la habilitación de un reconocimiento a título principal de la declaración de apertura de insolvencia, genera algunos problemas de aplicación: así, la dificultad de establecer la competencia de un órgano jurisdiccional del Estado requerido para proceder a estos reconocimientos en abstracto. La Audiencia reconoce que en el caso se da la circunstancia de que en la sociedad deudora tiene su domicilio social en Madrid, pero ese posible criterio de competencia territorial para instar el reconocimiento es circunstancial e, incluso, excepcional dado que por regla general el domicilio social estará en el Estado de apertura del concurso principal. Pero, sin desconocer su complejidad, esta cuestión ya ha sido resuelta con éxito en otros ámbitos, por lo que no me parece un argumento definitivo para negar el reconocimiento a título principal. Así, cabría entender que el reconocimiento a título principal se presentaría, aparte de ante el tribunal del domicilio de la parte contra la que se intenta hacer valer la decisión, ante el tribunal del lugar donde se quieren hacer valer los efectos de la decisión (véase, así, el Reg. 44/2001 cuando habilita la declaración de ejecutividad en caso de oposición al reconocimiento automático o la LEC de 1881 cuando prevé un exequátur para cualquier efecto de la decisión extranjera, no sólo para su ejecución).

Para concluir, mi opinión, favorable a la admisibilidad de un reconocimiento principal, no significa que coincida con la totalidad de la argumentación de la parte recurrente. En efecto, la solicitud debe «ser admitida a trámite en todo caso», pero ello no significa que, como señala el recurrente, la solicitud de reconocimiento «ha de ser estimada en todo caso» (FJ IV), pues debe verificarse la compatibilidad de la resolución con el orden público del Estado requerido.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

4. Reconocimiento de decisiones de tribunales eclesiásticos

2008-10-Pr

RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS DE TRIBUNALES ECLESIASTICOS.– Incomparecencia del demandado en el proceso principal. Rebeldía como causa de denegación de la eficacia civil (art. 954 LEC). Recurso de casación interpuesto por el Ministerio fiscal: desestimación. Incidencia de los Reglamentos CE núm. 44/2001 y 2201/2003.

Preceptos aplicados: Acuerdo entre España y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos; Artículo 80 CC; artículo 954 LEC 1881.

Tercero [...] Resulta, pues, indudable que la interpretación restrictiva de la rebeldía como obstáculo al reconocimiento de una sentencia extranjera, ceñida a los casos en que ésta ha tenido lugar con carácter involuntario, está en relación con la protección del derecho al proceso debido y, en nuestra Constitución, con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el principio de la seguridad jurídica en el ámbito internacional [...] (doctrina que) es aceptada por la jurisprudencia constitucional; y deriva hoy de reglamentos comunitarios que se imponen sobre el Derecho interno y, aun cuando no son aplicables al caso enjuiciado, deben servir para orientar su interpretación. [...]

Sin embargo –en conexión con la jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación del artículo 954.2.º LEC 1881–, la existencia de un Reglamento comunitario, directamente aplicable en los Estados miembros de la Unión, que impone la necesidad de restringir el concepto de rebeldía a la que tiene lugar con carácter voluntario, como causa obstativa al reconocimiento de una resolución eclesiástica amparada el Acuerdo entre España y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 1979 y en el artículo 80 CC, impide considerar dicha rebeldía con carácter abstracto y general como impeditiva del reconocimiento de efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas e impone una matización en la doctrina de la sentencia invocada por el Ministerio Fiscal como fundamento de su recurso, la cual fue dictada con anterioridad a la promulgación de las normas comunitarias [...].

[Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 132/2007, de 24 de octubre 2007. Ponente: Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2008\12

Nota: 1. *Resumen de los hechos.* Muy sumariamente los hechos y el proceso seguido que culminan en el reconocimiento de una decisión eclesiástica pueden resumirse como sigue. Se trataba de alcanzar la eficacia civil de una sentencia canónica de nulidad dictada por el Tribunal eclesiástico del Arzobispado de Valencia, el 10 de noviembre de 1999 y por el tribunal de La Rota de la Nunciatura Apostólica de 3 de mayo de 2000, por las que se declaraba nulo el matrimonio con la demandada. El Juzgado 1.ª I núm. 4 de Torrent dicta auto en contra enten-

diendo que no puede acordar dicha eficacia «de haber oposición a la demanda». Al quedar a salvo el derecho de las partes y del Ministerio fiscal, planteado el recurso ante la AP de Valencia, por auto de 18 de octubre de 2006, la Audiencia acuerda estimar el recurso planteado contra la negativa del Juzgado de 1.ª I a conceder la eficacia civil y declara por tanto eficaz la sentencia canónica. Es entonces cuando el Ministerio fiscal recurre en casación ante el Tribunal Supremo, con fundamento en la infracción legal de los artículos 80 CC y 954.2 LEC. Finalmente, el Tribunal Supremo confirma la SAP de Valencia reconociendo efectos civiles a la decisión eclesiástica.

2. La STS posee distintos temas de interés de los que no podemos ocuparnos. La cuestión central debatida reside en si la *de una de las partes* en el proceso (canónico) principal puede ser óbice para el reconocimiento de la decisión eclesiástica en cuestión por la que se anulaba el matrimonio canónico. Como es sabido, en desarrollo del artículo VI del *Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y España sobre asuntos jurídicos*, el artículo 80 del CC viene exigiendo que la demanda de eficacia civil sea planteada «a solicitud de cualquiera de las partes (y) si se declaran *ajustadas al Derecho del estado...* conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 LEC». En la práctica no ha sido el primero de los requisitos el que ha servido para fundamentar la denegación (o aceptación) de la eficacia civil, como fue de esperar en un primer momento; todo el debate teórico y práctico se ha centrado en torno a si las causas de nulidad canónica podían o incluso debían ser subsumibles dentro de las causas de nulidad civil contempladas por el artículo 73 CC. La necesaria identidad total, conforme con un Estado neutral frente al fenómeno religioso ha sido sostenida por un sector doctrinal (vide LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Libertad de conciencia y matrimonio», en AA.VV. *Derecho de familia y libertad de conciencia en la Unión Europea y el derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho eclesiástico del Estado*, Serv. Publ. UPV, San Sebastián, 2000, pp. 71-72 y MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. «Sistema matrimonial español», *Rev. J.UAM*, 2001, núm. 5, pp. 139-163) y no siempre seguida por nuestros tribunales (vide STS. Sala 1.ª, de 23 de noviembre 1995, en la que se afirma que «*lo que no cabe es imponer, conforme a los Tratados vigentes, que la Iglesia católica haya de acomodar su normativa y actos jurídicos a la muestra positiva*»). En cambio, los requisitos del artículo 954 LEC 1881 y en particular, el comportamiento de las partes como determinante del reconocimiento/no reconocimiento se ha situado en el centro de gravedad, como ocurre en el caso que nos ocupa. En cualquier caso pese al tiempo transcurrido desde la celebración del AJSS y a la inabarcable doctrina y jurisprudencia sobre esta cuestión (vide un resumen espléndido con aportaciones significativas en determinados aspectos PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos en el derecho español. La cuestión del ajuste al orden público constitucional*, Valencia, 2006) la cuestión del reconocimiento de efectos civiles a las sentencias matrimoniales canónicas sigue siendo en cierto modo fugitiva y resistente a una sistematización firme. Tal vez porque muchas de las decisiones se adentran por los vericuetos de la conciencia de las partes, un camino que no conduce lejos a la hora de objetivar y racionalizar una respuesta en Derecho, como ocurre en el caso que nos ocupa: si son dos los argumentos centrales que conducen a confirmar la SAP Valencia admitiendo la eficacia civil, el segundo, al precisar cómo entre los límites del derecho fundamental a la libertad ideológica se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva, afirma que éste comprende el «reconocimiento de la eficacia de sentencias eclesiásticas si se reconoce por el Ordenamiento interno (STC 66/1982, de 10 de diciembre), teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, que la persona que ha contraído matrimonio canónico parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos (...), circunstancia que, obviamente, no excluye la posibilidad de una mutación de dichas convicciones en la persona afectada que pueda ser relevante para justificar su incompatibilidad ante dichos tribunales (...)». El juzgador trata de establecer el equilibrio entre dos derechos fundamentales enfrentados y la decisión resulta impecable desde el ángulo de la valoración de

las circunstancias concurrentes en cada caso, admitido que no existen derechos fundamentales absolutos y que la ponderación es inevitable cuando en una situación las partes son igualmente titulares de derechos fundamentales (sobre esto ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 92, 116 y 121). Pero no parece de recibo hacer depender el reconocimiento de una sentencia de nulidad canónica del estado o de la evolución de las convicciones (religiosas) de la persona.

En efecto, la cuestión nuclear reside en si la ausencia (el Derecho canónico desconoce el concepto de rebeldía) en el proceso principal es equiparable a la rebeldía en el sentido del artículo 954 LEC 1881, y así lo confirma la STS objeto de examen, para diferenciar entre la rebeldía *voluntaria* (que estaría amparada por el derecho fundamental a la libertad ideológica *ex* artículo 16 CE, esto es, ¿se puede obligar a comparecer en el proceso canónico o la incomparecencia la ampara el DF de libertad religiosa?) y la rebeldía *involuntaria* (amparada por el derecho fundamental a la tutela judicial *ex* artículo 24 CE)?; Esta diferencia no es novedad en este ámbito pues ya aparece en la STS n.º 644/2002, de 27 de junio (también la importante STCE 43/1986, de 15 de abril). Ahora bien, siendo idéntico el sustrato fáctico en ambos casos el resultado final es diametralmente opuesto: en la STS objeto de análisis la voluntaria ausencia no impide el reconocimiento (confirmando el criterio de la AP Valencia) mientras que en aquél, la ausencia determina un comportamiento finalmente obstativo del reconocimiento de efectos civiles a la decisión eclesiástica. En fin, un dato para la reflexión sería el diferente criterio dentro de una misma Sala del TS en una materia tan delicada como es la relativa a las acciones de estado (determinante de la intervención del Ministerio Fiscal) sobre la que además gravitan derechos fundamentales de la persona.

3. Más allá del dato, periférico, relativo al papel que asume el Ministerio Fiscal al interponer el recurso de casación (función que le viene encomendada por el artículo 749.1 LEC 1/2000) su intervención puede explicarse en clave de defensa de una legalidad (la de las causas de nulidad matrimonial) que, como hemos apuntado, no está nada clara. Desde esta perspectiva, la presente STS da un paso adelante que merece una valoración positiva, lo que no nos exime de advertir sobre los riesgos que se pueden hallar en el camino emprendido con esta interpretación. En efecto, si resultan loables los esfuerzos por situar los procesos canónicos, ciertamente anómalos, en sede constitucional no lo es menos el intento último de limitar y objetivar el requisito de la rebeldía (*ex* art. 954 LEC 1881) como motivo susceptible de impedir el reconocimiento. Con esa finalidad, el Tribunal Supremo interpreta el alcance de este motivo en el mismo sentido que se le ha dado en los Reglamentos CE 44/2001 y 2201/2003 (desarrollando el argumento utilizado por el Ministerio Fiscal en el recurso). La técnica es buena: serviría para unificar criterios de interpretación por una misma jurisdicción, la Jurisdicción española, con independencia del origen (interno, comunitario o internacional de la norma), al introducir vía hermeneútica un concepto restringido de rebeldía como es el contemplado por los Reglamentos comunitarios. Ahora bien, la referencia a los Reglamentos comunitarios ¿tiene lugar con la finalidad de reforzar una línea de interpretación «común» o planea la duda sobre la aplicabilidad de dichos Reglamentos a las decisiones (ya a los procesos) eclesiásticas?

En la argumentación se detecta un fallo de calado y es que se han proyectado sobre los procesos canónicos dos Reglamentos, ninguno de los cuales resulta de aplicación a dichos procesos. El juzgador conoce el dato pero no sirven las razones esgrimidas. En efecto, declara inaplicable el Reg. 44/2001 por cuanto que se excluyen de su ámbito las cuestiones familiares y personales (vide Fto. 3.º, A), como también el Reg. 2201/2003 (en vigor desde 1 de agosto de 2004 pero aplicable desde el 1 de marzo de 2005): «*aunque no resulte aplicable al mismo por razones temporales*» e insiste «*Según el artículo 63 del expresado Reglamento, éste resulta aplicable al «Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y España sobre asuntos jurídicos»*» (cfr. Fto. 3.º, A, *in fine*). Aquí reside el error. Aunque el artículo 63, se refiere a los *Tratados con la Santa Sede*, es necesario precisar sus condiciones de aplicación. La disposición clave es el artículo 63.2 conforme al cual «cualquier resolución relativa a nulidad de un matrimonio... *se reconocerá en*

los Estados miembros en las condiciones previstas en el Capítulo III» (y entre otras, el artículo 22.1 b relativo a la rebeldía como motivo de denegación del reconocimiento). El artículo 63.3 b, extiende dicho régimen a las que se hallen sujetas al AJSS, de 3 de enero de 1979. Luego objeto de reconocimiento en los Estados miembros es la resolución civil homologadora de la decisión eclesiástica, conforme a los arts 80 CC y 778 LEC 1/2000.

Nos hallamos pues ante un sistema de doble *exequatur*: la decisión eclesiástica *exequaturizada* conforme al Derecho interno es la que puede requerir otro *exequatur* si se pretende su reconocimiento fuera de España. Así se deduce de sus antecedentes (cfr. p. 61 «Informe Oficial» o «Informe Borrás», al Convenio sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de 28 de mayo de 1998). De hecho es en el curso de las negociaciones de dicho Convenio cuando se plantea el problema, pues en virtud del Concordato con Portugal, los tribunales eclesiásticos de dicho país ostentan competencia exclusiva en las causas canónicas; luego de inmediato se suscitaba el problema de la «circulación» de tales decisiones en los demás Estados miembros. No siendo éste el caso español ni el italiano, países en los que en virtud de los Concordatos respectivos, la competencia en la materia es concurrente Iglesia-Estado. La solución diseñada entraña una doble consecuencia: 1.ª las resoluciones eclesiásticas una vez reconocidas por cada uno de los Estados concordatarios, entran sólo a los fines de su reconocimiento en los Estados miembros, de modo que se excluye el Reglamento pueda sustituir o desplazar al régimen interno de cada Estado concordatario; 2.ª hay que descartar cualquier interferencia entre el Reglamento y las cuestiones de competencia judicial internacional (p.ej. excepciones de litispendencia y conexidad entre la jurisdicción civil y la eclesiástica). Excepcionalmente, sólo Italia, España y Malta podrán someter las decisiones eclesiásticas de nulidad a los mismos procedimientos y controles previstos por sus propios Acuerdos con la Santa Sede (art. 63.4) organizándose de este modo un «sub régimen interno» para las decisiones eclesiásticas entre estos tres Estados, en todo caso facultativo para dichos Estados.

Mónica GUZMÁN ZAPATER

II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

1. Protección de menores

2008-11-Pr

SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES. Traslado de residencia de los menores por quien ostenta *de iure* la custodia que no la ejerce *de facto*. Vulneración del derecho de visita atribuido otro progenitor. Ausencia de traslado ilícito.

Preceptos aplicados Artículos 1, 3, 5, 12, 13, 14, 16, 19, 21 y 23 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; artículos 1901 y ss. de la LEC de 1881; 271,2.º, 413 y 460,1.º, 752,1.º LEC 2000; artículo 264.2.º del Código civil argentino.

Cuarto. Del anterior relato de hechos probados se desprende que no se ha producido en este caso ni traslado ni retención ilícitos, en los términos contemplados en el artículo 3 del Convenio de La Haya, pues el traslado se hizo con el expreso consentimiento del padre, y para que la retención se considerase ilícita, sería necesario que se hubiese producido con infracción de un derecho de custodia atribuido al padre /.../ siendo así que el padre no tenía legalmente

atribuido el derecho de custodia de las hijas, pues lo tenía atribuido en exclusiva la madre /.../ pues mientras la madre estaba en España las niñas vivían con su abuela materna, y el padre sólo seguía ejercitando el derecho de visitas, pero no asumió en ningún momento la custodia... /.../

Octavo [...]/en la fecha en que se produjo la retención de las menores, el Sr. Lucio no tenía la custodia de las hijas, pues sólo se le ha reconocido, y de forma provisional, después incluso de haberse presentado la demanda, de modo que la eficacia de dicha resolución es nula en el presente procedimiento [...]

Noveno.— No habiéndose producido traslado ni retención ilícitos, no procede acceder a la restitución interesada, sin necesidad de entrar en el análisis de posibles excepciones, aunque, a mayor abundamiento, no cabe desconocer la negativa de las menores a volver a Argentina, su apego a la madre, su perfecta integración en su nuevo medio, y el hecho de que, conforme se desprende del dictamen emitido en esta segunda instancia por el equipo psico-social adscrito a los Juzgados de Gijón, el retorno de las menores a Argentina supondría un elemento de pronóstico desconocido, que podría repercutir negativamente en su hasta ahora correcta evolución, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto, y confirmar íntegramente la Sentencia apelada.

[Sent. Aud. Prov. de Asturias (Sec. 7, Gijón) de 30 abril 2007. Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente]

F.: *Cendoj*: 33024370072007100172

Nota: 1. Probablemente no sea éste uno de los casos difíciles a los que aludí en otro momento como verdadera piedra de toque del sistema instaurado por el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, pero sin duda es uno de esos casos raros en los que la aplicación simple y relativamente sencilla del mismo puede deparar consecuencias sorprendentes derivadas, precisamente, de la atipicidad del supuesto de hecho. Resumiendo brevemente el supuesto que desencadenó la puesta en marcha del mecanismo convencional, nos encontramos con una situación típica de matrimonio mixto hispano argentino que se disuelve en Argentina, mediante sentencia de divorcio, en la que se atribuye la «tenencia» de las dos hijas menores comunes a la madre, y un derecho de visitas que ejercería el padre. Hasta aquí nada de diferente a los miles de casos similares. La especialidad del presente surge cuando la madre comienza a realizar frecuentes viajes a España y traslada su residencia a nuestro país, dos años después del divorcio, y las hijas menores permanecen en Argentina al cuidado de la abuela materna. Del propio texto de la sentencia derivan, a mi juicio, indicios de que dicho cuidado era compartido por la abuela y el padre de las menores; mas esto es una mera lectura entre líneas, que puede no corresponderse con la realidad y que, no obstante, a efectos meramente especulativos voy a dar por buena para ilustrar la situación en cierto modo paradójica que plantearía (núm. 3). Siete años después del divorcio y cinco desde el traslado de la residencia de la madre a España, las hijas viajan de nuevo a nuestro país con la abuela y la madre comunica al padre que no van a volver a Argentina. El padre reclama el retorno sobre la base del Convenio de La Haya.

2. Tal vez la edad de las menores, 10 y 12 años, respectivamente, y su voluntad de no regresar a Argentina pesaron en la primera instancia judicial para denegar el retorno por considerar que podría exponerlas a un grave riesgo de peligro físico o psíquico o de exposición a una situación intolerable para las menores (inefable art. 13, b, del Convenio argüido por el Juzgado núm. 9 de Gijón); de forma innecesaria, la Audiencia se carga de razón en su Fundamento de Derecho noveno, incidiendo en esta voluntad. Probablemente, también, nada de ello (el peligro...) se correspondía con la realidad: por lo que puede deducirse de la narración de los hechos de la sentencia que comentamos, la aplicación del artículo 13 del Convenio era más que dudosa, pues las menores mantenían una vida perfectamente estable en Argentina, desde el punto de

vista familiar y material. La Audiencia es más respetuosa con el sistema del Convenio y más obvia: la aplicación del artículo 13 del Convenio es una excepción a la devolución prevista en el artículo 12 que, a su vez, presupone la ilicitud de una traslado o retención que, en puridad, no se da en el supuesto: no habiendo traslado ni retención ilícitos en el sentido del artículo 3 del Convenio no hay obligación de retorno. Y fin.

Tiene razón la Audiencia en el planteamiento: la posibilidad de ordenar el retorno pasa por la constatación de que el traslado o la retención han sido ilícitos. Y en la aplicación más simple y pegada a la letra de la ley, en el caso de autos ha sido quien ostenta la custodia quien ha decidido libremente sobre la residencia de las hijas; sobre su traslado. El artículo 3 del Convenio es claro al respecto: la ilicitud deriva de un desplazamiento producido con infracción de un *derecho de custodia*. La Audiencia se esmera en demostrar que no ha habido ninguna violación de un tal derecho, pues éste recaía, precisamente en la madre que retuvo a las menores decidiendo sobre su residencia, en ejercicio de sus derechos: el artículo 5 del Convenio lo declara específicamente. Para ello la Audiencia realiza una interpretación, como digo simple, del citado artículo 3 del Convenio que, no obstante, incurre en alguna imprecisión innecesaria: en el considerando cuarto de la sentencia anotada considera dos supuestos diferentes y alternativos los apartados *a*) y *b*) del artículo 3 párrafo primero del Convenio que, como es bien sabido, son complementarios. La Audiencia se esfuerza, innecesariamente, en acreditar que el padre no ejercía de forma efectiva el derecho de custodia [citado apartado *b*)], cuando, sin más, no podía ejercerlo pues no lo tenía conforme al apartado *a*). En el Fundamento de Derecho sexto, vuelve a incurrir en esta confusión.

Más coherente con los datos jurídicos del caso, señala también la Sentencia anotada que los derechos de custodia y visita se protegen de forma diferente por el Convenio: «...el derecho de visita se protege en un grado inferior, pues sólo puede dar lugar a una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita, en los términos previstos en el artículo 21 del Convenio» (Fundamento de Derecho sexto). Parece significar la Audiencia que el reclamante tan solo ostentaba un derecho de visita, cuya vulneración no implica el retorno (vide, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Derechos de Visita y Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: la práctica española», *Dereito* núm. 2, 2005, pp. 255-273, a cuyo contenido me remito para valorar también los aspectos relativos a los permisos –elemento que aparece en la Sentencia– para abandonar el país de residencia habitual del menor).

3. Como he señalado, nada que objetar a la solución del caso, desde la estricta aplicación del Convenio. El artículo 3 del mismo contiene, en terminología del propio Informe Explicativo de la Profesora Pérez Vera, un elemento jurídico y un elemento de hecho que conforman un todo: *ejercicio efectivo del derecho de custodia atribuido* en el Estado de la residencia habitual del menor (núms. 65-74, del Informe). No son dos situaciones distintas tuteladas, como en algún pasaje parece deducir la Sentencia. Si el padre reclamante no poseía el derecho de custodia, mal podía ejercerlo de forma efectiva.

Mas, he comentado anteriormente que los hechos traslucen un ejercicio aparente de las facultades inherentes a la custodia por parte del padre y que, a pesar de que la Sentencia se esfuerza en negarlo, señalando que dicho ejercicio efectivo lo realizaba la abuela, por delegación de la madre, iba a partir como hipótesis de dicho dato. ¿*Quid* del supuesto en que el titular de la guarda no ejercita ésta de forma efectiva y sí lo hace el titular del derecho de visita, siendo el primero el que traslada «lícitamente» a los menores? Eliminemos del supuesto real a la abuela («eliminación» meramente especulativa, claro): la madre, que ostenta la guarda, lleva siete años no ejerciéndola de forma efectiva, pues vive en España; el padre, que no la ostenta, lleva siete años al cuidado de sus hijas en Argentina; la madre traslada a sus hijas a España. La solución en aplicación estricta del Convenio sería la misma: no ha habido traslado ilícito. Y sería la misma si el país de origen (de la residencia habitual de las menores inmediatamente

antes del traslado) fuese, por ejemplo, Israel o Nueva Zelanda. Aunque el Convenio se cuida especialmente de no introducir como correctivo explícito el «interés del niño», el Informe Explicativo se ve obligado a poner de manifiesto (de forma, a mi juicio no suficientemente convincente) cuál es su papel. Rescato del mismo una cita de A. Dyer en su informe sobre el anteproyecto de Convenio: «...la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida». La sentencia comentada pone bien a las claras que para evitar estos males, el traslado ha debido ser «ilícito» en los señalados términos del artículo 3.

Como he señalado, en el supuesto comentado la Audiencia posee argumentos suficientes para acreditar que no ha existido traslado ilícito; más, quizá como compango que estima moralmente necesario, alude a la voluntad de las menores, a su perfecta integración en España y la circunstancia futura e incierta («elemento de pronóstico desconocido» se lee en la Sentencia) de que el retorno a Argentina podría repercutir negativamente en su hasta ahora correcta evolución; además reprocha al solicitante de retorno que tuvo cinco años (desde que la madre dejó Argentina) para pedir que se le atribuyese la custodia de las hijas, lo que no hizo.

4. No sé si se trata de uno de los casos difíciles para los que el Convenio debería arbitrar alguna puerta de escape; pero la hipótesis ficticia que a partir del mismo he construido, eludiendo la proximidad cultural entre Argentina y España y la intermediación de la abuela, debería añadirse a las muchas que desde siempre hacen añicos el supuesto tipo de secuestro.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

2008-12-Pr

ADOPCIÓN INTERNACIONAL. Reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero. DIPr nacional. Control de ley aplicada. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Injerencia en el derecho a una vida familiar.

La Cour rappelle qu'«en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille». En l'espèce, la requérante se comporte à tous égards comme la mère de la mineure depuis 1996, de sorte que des «liens familiaux» existent «de facto» entre elles...

D'après les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour, là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille ...

La Cour estime que la décision de refus d'exequatur omet de tenir compte de la réalité sociale de la situation. Aussi, dès lors que les juridictions luxembourgeoises n'ont pas admis officiellement l'existence juridique des liens familiaux créés par l'adoption plénière péruvienne, ceux-ci ne déploient pas pleinement leurs effets au Luxembourg. Les requérantes en subissent des inconvénients dans leur vie quotidienne et l'enfant ne se voit pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans la famille adoptive.

Rappelant que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires, la Cour estime que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de

l'article 8 de la Convention. Cependant, les autorités nationales ont refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière.

[Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, asunto Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo].

F.: Aranzadi Westlaw, JUR\2007\147388

Nota: 1. La trascendencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el Derecho privado, en general, y para el DIPr, en particular, no es generalmente apreciada de manera correcta ni por la doctrina ni por el legislador español. Este es singularmente el caso de la decisión que comentamos que, pese a su capital importancia, parece no haber sido tenida en cuenta durante la tramitación de la Ley española de adopción internacional de diciembre de 2007.

2. La sentencia trae causa de la denegación del reconocimiento de una adopción constituida en Perú por parte de las autoridades de Luxemburgo. En noviembre de 1996 un tribunal peruano constituyó una adopción plena entre una niña de tres años y una ciudadana de Luxemburgo soltera. El reconocimiento de dicha adopción se denegó con posterioridad en Luxemburgo porque las normas rectoras del reconocimiento de las adopciones extranjeras imponen un control de la ley aplicada. El DIPr del Gran ducado sujeta, en efecto, las condiciones para adoptar a la ley nacional del adoptante y el Derecho material de Luxemburgo no permite la constitución de adopciones plenas por personas solteras. En virtud de estas normas la decisión peruana no es reconocida. Se permite, eso sí, la constitución de una adopción simple en Luxemburgo. Las demandantes ponen, sin embargo, de relieve que ésta no es una solución satisfactoria habida cuenta que la adoptada no adquiere la nacionalidad de Luxemburgo ni derecho sucesorio alguno respecto a la adoptante. Existen asimismo perjuicios desde el punto de vista fiscal.

En relación a los hechos habría que añadir un dato al que el Tribunal acaba otorgando relevancia. Con anterioridad al caso que nos ocupa había sido posible obtener el reconocimiento de las adopciones constituidas en Perú a favor de personas solteras mediante la simple presentación de una traducción de la decisión al Encargado del Registro civil luxemburgués que las inscribía sin realizar los controles prescritos por el DIPr de Luxemburgo. Esta mala praxis había generado expectativas en la Sra. Wagner que había actuado de buena fe y convenientemente asesorada por la *Association Perou-Luxembourg*. En 1994 una instrucción interna había, sin embargo, recordado a los Encargados del Registro civil la necesidad de aplicar las normas de DIPr. El primer caso de denegación del reconocimiento en virtud de dichas normas fue precisamente el asunto que nos ocupa.

3. Una vez agotadas las vías internas la supuesta infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos gira en torno a tres preceptos, el artículo 6 (derecho a un juicio equitativo), artículo 8 (derecho al respeto a la vida familiar) y 14 combinado con el 8 (principio de no discriminación y derecho a la vida familiar). Puesto que es la infracción del derecho a la vida familiar lo que reviste mayor interés, ésta será la línea argumentativa que se analizará con mayor detalle.

4. Las demandantes hacen valer que no han tenido derecho a un juicio equitativo *ex* artículo 6 en tanto y cuanto los tribunales nacionales no habían dado respuesta a las alegaciones basadas en el artículo 8 del propio Convenio. Se había, en efecto, alegado frente a las autoridades internas que la denegación del reconocimiento constituía una injerencia en la vida privada incompatible con el artículo 8.2. Dicho argumento no fue, sin embargo, examinado por los tribunales de Luxemburgo que consideraron, en primer lugar, que no había sido formulado de manera clara y precisa y, en segundo término, que el examen resultaba superfluo una vez denegado el reconocimiento en aplicación de las normas de DIPr.

Ambos argumentos son rechazados por el Tribunal Europeo que, por tanto, considera que se ha lesionado el derecho a un juicio equitativo. Dicha decisión se fundamenta en que las normas procedimentales hubieran permitido a los tribunales nacionales requerir a las partes para que precisaran el argumento y en la obligación de los tribunales de examinar y responder a los principales argumentos empleados, especialmente si éstos se basan en los derechos y libertades garantizados por el Convenio y sus protocolos.

4. Las demandantes alegan, en segundo lugar, que, al no reconocer el vínculo familiar creado por la decisión dictada en Perú, Luxemburgo ha infringido el derecho a una vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio. Del respeto a la vida familiar reconocido por el Convenio derivaría, según ellas, una obligación positiva de reconocimiento de los actos relativos al estado civil realizados en el extranjero.

Dicha argumentación es contestada por el Gobierno de Luxemburgo que, tras poner de manifiesto que no ha impedido a las demandantes vivir juntas, alega que subordinar el reconocimiento de una decisión extranjera a los requisitos del respectivo sistema de DIPr es una prerrogativa necesaria de los Estados a fin de verificar la compatibilidad de la decisión extranjera con las reglas fundamentales del foro y, por consiguiente, no puede considerarse una injerencia. Subsidiariamente se argumenta que de apreciarse tal injerencia ésta resultaría necesaria para proteger el orden público internacional de Luxemburgo. Los Estados contratantes del Convenio Europeo tendrían un margen de apreciación para determinar qué tipo de familia es la más adecuada para la protección del interés superior del niño. Entiende asimismo el Gobierno de Luxemburgo que habida cuenta que la adopción constituida infringe el orden público de Luxemburgo no puede en puridad hablarse de la existencia de un vínculo familiar que haya de ser protegido en Luxemburgo.

5. El Tribunal responde recordando que el artículo 8 del Convenio es aplicable siempre que existan *de facto* vínculos familiares. Si bien el derecho a adoptar no está garantizado por el Convenio éste sí que se aplicaría a las relaciones entre «adoptante» y «adoptado». Lo decisivo es, según el Tribunal, que la Sra. Wagner viene ejerciendo desde 1996 de madre de la niña que adoptó en Perú. Esta relación fáctica es «vida familiar» y está garantizada por el Convenio, que, por tanto, obliga al Estado a permitir su desarrollo y a otorgarle una protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia.

La denegación del reconocimiento de una adopción ya constituida en otro país es, por consiguiente, una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar siempre que existieran vínculos familiares fácticos entre «adoptante» y «adoptado». El Tribunal no llega, por tanto, a reconocer una obligación de reconocimiento de las decisiones extranjeras relativas al estado civil, tal y como planteaban las demandantes. Si existe, sin embargo, una relación fáctica el no reconocimiento equivale a una injerencia en el derecho a la vida familiar. El hecho de que el Gobierno de Luxemburgo hubiera permitido a las demandantes vivir juntas no sirve, por tanto, como planteaba el Gobierno para inferir que no ha habido injerencia sino que es precisamente el elemento que permite conceptualizar la denegación del reconocimiento como una injerencia en el derecho a la vida familiar.

6. Para que dicha injerencia estuviera justificada ha de estar prevista por la ley y constituir una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para una de las finalidades sociales enumeradas en el artículo 8.2. La necesidad social ha de ser adicionalmente imperiosa y la injerencia proporcionada.

Tras poner de relieve que la subordinación del reconocimiento al control de la ley aplicada está prevista en el Código civil de Luxemburgo y que puede justificarse en virtud de las necesidades sociales, el Tribunal recuerda que respecto a esta cuestión los Estados disponen de un amplio margen de apreciación. La extensión de dicho margen de apreciación varía, sin embargo, en función de las circunstancias siendo la presencia de principios comunes entre los sistemas jurídicos de los Estados contratantes una cuestión relevante. Es en concreto relevante que la posibilidad de adopción por parte de personas solteras sea reconocida en la mayor parte de los Estados del Consejo de Europa y que en Luxemburgo existiera una práctica que permitía la

obtención del reconocimiento de las adopciones plenas constituidas en Perú a favor de personas solteras que había generado expectativas legítimas en la adoptante.

Basar la denegación del reconocimiento de la adopción en el hecho de que no se aplicó la ley nacional de la adoptante a las condiciones de la adopción significa desde el punto de vista del Tribunal no tener en cuenta la realidad social y la situación de las personas afectadas menospreciando el interés superior del niño. En este punto reviste especial interés que el tribunal insista en que ha de estarse a la situación particular del niño afectado (apreciación *in concreto* del interés superior del niño) y que carece de relevancia que mediante el control de ley aplicada se busque defender un determinado modelo familiar como el más adecuado para el interés superior del niño (apreciación *in abstracto* del interés superior del niño).

7. Adicionalmente las demandantes hacen valer que la denegación del reconocimiento las discrimina por razón del estado civil de la adoptante. El Tribunal reconoce la existencia de tal discriminación y tras establecer que la misma puede estar justificada la considera, no obstante, desproporcionada en relación a la finalidad perseguida. La defensa de un determinado modelo de familia no justificaría colocar a una niña en un limbo jurídico.

8. Si bien no puede derivarse de la sentencia Wagner ninguna obligación positiva de reconocimiento de los actos extranjeros relativos al estado civil habida cuenta que el punto cardinal no es el acto en sí mismo sino la existencia de una relación familiar fáctica, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es desde mi punto de vista esencial por varios motivos. En primer lugar, obliga a tener en cuenta las situaciones creadas en el extranjero en tanto y cuanto éstas reflejen, como será la regla, una situación de hecho que pueda conceptuarse como vida familiar. La sentencia Wagner corrobora, en segundo término, que las normas de DIPr no han de recibir ningún tipo de tratamiento especial y pueden, por consiguiente, resultar en una injerencia en el derecho a la vida familiar de las persona que para ser legítima ha de estar justificada y ser proporcional, cuestiones todas ellas que han de ser enjuiciadas en relación al caso concreto. Finalmente me parece destacable que la sentencia Wagner conduzca a un concepto de orden público *in concreto*, cuestión que podría relacionarse en este asunto con la importancia que el Tribunal otorga al Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y al concepto de interés superior de niño. La defensa de modelo abstracto de familia no puede, en efecto, conducir a denegar de plano el reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero. Aunque tal denegación pudiera obedecer a una finalidad legítima toda injerencia ha de respetar el principio de proporcionalidad. Los efectos de la denegación del reconocimiento sobre los sujetos serán en este sentido un elemento fundamental.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

2008-13-Pr

TUTELA. Menor de nacionalidad marroquí.– Desestimación de la demanda, al tratarse de una forma de protección que no prevé el ordenamiento nacional del menor para este caso. Nuevo Código de Familia de Marruecos de 2004.– La *wilaya* del Derecho marroquí en relación con la tutela del Derecho español: falta de identidad entre ambas figuras. Indebida aplicación de los artículos 9, 1.º y 6.º CC.

Preceptos aplicados: artículos 9.1.º y 6.º, 172 y 222 CC; Código de Familia de Marruecos de 2004 y Ley 15/01, relativa a la *kafala* de los menores abandonados.

«Segundo.– (...) es claro que se pretende la tutela de un menor de edad de nacionalidad marroquí, es claro que una cosa es que el procedimiento de constitución y de las formalidades

sean las de la ley española y otra muy distinta que se aplique el Código civil español. En este caso ha de acudir a la ley personal del menor, esto es, a la ley marroquí aplicable al caso. Desde luego, a partir del 4 de febrero de 2004 en que entró en vigor el Código de Familia (...). Para que exista desamparo y se adopten medidas de protección de acuerdo con la ley española es preciso que conforme al artículo 172, 1 párrafo segundo el menor esté privado de la necesaria asistencia moral o material, lo que aquí no puede sostenerse pues (...) el menor está perfectamente atendido en todos los extremos posibles por sus dos abuelos. No existe posibilidad de utilizar el término desamparo ni la adopción de medidas de protección único supuesto en que de acuerdo con el artículo 9 del CC y respecto de menores abandonados cabría aplicar la ley española (conforme a ésta habría una guarda de hecho) (...).».

[Auto de la A.P. de Cádiz núm. 93/2007 (Sección 5.ª), de 15 de septiembre. Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Romero Navarro]

F.: Cendoj: 11012370052007200061

Nota: 1. Se presenta de nuevo ante las autoridades españolas una situación privada internacional hispano-marroquí, en un supuesto que puede estar vinculado con la actual inmigración de los nacionales de este último país hacia España, que resolvió el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ceuta, mediante auto de 27 de julio de 2006, en el que indica que no procede la formalización de la tutela (civil) del menor de nacionalidad marroquí a favor de una pareja, cuya nacionalidad no se indica. La AP de Cádiz desestima el recurso considerando que es de aplicación la ley personal del niño para determinar la medida de protección que procede en este caso, de conformidad con los apartados 1.º y 6.º del artículo 9 del Código civil español, que reclaman la aplicación del nuevo Código de Familia de Marruecos (CFM), que dispone que *«la tutela de los menores corresponde en primer lugar a su padre y, sólo en caso de que éste no la pueda ejercer corresponde a su madre o, en su defecto a otras personas (...)*». La referencia al contenido del referido CFM es correcta pero llama la atención la falta de indicación de sus concretas disposiciones y, en particular, la falta de aportación de la prueba de su contenido.

El CFM entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Reino de Marruecos*, el 4 de febrero de 2004, y el Título II del Libro IV regula las modalidades de tutela, término éste que conduce a una confusión en el caso de que dicha tutela sea ejercida por los progenitores del menor, como se verá *infra*. En todo caso, el artículo 236 prevé que *«el padre tiene el derecho de tutela de sus hijos, salvo si es declarado incapaz por sentencia judicial. Corresponde a la madre el derecho de administrar los asuntos urgentes de sus hijos cuando exista un impedimento del padre*». Por su parte, el artículo 237 dispone que *«el padre podrá nombrar un tutor testamentario para su hijo incapaz o que va a nacer y podrá revocar este nombramiento. Tras el fallecimiento del padre, el acta de nombramiento de tutela se someterá al control del juez, para verificar su validez y para confirmarla*».

Y, por último el artículo 238 establece que *«la madre ejercerá la tutela legal sobre sus hijos a condición de: 1. que sea mayor de edad; 2. que el padre no pueda asumir la tutela por motivo de ausencia, fallecimiento, desaparición, incapacidad o cualquier otra causa. La madre podrá designar un tutor testamentario de su hijo incapaz y podrá revocarlo. A partir del fallecimiento de la madre, el acto de la tutela testamentaria se someterá al juez, con el objetivo de que compruebe la validez y que lo confirme. En caso de fallecimiento del padre y si éste ha designado un tutor testamentario, su función se limitará a seguir la gestión que realice la madre de los intereses del menor sometido a la tutela, y podrá recurrir a la justicia llegado el caso*» (traducción de K. Ouald Ali, T. Saghir y G. Esteban y revisión por M. Loukili en el marco del Proyecto de investigación *«Traducción anotada del Código de la Familia de Marruecos de 2004*», Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2007–2008. Para un amplio comentario del mismo y la versión en francés del citado Código vide, MINISTÈRE DE LA JUSTICE: *Code de la Famille*,

Collection de textes législatifs, núm. 9, 2.^a ed., Rabat, 2005; ID. *Guide pratique du Code de la famille*, Rabat, 2005; FOBLETS, M.^a C./ CARLIER, J-Y, *Le Code marocain de la famille. Incidentes au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, 2005; LOUKILI, M./ZIRARI-DEVIF, M., «Le nouveau Code marocain de la famille: Une réforme dans la continuité», *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 11, 2004-2005, pp. 205 y ss).

2. Sin embargo, es de aplicación el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (CPM), que prevé que las autoridades de la residencia habitual del menor aplicarán las medias previstas por su ley interna (arts. 1 y 2), en este caso, por el Derecho material español (BOE núm. 199, de 20 de agosto de 1987). El Derecho español prevé un conjunto de medidas de protección, entre las que se encuentra la más tradicional tutela civil, pero también la tutela administrativa introducida en nuestro ordenamiento –como se sabe– por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero). La segunda se constituye cuando se constata el desamparo, teniendo lugar la suspensión automática de la patria potestad y la atribución de la tutela del menor a la autoridad correspondiente de la Comunidad Autónoma o Ciudad Autónoma española en la que se encuentre el menor.

3. Si bien en este caso se solicita la constitución de una tutela civil, tampoco procede la aplicación del Derecho marroquí porque el CPM prevé, que si el menor tiene en España su residencia habitual, las autoridades españolas han de aplicar la ley interna española. Ahora bien, dicho convenio dispone que tendrá que ser reconocida la relación de autoridad que nazca directamente por obra de la ley nacional del menor (art. 3), en cuyo caso es preciso preguntar a dicha ley si prevé su protección *ex lege*. El Título II del Libro IV del CFM regula las modalidades de tutela, expresión ésta ampliamente utilizada para traducir la palabra árabe *wilaya*, que –sin embargo– significa poder (vide, RUIZ-ALMODÓVAR, C., «El nuevo Código marroquí de la familia», *Miscelánea de Estudios árabes y hebraicos, Secc. Árabe-islam*, vol. 53, 2004, pp. 209 y ss). Y, en este sentido, rememora la idea romana de autoridad paterna (vide MEZIOU, K., «Le droit de la famille au Maghreb», *Études Maghrébines*, núm. 9, 1999, pp. 3-9).

La tutela del padre con respecto a sus hijos nace por obra de la ley (*ex lege*) por el hecho del nacimiento y dura hasta la mayoría de edad (18 años). Ahora bien, la *wilaya* no equivale en todo caso a la noción de patria potestad, tal y como es entendida en el ordenamiento español, motivo por el que no se emplea esta expresión para traducir la noción de *wilaya* que tampoco se corresponde con la tutela civil tal y como es concebida en la actualidad en el Derecho español, en particular, cuando ésta es ejercida por los progenitores del menor. En el Derecho marroquí de la familia, el padre ejerce la tutela (*wilaya*) sobre la persona y sobre los bienes del hijo/a y consiste en un poder de decisión acerca de todas las circunstancias de su vida hasta que alcanza la mayoría de edad. Si bien en la escuela malikí no tiene lugar la diferencia entre tutela de la persona y tutela de los bienes, tal y como sí se ha considerado de forma clara por la escuela hanafí, cabe apreciar que el padre, como tutor y, por tanto, representante legal de sus hijos, ostenta la tutela sobre su persona, no teniendo la persona que ejerce la *hadana* ninguna función en este sentido.

La persona que tiene la representación legal sobre el/la hijo/a tiene la tutela de su persona y, por tanto, el poder de dirección y de decisión con respecto a determinados aspectos de su vida, entre los que encuentran, sin duda, la determinación de su educación y de su formación. Por tanto, la *wilaya* ha de ser entendida como el poder de decisión y de dirección sobre la vida de una persona, que en este caso es el hijo. De hecho, en la época pre-islámica, la autoridad paterna –al igual en el Derecho romano– confería al padre el *ius vitae nescisque*, esto es, el poder de decidir acerca de la vida del hijo o de la hija. Sin embargo, el Profeta trató de introducir en esta relación la noción de protección, esto es, trató de transformar el poder de control en un poder de protección de la hija y del hijo, que las costumbres han ido modificando de forma lenta. Ambos sistemas familiares (romano y árabe) responden a un modelo de familia simetri-

zada de carácter patrilíneo, esto es, que define papeles simétricos para los hermanos e implica un reparto equitativo de los bienes del que las hermanas suelen estar excluidas (vide, TODD, E., *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, Barcelona, ed. Castellana, 1996, p. 6).

4. Cabe decir, por tanto, que en el actual Derecho de familia de Marruecos no existe una noción parecida a la conocida en España de patria potestad, que presupone –en todo caso– la igualdad entre hombre y mujer en relación con sus obligaciones y derechos para con sus hijos/as. De este modo, sólo el padre tiene la autoridad paterna sobre el/la hijo/a y a la madre corresponde el derecho de crianza (*hadana*), esto es, los cuidados personales y materiales (excluidos los alimentos) hasta su mayoría de edad. La *hadana* consiste en la crianza, esto es, el cuidado y atenciones de tipo personal que presta la persona que la tiene atribuida, que, en todo caso, no tiene la *wilaya*, ni sobre la persona ni sobre los bienes del hijo o de la hija. La persona que tiene la *hadana* –habitualmente la madre– no puede decidir ni la formación o instrucción que va a recibir su hijo/a, al tratarse de una función que corresponde al padre, como representante legal (art. 236 CFM) tanto de su persona como de sus bienes, hasta que alcanza la mayoría de edad.

5. Por ello, la expresión «tutela» no explica correctamente el sentido de la relación que se establece entre el padre y el hijo o la hija por el hecho de la filiación (legítima), lo que lleva en este caso a desestimar la demanda de constitución de una tutela civil, sin que se sepa realmente la situación en la que se encuentra el menor en Marruecos, en la medida en que el referido CPM de 1961 prevé que, una vez que se ha verificado la existencia de una relación de autoridad *ex lege*, éste tenga que ser reconocida por las autoridades de la residencia habitual del menor (arts. 1 y 2), pero sólo en el caso de que exista dicha relación y siempre que la protección sea efectiva, aspectos que no han sido verificados por la AP de Cádiz. Se limita a indicar que no procede aplicar la Ley 15-01, relativa a la *kafala* de los menores abandonados (*BORM* núm. 5031, de 19 de agosto de 2002), por el hecho de que su aplicación requiere la constatación y declaración previa del abandono [vide, OALD ALI, K./SAHIR, T., «Acercamiento a la adopción en los países del Magreb», en ESTEBAN DE LA ROSA, G.: *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Pamplona, 2007, pp. 84 y ss].

Cabe suponer que el menor está formalmente protegido de conformidad con su ley nacional y no –parece que– para la AP queda demostrado que no se encuentra sustancialmente desasistido en España, aspectos ambos que son los que es preciso acreditar para que no se ponga en marcha el sistema de protección de menores previsto por el Derecho español.

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA y Juan Simón MULERO GARCÍA

2008-14-Pr

PROTECCIÓN DE MENORES. *Kafala*. Pensión de orfandad: beneficiarios.–Menores acogidos conforme a la institución islámica de la *Kafala*.– «Cuestión previa» en las leyes españolas de la Seguridad Social.– Acreditación del vínculo de filiación.– Derecho a la igualdad ante la ley.– Extranjeros.

Preceptos aplicados: Artículos 10 y 14.1 de la LOEx.

[...] Segundo. La lógica matemática nos ha enseñado que hay tres operaciones básicas de relacionar dos conjuntos: atender a los elementos comunes de ambos –intersección– atender a los elementos comunes y no comunes –unión– y atender a los elementos no comunes –diferencia simétrica [...]. Nosotros creemos que la operación correcta en la de unión [...]. Así las cosas lo que hay que contrastar con la *Kafala* no es la adopción o el acogimiento sino al

conjunto adopción-acogimiento y por tanto efectuar una asimilación funcional menos drástica por depender del efecto jurídico buscado [...]. En segundo lugar la literalidad del artículo 175 LGSS al hablar de cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación no es tan contundente en cuanto que el uso del cuantificador universal «cualquiera que sea» no se compagina con un criterio interpretativo restrictivo [...] y podría comprender tanto la filiación ilegítima cuanto la alegal. Lo importante es atender pues a la ratio legis de la pensión de orfandad [...]. El presente caso se trata no de analizar comparativamente en cuanto instituciones la adopción y la kafala [...] sino a los efectos concretos del derecho de acceso a una prestación de la seguridad social española y con el designio de dar cumplimiento, no tanto a una exigencia constitucional de igualdad [...] sino a otra, legal más precisa, de paridad, derivada del artículo 10 de la LO 4/2001 [...] y del 14-1 de la misma [...] preceptos que al combinarlos con el artículo 9-4 del CC [...] exigen prescindir de una constructio verborum puramente nacional que privaría de eficacia a la norma [...].

[...] Por ello es el contenido de la obligación asistencia del causante, más que la denominación jurídica en que se expresa, la que debe ser objeto de comparación prescindiendo de nominalismos [...]. Y ya hemos visto que la Kafala, en supuestos como el presente [...] cumple la función con la misma extensión asistencial que la adopción [...].

[Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 58/2008 (Sala de lo Social, Sección 3), de 31 de enero. Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Fernández Otero.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2008/146505.

Nota: 1. Un sujeto de nacionalidad marroquí casado en Marruecos con una mujer marroquí, ambos con residencia habitual en España y en situación de regularidad conforme a la normativa de extranjería, solicita tras el fallecimiento de su esposa ante la Dirección Provincial del INSS respectivas pensiones de orfandad a favor de dos menores marroquíes vinculados con el matrimonio a través de una *Kafala* constituida en Marruecos. Se deniega la pensión argumentándose que los menores no tenían la condición de beneficiarios de la pensión conforme a la legislación española de la Seguridad Social (SS), básicamente *ex* artículo 175 LSS: «*tendrán derecho a la pensión de orfandad cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación...*». El sujeto, tras sucesivas reclamaciones administrativas sin éxito, demanda al INSS ante el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, que reconoce la pensión por aplicación del principio de igualdad (art. 14 CE). La sentencia es recurrida por el INSS ante el TSJ de Madrid, quién la confirma estimando que no se ha violado el principio de igualdad, sino que mediante una peculiar construcción de la tesis de la calificación funcional y una prolija argumentación presidida por la búsqueda de la justicia material accede, en mi opinión, erróneamente, al reconocimiento de la prestación. Dos circunstancias perfilan el supuesto: 1.^a) No todas las *Kafalas* del Derecho islámico son idénticas y en este caso se trataba de una *Kafala* no constituida por los padres biológicos (declarados los niños en situación de abandono) y constituida judicialmente; 2.^a) Se había obtenido legalmente la reagrupación de los menores en España, conforme a los criterios de las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración de 1 de diciembre de 2004 y de 27 de septiembre de 2006, sobre la *Kafala* (www.mtas.es), en virtud de las cuales las *Kafalas* como el presente supuesto se equiparan al régimen jurídico de la *tutela dativa* y permiten la reagrupación familiar *ex* artículo 17.1.c) de la LOEx.

2. La sentencia es ejemplo de los puntos de contacto existentes en el Derecho español entre las normas de Derecho Público y las normas de DIPr. y, en concreto, entre las normas del Derecho de la SS con el DIPr. El supuesto no suscitaba problema de competencia judicial internacional, pues la competencia de nuestros tribunales resultaba indubitada *ex* artículo 25.3 LOPJ

[vide en materia de pretensiones frente al INSS, STS 2 de marzo 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/40)]. Tampoco planteaba problemas de ley aplicable a la relación jurídica de afiliación ni a la relación de protección, sujetas a la legislación española de la SS (especialmente, Convenio Hispano-Marroquí sobre Seguridad Social 8 de noviembre 1979 modificado por el Protocolo Adicional 27 de enero 1998). Sorprende y es criticable que la sentencia no aluda en momento alguno al citado Convenio.

3. Asentada la correspondencia entre competencia de los tribunales españoles y aplicación de la ley española de la SS, el interés de la sentencia se sitúa desde una dimensión práctica en la extensión realizada judicialmente por primera vez en nuestra jurisprudencia (que se tenga conocimiento) del ámbito de aplicación personal de la pensión de orfandad, equiparando a estos efectos la institución de la *Kafala* a la filiación adoptiva en el Derecho español. El interés para el internacionalprivatista va más allá básicamente por dos razones: 1.^a) Es ejemplo de la aparición de cuestiones de DIPr. en el proceso de aplicación de las normas de Derecho Público y de la reiterada resistencia de nuestros tribunales a la aplicación del sistema del DIPr. español; 2.^a) Revela la actual tensión subyacente en la jurisprudencia española entre el principio de legalidad y la búsqueda de la justicia material; tensión que ha de resolverse a favor del primero en beneficio del principio-valor de la seguridad jurídica.

4. El cómo se suscita la cuestión de DIPr. en la *litis* no es problema judicial nuevo. Se viene planteando en la aplicación de las normas de extranjería que regulan el derecho a la reagrupación familiar y en el sector de la SS con ocasión de la pensión de viudedad en los casos de matrimonios poligámicos. Surge en el proceso de aplicación de ciertas normas de Derecho Público que condicionan el reconocimiento de un determinado derecho subjetivo a una situación previa relativa al estatuto personal, definida mediante un concepto normativo. Se trata de un problema jurídico de «cuestión previa», concebido como un problema jurídico común que afecta a todas las ramas del Derecho. Tratándose de situaciones privadas internacionales, nuestros tribunales han de aplicar las normas del DIPr. español para resolver la cuestión.

5. El Tribunal debía haber consultado si el Convenio Hispano-Marroquí *ad hoc* o la legislación española de la SS contienen una solución especial de DIPr. (material o conflictual) a la cuestión planteada. Descartada su ausencia (concorre *ad. ex.* con ocasión de la poligamia respecto a la pensión de viudedad *ex art.* 23 del Convenio Hispano-Marroquí), la cuestión debía resolverse aplicando las soluciones generales del DIPr. español vigente. Ello conducía al hoy vacío de contenido artículo 9. 5 IV CC y a una contundente jurisprudencia registral al respecto, pues temporalmente no era aplicable la vigente Ley de Adopción Internacional (LAI), que por primera vez ofrece una regulación legal en su artículo 34 a los efectos legales de las *Kafalas*.

6. En efecto, dado que el objeto de la *litis* era decidir si los menores tenían la condición de beneficiarios de la prestación de orfandad que el artículo 174 LSS reconoce sólo a los «hijos del causante», la cuestión jurídica a dilucidar era si la *Kafala* genera vínculo de filiación entre el menor y la causante. El caso planteaba un problema de reconocimiento o efectos jurídicos de la *Kafala*, que debía ser resuelto en el marco de las normas españolas de reconocimiento de resoluciones o actos extranjeros entendido en sentido amplio. Como se expuso correcta y documentadamente por el Letrado del INSS en la argumentación jurídica del recurso de suplicación, la eficacia que dicha institución es susceptible de producir en nuestro país, así como el control incidental que debe realizar el tribunal sobre el acto extranjero, es una cuestión que viene recibiendo en España una solución reiterada e inmutable por la práctica jurisprudencial de la DGRN (expuesta contundentemente en la etapa pre-LAI en la Res. Cir. DGRN 15 julio 2006). A los efectos que interesa, las claves se resumían en tres: 1.^a) *La Kafala musulmana no crea vínculo de filiación entre los kafils y el menor*. No supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados y se limita a fijar una obligación personal, por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptado y se obligan a atender su manutención y educación; 2.^a) *Nunca*

podrán las *Kafalas* ser reconocidas en España como adopción, sino que a través de la técnica de la calificación por la función, tales instituciones pueden considerarse en España como un acogimiento familiar, dada su similitud funcional; 3.^a) Las *Kafalas* pueden ser reconocidas en España si han sido válidamente constituidas por autoridad extranjera, siempre que no vulneren el orden público internacional español y si los documentos en los que constan se presenten debidamente legalizados y traducidos al idioma oficial español.

7. Esta contundente jurisprudencia registral es la que ambas sentencias no aplican en la búsqueda de la justicia en la solución. Los argumentos jurídicos se plantean desde ópticas distintas, aunque ausentes de una sólida base legal. La primera reconoce la pensión por *aplicación del principio de igualdad* en relación al de la *protección de la familia y de la infancia* (arts. 14 y 39 CE). Se trata de una construcción en clave constitucional en torno a la idea de que el no reconocimiento produce una discriminación indirecta por razón de la filiación, por la imposibilidad de los menores de adquirir el carácter de hijos adoptivos conforme a su ley nacional. La STSJ de Madrid resulta más interesante, pero adolece del mismo error de fondo (finalmente, recurre al principio de paridad derivado de los artículos 10 y 14 LOEx). La Sala aplica una *suis generis* tesis de la calificación funcional, no comparando las funciones de la *Kafala* y de la adopción en su conjunto, sino en función del concreto efecto que interesa: *el contenido de la obligación de asistencia de la causante*. El tribunal consulta el Derecho marroquí (fase de definición) y comprueba que *in casu* la *Kafala* cumple la función de asistencia con la misma extensión que la filiación adoptiva en el Derecho español (fase de decisión), justificando así un tratamiento semejante para acceder a la prestación.

8. La sentencia es bien intencionada en términos de justicia material, sensible al actual Derecho *puerocéntrico* y al multiculturalismo, y aguda en su construcción, pero, reitero, ausente de base legal sólida. Parte de la lógica matemática, pasa por divagaciones como filiación ajurídica o pre-jurídica y comete graves errores, como equiparar la filiación adoptiva a una medida de protección del menor o acudir al artículo 9. 4 CC. El problema de fondo venía dado por un límite legal. Nuestro legislador limita la pensión de orfandad a los «hijos» y la *Kafala* no genera vínculo de filiación, siendo equiparable como máximo en el Derecho español a la tutela (art. 34.1 LAI). La propia STSJ reconoce el límite: *La actual regulación legal [...] no permite crear o ampliar por el cauce judicial, una prestación contributiva configurada por quien tiene competencia legislativa*. La respuesta en clave legal es la única solución a problemas similares y corresponde al legislador continuar decidiendo el grado de apertura del Derecho español a las *Kafalas*. La vía unilateral no parece hoy el camino idóneo, pues implicaría la incorporación de una impensable norma que reconozca la prestación de orfandad a «menores sujetos a tutela o a otra medida de protección del menor» o de una norma especial. La vía convencional *ex* Convenio Hispano-Marroquí sobre Seguridad Social se muestra como el camino oportuno, incorporando vía Protocolo una norma especial que garantice en España a los menores extranjeros sujetos a *Kafalas* equiparables a la tutela una prestación asistencial similar a la de orfandad, en caso de defunción del *Kafils*. El interés del menor pasa por aceptar que la previsibilidad de soluciones y la seguridad jurídica integran dicho interés.

Sandra GARCÍA CANO

2. *Matrimonio*

2008-15-Pr

DIVORCIO Y DERECHOS ECONÓMICOS DE LA ESPOSA.– **Matrimonio marroquí residente en España. Derecho extranjero aplicable. Alegación y prueba. Posible contradicción con el orden público. – Invocación por parte de la esposa del nuevo Código de Familia marroquí (2004). Matrimonio celebrado en Marruecos en el año 2001. Problemas de derecho transitorio extranjero. Desconocimiento de la solución del problema de derecho transitorio. Aplicación de la ley española.**

Preceptos aplicados: artículos 107, 12.3 y artículo 281 LEC.

2. [...] hemos de resaltar de forma previa que la actora no ha demostrado en realidad el contenido y vigencia del Derecho extranjero, concretamente, el marroquí, como Ley nacional común a ambas partes aplicable al tema ahora discutido (art. 107.2 del Código civil –redacción dada por Ley Orgánica núm. 11/2003, de 29 septiembre) [...]

3. No obstante, el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza al tribunal a valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del Derecho extranjero. Y la Sala, tras revisar el contenido de la página web contenida en la extranet de jueces y magistrados del CGPJ correspondiente al Derecho extranjero, localiza, en efecto, el Código de la Familia marroquí o «Al Mudawwanah» promulgado el 3 de febrero de 2004. [...]

4. Ahora bien, el matrimonio entre los litigantes data de 2001, antes de la entrada en vigor de la indicada norma, cuyas disposiciones transitorias (arts. 397 y siguientes) no aclaran si el nuevo código es aplicable a los matrimonios celebrados con anterioridad; y, además, la Sala desconoce otros preceptos de carácter general del Derecho marroquí que puedan resolver el problema, al igual que el contenido de la norma anteriormente en vigor, el Código del estatuto personal y de sucesiones de Marruecos. Por consiguiente, no habiéndose probado y desconociéndose la legislación extranjera que debería ser aplicada, no pueden prosperar las pretensiones deducidas en la demanda. Con fundamento en todo lo expuesto, procede desestimar el recurso.

[Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1.ª). núm. 252/2007 de 27 noviembre (AC\2008\304). Ponente: Ilmo Sr. don Antonio Angós Ullatea].

F.: Aranzadi Westlaw, AC\2008\304

Nota: 1. *Hechos relevantes y decisión adoptada:* La Audiencia Provincial de Huesca declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 26 de enero de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca por la que se declara el divorcio de dos nacionales de Marruecos residentes en España. La apelante, la ex-esposa, si bien obtuvo la estimación parcial de su demanda de divorcio, discrepa sobre la aplicación preferente del Derecho español en detrimento de la Ley nacional común marroquí, pues le aporta –a su entender– mayores derechos económicos. El juez de primera instancia, aplicando el Derecho español, acordó como medidas la obligación del marido de abonar, en concepto de pensión por desequilibrio, la cantidad mensual 120 euros por plazo de 12 mensualidades. Pero según la esposa, aplicando el derecho marroquí, percibiría por el *sadaq*, la *idda* y la *mout'a*, unos 2.000 euros por cada uno de los conceptos.

El tribunal de primera instancia rechazó la aplicación del Derecho marroquí invocando que su contenido vulnera el orden público internacional español, pero sin proceder a un análisis en concreto, e invocando, a su vez, la falta de prueba de su contenido. En apelación, la AP refuer-

za la decisión adoptada en primera instancia, pero argumentando un problema de derecho transitorio con respecto a las normas del derecho extranjero aplicables. El tribunal duda sobre si las normas extranjeras aplicables, a la disolución por divorcio de un matrimonio celebrado en el año 2001, son las del Código de Familia vigente (Ley 70-03, relativa al Código de la Familia, que entró en vigor el 5 de febrero de 2004) o las normas del texto anterior (de 1957 y reformado en el año 1993), y pareciendo, además, que sólo el texto anterior en el tiempo plantea la eventual contrariedad con el orden público internacional español.

2. *Solución general al (supuesto) problema de derecho transitorio*: Los problemas de Derecho transitorio extranjero; es decir, los relativos a la modificación en el tiempo de las normas materiales del derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto (a la sazón, el art. 107 del Código Civil) han de resolverse, en principio, atendiendo al propio derecho extranjero. El nuevo Código de Familia marroquí (2004), en su Libro IV, contiene disposiciones transitorias y finales. Existen disposiciones destinadas a que los matrimonios celebrados (o los actos y decisiones adoptados) antes de la entrada en vigor del nuevo Código, y conforme a la anterior ley, mantengan su validez (art. 398). También existe una disposición que permite que establece un plazo de 5 años (desde la entrada en vigor del nuevo texto) para formular una acción de reconocimiento que permita probar los matrimonios celebrados según la costumbre (art. 16). El atender a un *favor validitatis*, en el ámbito del DIP, no es inaudito (v. gr., la *Cour Cass. francesa*, en sentencia de 22 de diciembre de 1970 –*Rev.crit.dr.int.pr.*, 1972, p. 464–, que tuvo en cuenta la ley española que, conforme a la nueva ley, validaba retroactivamente los matrimonios en forma religiosa celebrados en España durante la guerra civil). Sin embargo, aquí no se trata de validar un matrimonio ni de probarlo ni se plantea su nulidad. Estamos ante un divorcio solicitado en el año 2007 (dos años después de que entrara en vigor el nuevo Código), y el problema de Derecho transitorio que plantea la AP no alcanza sólo a una disposición sino a todo el Código de Familia marroquí (2004).

La solución general que el derecho extranjero ofrece al problema de Derecho transitorio ante tal solicitud de divorcio es diáfana. El Libro VII del nuevo Código de Familia marroquí (2004) deroga los textos contrarios al Código reformado o los que hagan «doble empleo» (art. 397). Una demanda de divorcio planteada en el año 2007 queda sujeta, sin duda, al texto en vigente (2004). Tal es la lógica a seguir en España como en Marruecos. En este país, a esta solicitud de divorcio le hubieran aplicado el Código vigente (2004) y no el texto anterior. Incluso a los verdaderos problemas de Derecho transitorio, planteados cuando la solicitud de divorcio es anterior a la entrada en vigor o cuando se pide una revisión de las medidas, se tiende a responder, en Marruecos, invocando el nuevo código al ser presentado éste un avance en los derechos fundamentales. Así las cosas, todo apunta a la misma solución. Y más aún cuando, como parece, es el texto anterior el que ofrece dificultades con el orden público español.

En otras palabras, ocurre en Marruecos lo mismo que ocurre en España: que a los casados antes de 2005 no se les divorcia con la ley de divorcio del día en que se casaron, y que incluso se divorcia a los que se casaron antes de 1981 (aunque no hubiere ley de divorcio) si lo solicitan. Si en primera instancia se estimó el divorcio conforme a la ley española de 2005 bien se podría estimar el divorcio conforme al Código de Familia marroquí de 2004. No debiéndose distinguir donde la ley no distingue (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*) hemos de leer entre líneas para averiguar las razones que llevan a la AP a invocar un tal problema de derecho transitorio. Pero antes, cabe llevar hasta las últimas consecuencias el razonamiento del problema transitorio, pues sí que es cierto que algunas disposiciones del Código carecen, requiriéndolo, de disposiciones transitorias particulares o especiales.

3. *Solución específica con respecto a la disposición relativa al reparto de bienes adquiridos durante el matrimonio* (art. 49): Las dificultades de conocimiento y de interpretación del derecho extranjero conducen a invocar (o pretextar) un problema de Derecho transitorio con respecto a la aplicación del nuevo Código a una demanda de divorcio solicitada dos años des-

pues de su entrada en vigor. Ahora bien, el nuevo Código contiene una disposición *ex novo* (art. 49) que, precisamente por su carácter novedoso, ofrece dificultades de aplicación (al menos en parte) a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor del nuevo Código. Se trata de una disposición pensada para atenuar la rigidez de un sistema matrimonial basado en la más absoluta separación de bienes, y que ha venido reduciendo el reparto, en caso de divorcio, a la prueba de la propiedad de los bienes. El sistema clásico beneficia generalmente al marido, pues es la mujer la que ha de probar, por regla general, que los bienes adquiridos durante el matrimonio le pertenecen o que ha contribuido a su adquisición (nos remitimos a nuestro trabajo, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, La Caixa, 2000, pp. 78-79). El nuevo Código, para suavizar la situación permite, en su artículo 49, que los esposos puedan establecer un contrato (separado del acta matrimonial) para gestionar los beneficios y la repartición de los bienes que vayan adquiriendo durante el matrimonio. Esta posibilidad no estaba prevista en el texto anterior ni en el momento en que se casó (el año 2001) el matrimonio cuyo divorcio nos ocupa, por lo que el artículo 49 no le es aplicable en su totalidad. Pero en ausencia de pacto (y tal ocurre, aquí, pues no era posible hacerlo antes de la entrada en vigor del nuevo código), se confiere al juez un gran poder moderador para fijar el reparto. Y si bien algunos han deducido que la nueva disposición no supone un avance con respecto al texto anterior, pues en ausencia de pacto todo se limita a la prueba de quien es propietario del bien; otros, empero, desde un enfoque más jurídico, han considerado que este artículo supone un avance al intentar generalizar en Marruecos el principio del «kad wa si'âya» practicado por los tribunales de Sousse y otras regiones (SAREHANE, F., «Les relations patrimoniales de la famille dans le nouveau Code», *Rev. marocaine de droit et éco. du développement*, 2004, p. 29 y FOBLETZ-CARLIER, *Code Marocain de la Famille*, Bruxelles, 2005, p. 43). Cabe decir, brevemente, que en la práctica de los tribunales de tales regiones, suele acordarse a la esposa la mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio. De manera que ésta es la solución que viene a generalizar el nuevo texto. Pero este artículo, por su novedad, ha generado cierta polémica doctrinal en torno a su imposible carácter retroactivo, lo que quizás haya podido enturbiar la apreciación generalizada de un problema de Derecho transitorio en todo el Código de Familia marroquí, y para una demanda relativa al divorcio. Ciertamente es que la AP no entra en el artículo 49 del Código de Familia marroquí (2004), pero al ser una disposición nueva (en parte); y por su contenido, cierto es que no puede tener una aplicación automática a los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo texto. Ahora bien, no procede tomar la parte (una norma) por el todo (nuevo Código), pudiendo el tribunal evaluar la contribución de un esposo a la riqueza del otro durante el matrimonio conforme al nuevo texto.

Nótese, además, que, en este caso, no se plantea una cuestión que puede ser interesante en el ámbito del DIP. A saber, la de la validez de los pactos que hubieran hecho los esposos marroquíes, casados fuera de Marruecos, y que fijaran su régimen matrimonial conforme a la legislación de su primer domicilio en común o residencia habitual. En tal caso, la retroactividad de la norma pudiere jugar en *favor validitatis*. Pero esta interesante cuestión no es la que se plantea en este caso.

4. *Correspondencia entre el Derecho aplicable al acceso al divorcio y el Derecho aplicable a la adopción de medidas*: Cabe especular con que el Derecho español aplicado podría ser el único que permitiera a la mujer acceder al divorcio, siendo la mujer la demandante y estando su marido en situación procesal de rebeldía. Tal divorcio a la española, no causal y a solicitud de la mujer, no tendría muchas posibilidades de ser reconocido en Marruecos, pero le permitiría poner fin, aquí, al matrimonio (nos remitimos, al respecto, a lo dicho en nuestra nota, en *AEDIPr*. 2006, pp. 977-979). Ahora bien, y esto es lo que nos interesa, aquí, destacar, si el juez no puede aplicar el Derecho marroquí a la declaración de divorcio tampoco podrá aplicarlo, a los efectos del mismo. Aunque la decisión no precisa los motivos de orden público, sí, y sólo sí, el Derecho extranjero impidiera a la mujer poner fin a su matrimonio –al no concurrir ningun-

na de las «causas» previstas y ni siquiera la «discordia» estando en rebeldía el marido— cabría acudir a la ley española (conforme al art. 107 del Código Civil), aunque se acabara dictando una decisión claudicante. Sería posible aplicar el Derecho marroquí al divorcio y el Derecho español a las medidas a adoptar, pero carece de lógica declarar el divorcio conforme al Derecho español (si el derecho marroquí no lo permite *in casu* a la esposa) y aplicar el Derecho marroquí para las medidas a adoptar. Es decir, como consecuencias o efectos de un divorcio que no otorgaría. Más aún, en el Derecho marroquí los derechos económicos de los esposos están en función de la «culpa» que tengan en la disolución del matrimonio o de su iniciativa en la ruptura del contrato matrimonial. Quizás tal extremo no lo ha tenido en cuenta la esposa apelante al invocar —además de la dote diferida y la *idda*— el «don de consuelo o consolidación» (*mout'a*) pues está pensado para el caso de repudio marital (divorcio unilateral y sin causa) o de perjuicio y no para el caso de que sea la mujer la que solicite el divorcio (sin causa). Pero la decisión es parca en existencias y todo lo anterior son especulaciones. Lo que parece deducirse de la lectura de esta sentencia es que el desconocimiento del contenido del Derecho extranjero, los problemas de interpretación de las nuevas normas —faltando jurisprudencia asentada— y las dificultades de discernir entre las diferencias entre uno y otro texto en relación con el orden público (o, si se quiere las dudas sobre las nuevas posibilidades que ofrece el código vigente, según la esposa y estando el esposo en rebeldía) tientan al juez a tomar el atajo conocido de la ley española, pretextando un problema de Derecho transitorio. Problema transitorio que, a lo sumo —y profundizando donde no se profundiza— pudiere afectar a una disposición del nuevo texto vigente, pero que no afecta en modo alguno al divorcio solicitado ni a todo el Código de Familia marroquí.

Ana QUIÑONES ESCÁMEZ

3. Documentos extranjeros

2008-16-Pr

DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO.— Capitulaciones matrimoniales de italiano y española con residencia habitual común en Italia. Documento público italiano. Equivalencia de la intervención del notario italiano y el notario español. Anotación. Ley aplicable a la forma *ad solemnitatem*.

Preceptos aplicados: 9.2, 9.3, 10, 11, 1216, 1327 CC; 81 RRC.

Cuarto. [...] Se discute aquí [...] si el título formal para la práctica del asiento registral de indicación puede estar integrado por una escritura pública autorizada por un notario italiano (...). Se trata, pues, de una cuestión que ha de ser abordada desde la perspectiva de la eficacia extraterritorial de los documentos públicos extranjeros.

*Quinto. [...] El artículo 11 CC favorece la validez formal de las capitulaciones adoptando un sistema de puntos de conexión alternativos [...]. No obstante, cuando la Ley aplicable al fondo [...] exige una forma jurídica *ad solemnitatem* (...) tal forma ha de ser observada por exigencias del párrafo segundo del artículo 11 [...]. El planteamiento anterior conduce a la necesidad de despejar como cuestión previa cuál ha de ser la Ley aplicable a la regulación del contenido del acto [...].*

Sexto. [...] el singular planteamiento de la cuestión respecto de las capitulaciones matrimoniales hecha por el artículo 9.3 [...] supone que, a los efectos del artículo 11. 2, pueden ser varias las Leyes que reconozcan dicha validez de fondo [...]. En tal caso, se hace preciso determinar selectivamente cuál de las Leyes concurrentes [...] rige el fondo de las capitulacio-

nes a efectos de determinar la exigibilidad o no de formalidades ad solemnitatem. La doctrina apunta [...] [al] favor validitatis que impregna el artículo 11 [...]. Pero en este caso no se cuestiona [...] la exigibilidad de escritura pública como condición de validez de las capitulaciones (...), sino si tal exigencia ha sido cumplimentada mediante el documento (...) otorgado ante un notario italiano. La cuestión queda centrada en (...) la protección del tráfico jurídico externo y en la eficacia registral de los documentos extranjeros.

Séptimo. Para analizar la cuestión desde la perspectiva citada, hay que partir del principio de legalidad [...] Se hace necesaria una labor [...] de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio Ordenamiento [...]. Se observará que éste [el documento extranjero] no debe ser rechazado del Registro Civil español, por llenar el documento público italiano [...] los requisitos citados.

Octavo. [...] todavía ha de darse un paso más [...]. La forma puede entenderse como el modo sensible de exteriorización de una voluntad negocial, y entonces, en principio, cualquier forma [...] podría servir como prueba [...] a fin de salvar la existencia del negocio [...]. Pero el sometimiento legal de un acto a determinadas formalidades puede operar con valor ad solemnitatem [...]. Cuando la cuestión formal se reduce a un problema de fiabilidad de determinada forma como expresión y prueba del consentimiento (...) la intervención de una autoridad extranjera [...] debe merecer una consideración equivalente a la forma intervenida por una autoridad del foro [...]. Más problemático parece pretender una eventual equivalencia de las formas cuando la intervención de determinada autoridad del foro [...] se exige [...] a fin de proteger determinados intereses del foro [...].

[Resolución de 25 de septiembre de 2007, de la Dirección General de los Registros y el Notariado]

F.: *Westlaw Aranzadi*, JUR\2007\315032

Nota: 1. La Resolución de 25 de septiembre de 2005 está emparentada con otras anteriores de supuesto de hecho similar (vide la de 7 de febrero de 2005 o la de 20 de mayo de 2005), con las que ha sido muy crítica la doctrina (vide SÁNCHEZ LORENZO, S., *La Ley*, núm. 6425, lunes 20 de febrero de 2006). En aquéllas había otorgado la escritura un Notario alemán, y las discrepancias versaban acerca de la inscripción del documento en el Registro de la propiedad; la actual tiene de fondo la negativa del Encargado del Registro a recibir una escritura pública italiana de otorgamiento de capitulaciones, a los fines de hacer indicación del régimen económico en el Registro civil. Sostiene el Encargado la necesidad de que el Notario interviniente haya sido uno español, con base en el RRC, y añade que uno de los cónyuges es español y está sujeto por ello a la legislación española.

2. La DGRN no avala al Encargado del Registro. Su argumentación se comprende mejor ordenada y depurada, o haciendo caso omiso, de ciertas incoherencias (F.J.º cuarto, la cuestión gira en torno a la *validez formal del título* y su aptitud para el acceso registral; F.J.º quinto, hay que determinar la *ley aplicable a la validez formal de las capitulaciones* conforme al artículo 11 CC; F. J.º sexto, en este supuesto *no se cuestiona la exigibilidad de escritura pública como condición de validez de las capitulaciones*, sino que se plantea si tal exigencia ha sido cumplimentada mediante el documento otorgado ante un notario italiano; F. J.º séptimo, «no se trata *sólo* de la cuestión de la validez de las capitulaciones», énfasis nuestro). En esencia la DGRN responde desde dos enfoques diferentes a una única pregunta: si el documento otorgado por Notario vale en tanto que escritura pública requerida por el ordenamiento español, cuando no es él el que confiere autoridad al fedatario. La DGRN aborda esta interrogante, como decimos, desde dos puntos de vista: el del acceso al Registro del documento auténtico extranjero –las normas españolas se aplicarían en tanto que ordenadoras del organismo público (A)–; y el de la validez formal del acto o negocio jurídico –la ley española, y con ella el artículo 1327 CC, regiría el fondo de las capitulaciones y su forma por virtud del artículo 11.2 CC (B).

3. A) Conforme a la primera perspectiva, el problema que suscita la pretensión de las partes es uno de «reconocimiento» de la eficacia registral del documento público extranjero: de examen de su aptitud como título para el acceso al Registro Civil. Con la adopción de este enfoque la DGRN se separa de las decisiones suyas citadas *supra*, en las que abordó el debate como atinente a la «forma aplicable al fondo del negocio». De este modo la Resolución de 2007 se salva también de uno de los principales motivos de repulsa de las anteriores –más bien, se salva *en principio*, ya que las fórmulas con que en 2005 se justificó la necesidad de intervención del fedatario *español* se retoman en esta Resolución al hilo de la segunda perspectiva (*infra* B).

La conclusión según la cual, como cuestión de principio, cabe apoyar un asiento registral en un título extranjero se deriva sin más del artículo 81 RRC. Afirmar que para que tal título extranjero sea apto para el acceso al Registro es preciso que reúna los requisitos que encarnan la «equivalencia de formas» tampoco es nuevo. Carecemos en España de un régimen específico para esta comprobación, y es sabido que la opinión general «llena» la laguna apelando al artículo 323.2 LEC, con las inflexiones que resultan de preceptos como los artículos 86 y 89 RRC. En la Res. DGRN falta cualquier referencia a estos o cualesquier otros elementos de control; tampoco hay un análisis de la escritura pública italiana que nos permita valorar el párrafo final del F.J.º séptimo. Se echa de menos el examen del *atto notarile* como categoría en abstracto, y también en concreto, es decir, proyectado sobre el documento aportado por las partes. En fin, puestos a echar de menos también cabe lamentar que no haya reflexión alguna acerca del tipo de asiento pretendido (una mera *indicación*), sus efectos, y la oportunidad (aunque sólo sea *de lege ferenda*) de adaptar las condiciones de «importación» de los documentos auténticos extranjeros en función de tales datos.

4. B) Es difícil entender por qué la DGRN analiza el instrumento extranjero también desde la perspectiva de la ley aplicable a la validez formal de las capitulaciones. El desconcierto no se debe tanto a que no exista una explicación técnica posible (véase el punto siguiente), como a que la DGRN mezcla planos e incurre en contradicciones. Como vimos, en la Resolución se habla de la validez formal del acto junto a la perspectiva de «reconocimiento» del documento extranjero para el acceso al Registro, en detrimento de la coherencia y la comprensión del discurso. Se diría que la DGRN ha querido cerrar todas las puertas a la posición del Juez Encargado, destruyendo cualquier fundamentación teórica imaginable para sustentarla. Lo que en sí mismo no es malo; lo malo es cuando se hace menoscabando la claridad argumental.

5. El Encargado apoyó su decisión en la ley española sin indicar su título de aplicación. Lo cierto es que la legislación española y su exigencia de escritura pública (¿española?) podrían justificarse con una combinación de los artículos 11.2 y 9.3 CC: si nuestro ordenamiento se aplicara en tanto que regulador del fondo de las capitulaciones *ex* artículo 9.3 CC, luego, por virtud del artículo 11.2 CC –y siempre que la forma *ad solemnitatem* prevista en el artículo 1327 CC sea una de las que describe el precepto– podría reclamar también aplicación a la cuestión de la validez formal. A la hora de practicar la anotación solicitada el Encargado del Registro habría debido valorar la concurrencia de tal forma de validez en el marco del control debido al principio de legalidad registral; control que hay que realizar pese a que no figura en el RRC una norma con la literalidad de, por ejemplo, el artículo 6 RRM. Esta labor de verificación (que la DGRN no menciona, en perjuicio de la comprensión del conjunto argumental) desemboca en un examen de la regularidad del *acto* documentado conforme al ordenamiento designado por la norma de conflicto del foro.

6. Aplicando el artículo 9.3 CC, la DGRN rechaza que nuestro Derecho sea el competente para juzgar los aspectos sustantivos de las capitulaciones (sobre este aspecto *infra*, núm. siguiente). Se sustrae así a dos espinosas cuestiones: la de si la forma del artículo 1327 CC tiene carácter necesario también en casos internacionales; y la de si el documento público reclamado por tal norma sólo puede ser autorizado por un fedatario *español*. Ahora bien, en lo relativo a

esta segunda pregunta hay en la Resolución trazas seguras de adhesión a las Resoluciones de 2005 citadas *supra*: el F.J.º octavo reproduce con toda fidelidad las consideraciones presentes en aquéllas a propósito de la nacionalidad del fedatario. Nuestra opinión es que tales consideraciones no son falsas: qué duda cabe de que el Notario no está «bajo la dependencia o sujeción de ningún otro Estado que no sea el suyo», y de que «no le es tampoco exigible el conocimiento ni la aplicación cabal de un ordenamiento jurídico foráneo». Cosa distinta es que estas certezas desemboquen sin remedio en la tesis defendida por la DGRN en 2005 –tesis que en la Resolución de 2007 se expresan en el F.J.º noveno, matizadas por un tiempo verbal condicional–: «la intervención del notario español *podría* defenderse como necesaria» (énfasis nuestro). La verdad de tal corolario, negada por la doctrina (vid. SÁNCHEZ LORENZO, S., *loc. cit.*) se tambalea aún más tras la reciente *STS de 20 de mayo de 2008*, en la que el TS sostiene la reducción del rol del notario en materia de control de legalidad.

7. Para terminar, merece unas palabras la manera en que la DGRN ha descartado que la ley española sea aplicable al contenido de los pactos: «manera» en tanto que «razonamiento tipo», esto es, al margen de que en el supuesto la preferencia por la legislación italiana se desprende de las propias capitulaciones (F.J.º noveno). Se parte de que la regla del artículo 11.2 CC obliga a respetar la forma *ad validitatem* impuesta por la ley que rige el fondo del acto, si tal forma es requerida pese a la internacionalidad del acto. A simple vista hay una prioridad lógica y temporal de la norma de conflicto relativa a los aspectos sustantivos del negocio: sólo una vez despejada la incógnita sobre la *lex causae* podrá integrarse el supuesto del artículo 11.2 CC. La DGRN recoge en el F.J.º quinto esta operación de dos pasos sucesivos; no obstante, la descarta en el siguiente. Allí establece que como fruto del principio de *favor validitatis* inspirador del artículo 11.1 CC. «la ley rectora del fondo de las capitulaciones ha de ser la menos exigente en cuanto a las formalidades extrínsecas». Aprobamos la conclusión, pero no su fundamento: no es en el *favor validitatis* del artículo 11.1 CC en donde se halla su apoyo, sino en la misma filosofía en tanto que subyacente al artículo 9.3 CC. Cuando el operador jurídico español seleccione en el artículo 9.3 CC el punto de conexión determinante del ordenamiento para el fondo de los pactos, no debe olvidar el condicionamiento que para su validez (de los pactos) supondría que tal ley prescribiera una forma *ad solemnitatem* ineludible por virtud del artículo 11.2 CC. A la hora de decidir qué ley interesa retener para el contenido de las capitulaciones –según el artículo 9.3 CC, aquélla que avale su validez– es un dato relevante que la misma imponga o no requisitos formales de los previstos en el artículo 11.2 CC, ya que si lo hace deberán ser respetados, so pena de nulidad de todo el acto.

Marta REQUEJO ISIDRO

4. Inscripción de donación

2008-17-Pr

DONACIÓN. FUNDACIÓN EXTRANJERA.–Ausencia de fines de interés general. Improcedencia inscripción donación bienes inmuebles sitios en Galicia. Ejercicio de actividades de forma ocasional. Falta inscripción Registro de Fundaciones. Orden público.

Preceptos aplicados: artículo 9.11 y 12.3 Código Civil; artículos 7 y 2 Ley de Fundaciones; artículo 8 Ley de Fundaciones de interés gallego; artículo 34 CE.

Primeramente. Se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad de Celanova, en el año 2007,

una escritura de donación de diversos bienes inmuebles, radicados en la Comunidad de Galicia, que había sido otorgada en el año 2004 en favor de la Fundación de Interés Privado de nacionalidad panameña.

Segundo. El registrador [...] deniega la práctica de la inscripción por los dos defectos siguientes: Insubsanable: La Fundación está constituida en interés privado de los padres de los fundadores y al fallecimiento de éstos, a los propios fundadores. Subsanable: No se acredita la inscripción de la Fundación en el Registro de Fundaciones.

Cuarto. [...] el artículo 34 de la Constitución Española se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general [...]

Quinto. A la vista de lo anterior, es acertada la distinción que plantea el registrador en su nota en el sentido de que una cosa es llamarse fundación y otra bien distinta serlo y poder utilizar tal nombre con propiedad, y para eso nuestra legislación ha previsto una previa labor de control de legalidad que pasa por el cumplimiento de la forma instrumental exigida y por la ulterior inscripción, atributiva de la personalidad jurídica [...]

Sexto. En el presente caso se trata de una persona jurídica –que se llama fundación– constituida con arreglo a la legislación de otro Estado y que ha adquirido bienes en España a título de donación, lo que obliga a examinar la aplicabilidad a este supuesto del artículo 7 de la Ley Estatal de Fundaciones, norma que, [...] obliga a las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España a mantener una delegación en territorio español [...] y a inscribirse en el Registro de Fundaciones [...], debiendo a tal fin acreditar [...] su válida constitución con arreglo a su Ley personal, y pudiendo denegarse la inscripción cuando los fines no sean de interés general con arreglo al ordenamiento. Del citado precepto de la Ley de Fundaciones, se extrae la consecuencia de que el requisito de la inscripción sólo vendría impuesto a aquellas fundaciones extranjeras respecto de cuya posible actividad en España quepa predicar esa estabilidad a que la norma alude. [...] de la propia esencia del derecho adquirido se deriva una clara vocación de estabilidad [...].

Séptimo. Siendo por tanto ineludible ese control previo de legalidad que desembocará, en su caso, en la inscripción en el Registro de Fundaciones correspondiente, sin cumplir tal requisito no cabrá que la escritura otorgada (sobre cuya validez sustantiva este Centro Directivo carece de competencias para pronunciarse) pueda acceder al Registro de la Propiedad [...].

[Resolución DGRN de 24 de enero de 2008; Ponente: Directora General de Registros y del Notariado]

F: Aranzadi Westlaw, RJ 2008/627.

Nota: 1. En la presente resolución, la Dirección General de Registros y del Notariado resuelve un recurso interpuesto ante la negativa del Registrador de la propiedad de inscribir una escritura, otorgada ante Notario español, mediante la que se donan a una fundación de interés privado panameña varias fincas rústicas sitas en Galicia.

La DGRN desestima el recurso interpuesto por el notario de Celanova y confirma la calificación del Registrador, haciendo descansar, toda su argumentación, en la aplicabilidad al caso del artículo 7 de la Ley de Fundaciones. El precepto exige, a las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, dos requisitos que la entidad donataria no cumple: la inscripción en el Registro de Fundaciones y la persecución de fines de interés general. La falta de estos requisitos lleva a la DGRN a considerar que la aparición en el título de la denominación «fundación» para referirse a la entidad donataria debe tener como consecuencia la no inscripción del mismo. En la presente nota se defenderá la no exigibilidad de los requisitos de inscripción y persecución de fines de interés general por faltar el ejercicio

de actividades de forma estable en nuestro país (2) y la no conveniencia de denegación de inscripción del título de donación por la aparición de la denominación «fundación» (3) debido a la falta de ejercicio de actividades de forma estable en España de la fundación extranjera (A) y a la no vulneración de la seguridad jurídica, al quedar determinada de forma clara su naturaleza en el título (B).

Antes de comenzar, conviene hacer dos precisiones: en primer lugar, señalaremos que asumimos la calificación del Registrador de la Propiedad (y de la DGRN al haber confirmado la nota calificatoria) de «fundación de interés privado o familiar» para referirnos a la entidad concreta, con las consecuencias que de ello se derivan: que a pesar de tratarse de una fundación, no es la figura jurídica recogida en nuestro ordenamiento y que se descarta que se trate de otras figuras con las que, si bien es cierto que presenta analogías o notas comunes, no se puede equiparar, como es el caso del *trust* [vide VIRGÓS SORIANO, M. *El trust y el derecho español*, Navarra, 2006, pp 67-70] o los llamados fideicomisos de familia del Derecho alemán o inglés [vide FERRARA, F. *Teoría de las personas jurídicas*, Granada, 2006, pp 464 y ss]. En segundo lugar, hay que precisar que la Ley de Fundaciones de interés gallego aplicable al caso es la Ley 7/1983 de 22 de junio y no la efectivamente aplicada, Ley 12/2006 de 1 de diciembre, por no encontrarse esta última en vigor en el momento de otorgamiento de la escritura.

2. La DGRN incurre en un error al exigir la inscripción de la fundación extranjera y la necesidad de perseguir fines de interés general, condiciones recogidas en el artículo 7 de la Ley de Fundaciones, ya que el precepto no resulta aplicable por faltar, en esencia, el requisito del ejercicio de actividades de *forma estable* en España. El artículo 7 de la Ley de Fundaciones exige el mantenimiento de una delegación en España y la inscripción en el Registro de Fundaciones competente. Para que sea posible el cumplimiento del segundo de los requisitos se exige tanto la válida constitución conforme a su ley personal, como la persecución de fines de interés general. Si nos atenemos a la letra de la Ley, es claro que no es suficiente para considerar aplicable el precepto el ejercicio de actividades en España, sino que se hace necesario el ejercicio de forma estable, circunstancia que no parece darse por el simple hecho de recibir bienes sitos en España por donación. La DGRN se ampara en uno de los fines perseguidos por la fundación de interés privado, la conservación de los activos y la gestión del patrimonio, para entender que previsiblemente ejercerá sus actividades de forma estable en nuestro país, confundiendo, de esta forma, los fines con la actividad. Esto nos haría llegar a la falaz conclusión de que una persona jurídica ejerce actividades de forma estable en todos los países en los que tiene bienes inmuebles [sobre la necesidad de la habitualidad en el ejercicio de actividades para la aplicabilidad de este precepto vide PAU PEDRÓN, A. *La publicidad registral*, Madrid, 2001, p. 837].

3. En cuanto a la aparición en el título de la denominación «fundación», dos razones desaconsejan la denegación de la inscripción por este motivo.

A) El artículo 4 regula la utilización de la denominación fundación estableciendo que sólo podrán utilizarla las entidades inscritas en el Registro de Fundaciones. Sin embargo, debemos aplicar con preferencia el artículo 7 de la Ley de Fundaciones, por regular especialmente las fundaciones extranjeras. Del precepto se deriva que las fundaciones extranjeras que, pretendiendo *ejercer sus actividades de forma estable* en España, incumplan los requisitos de mantenimiento de delegación en territorio español e inscripción en el Registro de Fundaciones (con la consiguiente acreditación de válida constitución y persecución de fines de interés general), no podrán utilizar la denominación «fundación». Al igual que en lo referente a los requisitos de inscripción y persecución de fines de interés general, el carácter ocasional del ejercicio de las actividades, tiene como consecuencia la no aplicabilidad de las exigencias del artículo 7 de la Ley de Fundaciones.

B) Podría justificarse la denegación de inscripción del título de donación, aun faltando el ejercicio de actividades de forma estable, si con ello se vulnerase la seguridad jurídica. Al res-

pecto, debemos partir de la innegable posibilidad de actuación en el tráfico jurídico de los entes con personalidad jurídica, característica que concurre en el caso de la fundación panameña por estar válidamente constituida conforme a su ley nacional. Esta circunstancia, unida al carácter aislado en el ejercicio de la actividad, hace inadecuado obstaculizar esa actuación negando a la fundación extranjera el acceso a los Registros Públicos. El interés privado de la fundación es compatible con la participación en el tráfico jurídico. Resulta incontestable que la fundación panameña de interés privado tiene personalidad jurídica por estar válidamente constituida conforme a la ley panameña (art. 9.11 CC) por lo que, de acuerdo con el artículo 38 CC puede adquirir y poseer bienes de todas clases, contraer obligaciones y ejercitar acciones conforme a las leyes y reglas de su constitución. En este sentido se manifiesta también el artículo 9 de la ley panameña Ley 25 de 12 de junio de 1995 «Por la cual se regulan las fundaciones de interés privado», reconociendo la personalidad jurídica de estos entes y la consecuencia lógica de ser sujeto de derechos y obligaciones. La *particularidad* de fines no puede implicar una negación de su actuación en el tráfico jurídico, ya que es una consecuencia del reconocimiento de su personalidad jurídica [sobre operatividad de las fundaciones de interés privado y consecuencias de la falta de fines de interés general vide CAMPUZANO DÍAZ, B. «Las fundaciones extranjeras en la nueva Ley sobre fundaciones», *BIMJ*, núm. 1745, pp. 3205-3225]. Debemos distinguir la ausencia de generalidad de fines de la ausencia de la válida constitución, ya que es esta segunda la que conllevaría la falta de personalidad jurídica y, por consiguiente, la falta de capacidad para actuar [vide PAU PEDRÓN, A, *op. cit.* p. 837 y ss]. Así, sólo podría negarse la personalidad jurídica de la entidad si operase la excepción de orden público, que no parece aplicable debido a su carácter restrictivo. Tal como expone M. Gardeñes Santiago, el hecho de que las actividades de la fundación extranjera no fuesen exactamente iguales que las de una fundación española no sería suficiente para aplicar la excepción de orden público [vide GARDEÑES SANTIAGO, M. *Las fundaciones en Derecho Internacional Privado español*, Madrid, 2003, p. 206].

Según expone el propio Registrador en su nota calificatoria, de la comparecencia de la escritura resulta que se trata de una «Fundación de Interés Privado de nacionalidad panameña y con domicilio en Panamá», lo que no plantea problemas en relación con la publicidad registral, al quedar perfectamente determinada su naturaleza de fundación de interés privado extranjera y no poder ocasionar una confusión con la figura jurídica *fundación* de nuestro ordenamiento jurídico, respetando así, la seguridad jurídica.

4. En conclusión, la no inscripción del título de donación no se puede justificar en este caso: en primer lugar porque los requisitos recogidos la Ley estatal para las fundaciones extranjeras no se pueden exigir al tratarse la donación de un acto aislado y no existir el ejercicio de actividades de forma estable en España y, en segundo lugar, porque aunque es cierto que la utilización de la denominación «fundación» de una entidad que no comparte los rasgos de la figura en nuestro ordenamiento jurídico puede ocasionar confusión, el carácter aislado del negocio en el caso concreto y la claridad con que aparecen descritos tanto el origen como la naturaleza, garantizan la seguridad jurídica. La negativa a la inscripción del título de donación debe matizarse. Es innegable que las fundaciones familiares válidamente constituidas conforme a su ley nacional gozan de personalidad jurídica, lo que las faculta para actuar en el tráfico jurídico. Esta circunstancia debería ir acompañada de la posibilidad de utilización de mecanismos que apoyen y fortalezcan la realización de negocios jurídicos por estos entes, como es el caso del acceso a los registros públicos.

Paula PARADELA AREÁN