

## 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 el elemento extranjero*. 3. *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras*.—II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL: 1. *Protección de menores*. 2. *Matrimonio*: A) Celebración. B) Nulidad, separación y divorcio. 3. *Documentos públicos extranjeros*. 4. *Sucesiones*.—III. DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL: 1. *Quiebra*.

### I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

#### 1. *Competencia judicial internacional*

2006-1-Pr

#### **COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 relativo al**

---

\* Esta crónica es continuación de la publicada en REDI, 2005-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en los años 2005 y 2006. Colaboran en la presente crónica, Ana Paloma Abarca Junco, Santiago Álvarez González, Rafael Arenas García, Laura Carballo Piñeiro, Yolanda Dutrey Guantes, María Jesús Elvira Benayas, Ángel Espiniella Menéndez, Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor, Federico Garau Sobrino, Sandra García Cano, Mónica Herranz Ballesteros, Iván Heredia Cervantes, Miguel A. Michinel Álvarez, Javier Maseda Rodríguez, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Ana Quiñones Escámez, Marta Requejo Isidro, y Elena Rodríguez Pineau, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Córdoba, Illes Balears, Oviedo, Pompeu Fabra, Rey Juan Carlos, Santiago de Compostela, UNED y Vigo. Por razones de espacio, en la presente crónica se ha tenido que prescindir de la reproducción de los textos comentados; confío en que la facilidad con la que hoy que se accede a ellos a través de las correspondientes referencias colabore a minimizar este inconveniente.

**contrato de transporte internacional de mercancías por carretera y Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: normas de competencia generales y especiales. Aplicación de los foros específicos del Convenio especial CMR: regla de especialidad.**

Preceptos aplicados: artículo 31 CMR; artículo 5.1 Regl. 44/2001; artículos 67 y 71 Regl. 44/2001.

**[Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 67/2005 (Sección 15.ª) de 16 de marzo de 2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), JUR 2005/125516.

**Nota:** 1. Los hechos que han dado lugar al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 67/2005 (Sección 15.ª) de 16 de marzo de 2005 que comentamos son, sucintamente, los siguientes. La empresa de seguros *Plus Ultra Compañía de Seguros y Reaseguros*, subrogándose en las acciones de su asegurado en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil, demanda ante los Juzgados de Primera Instancia de Granollers a la compañía de transportes *Transportes Tal*, con domicilio social en Francia, por los daños y pérdidas sufridas en la carga en el curso del transporte. La entrega de las mercancías, cuyo destinatario era el asegurado de la actora, debía realizarse en territorio español. Los Juzgados de Granollers, por Auto de 3 de mayo de 2004, valorando de oficio su competencia judicial internacional, inadmiten a trámite la demanda dada la incompetencia, a su juicio, de la jurisdicción española. Este Auto fue apelado por la parte actora, argumentando la competencia de los Tribunales españoles para conocer del asunto con base bien en el artículo 5.1 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, bien en el artículo 31.1 del Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR; *BOE* de 7 de mayo de 1974). La Audiencia Provincial de Barcelona, en el Auto que comentamos, da la razón a la parte apelante, arguyendo la competencia de los Tribunales españoles de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio CMR.

Plantea este Auto, fundamentalmente, un tema no muy habitual en la práctica jurisdiccional española: la concurrencia entre Convenios y la aplicación de la regla de la especialidad entre los distintos regímenes, generales y especiales, reguladores de la competencia judicial internacional, en el caso, Reglamento 44/2001 y CMR (véase, como muestra, Sent. Aud. Prov. de Vizcaya de 7 de mayo de 2003, Jur., 2003, 181949, sobre aplicación preferente de las normas competenciales específicas, esta vez, del Convenio de 1952 sobre embargo preventivo de buques, frente a las del Convenio de Bruselas de 1968). Tema éste en el que centraremos este comentario, reflejo de un aspecto que, al menos en este caso, puede entenderse como una manifestación de una más acertada aplicación de los instrumentos propios del DIPr por parte de los Juzgados y Tribunales españoles.

2. La regulación de la convivencia entre distintos regímenes normativos relativos a la competencia judicial internacional se materializa a través de las cláusulas de compatibilidad entre Convenios. Desde la óptica comunitaria, y de acuerdo con el artículo 71 Regl. 44/2001, anterior artículo 57 CB, en su función de cláusula de compatibilidad, debe considerarse la aplicación preferencial de las reglas de competencia específicas del Convenio especial [ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «La regla de la especialidad como cauce para superar los conflictos entre Convenios internacionales: nueva decisión del TJCE (*S 28 de octubre de 2004*)», *La Ley (Unión Europea)*, núm. 6179, 31 de enero de 2005, pp. 1-11; GAJA, G., «Sui rapporti fra la Convenzione di Bruxelles e le altre norme concernenti la giurisdizione ed il riconoscimento di sentence straniera», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, p. 255].

Pues bien, es esto lo que hace la Audiencia de Barcelona, ajustándose a lo establecido en la jurisprudencia del TJCE, que se pronuncia en el mismo sentido de aplicación preferencial de la normativa específica (STJCE de 28 de octubre de 2004, *Portbridge*, As. C-148/03, <http://curia.es>, precisamente respecto un contrato de transporte de mercancías por carretera regulado por el CMR; o la STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry*, As. C-506/94, *Rec.*, 5439; ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 2005, pássim; GUZMÁN ZAPATER, M., «Nota a STJCE de 28 octubre 2004», *REDI*, 2004-II, pp. 872-875; TUO, C., «Alcune riflessioni sulla portata applicativa della CMR», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004-I, pp. 193-224, p. 208; también, ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «La regla de la especialidad en el artículo 57 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre embargo preventivo de buques», *ADM*, 1995, pp. 273-312). En efecto, si bien menciona únicamente el artículo 67 Regl. 44/2001, y alude a mayores y extrañamente al artículo 22 LOPJ respecto de una situación que es comunitaria (consta la domiciliación en Francia del transportista demandado; FD 2.º), la Audiencia comprueba efectivamente la vinculación de los Juzgados españoles por un doble régimen regulador de competencia judicial internacional, el Reglamento 44/2001 y el CMR. Posteriormente, considera la aplicación preferente de los criterios de competencia del régimen especial, en concreto, el artículo 31.1.b CMR. En consecuencia, atribuye competencia a los Tribunales del lugar de entrega de las mercancías (en el caso, Barcelona, de acuerdo con lo descrito en el ejemplar de la carta de porte del destinatario; folio 78; FD 2.º), por los daños y pérdidas sufridos por la mercancía transportada, foro aplicable con independencia de que haya llegado o no la carga a destino (MERCADAL (dir.), *Guide juridique et pratique du contrat de transport routier de marchandises intérieur et CMR*, Idit, 1993, núm. 1296).

3. Es cierto que la Audiencia se limita a atribuir competencia a los Juzgados de Primera Instancia españoles con base en el artículo 31 CMR, y a criticar, de modo correcto, a nuestro juicio, la errónea verificación de oficio de la competencia del Juez de Instancia. Verificación que, por otro lado, debe hacerse, de acuerdo con el artículo 71 Regl. 44/2001 y en aras a la protección de los derechos de defensa, *ex* artículo 26 Regl. 44/2001, más todavía en la ausencia de un precepto dedicado a este aspecto en el CMR. Con todo, y aunque la Audiencia Provincial de Barcelona no se extiende demasiado sobre el asunto, su actuación respecto de la aplicación preferencial de los criterios competenciales específicos ubicados en un Convenio especial sugiere ciertas reflexiones de interés que pasamos a exponer.

No debe olvidarse que son muchos los Convenios en una materia particular y es muy distinta la naturaleza de los foros que aparecen en estos Convenios especiales. Dar cumplimiento al mandato de atribución de competencia judicial internacional con base en un foro recogido en un Convenio especial requiere, por una parte, la ubicación de la materia en el ámbito de aplicación tanto del Convenio especial como de la normativa general (ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 1995, p. 283; asimismo, en la ya referida STJCE de 28 de octubre de 2004 antes de proceder a regular la concurrencia del CMR con el Convenio de Bruselas de 1968; también con CMR, Sent. Trib. Com. Amberes de 21 de mayo de 1980, *Rep. jur. dr. comm.*, 1990, I-57, B-9). El caso que nos ocupa, de acuerdo con los hechos referidos en el Auto (FD 1.º y 2.º), atiene a un contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, respecto de un lugar de entrega de las mercancías como España, que es Estado parte del CMR. No hay duda respecto de la aplicabilidad material del Reglamento 44/2001 a la responsabilidad derivada de un eventual incumplimiento de las obligaciones generadas por un contrato de transporte de mercancías por carretera (art. 1 Regl. 44/2001). Y tampoco respecto del CMR: el artículo 1 CMR estima su aplicación a todo contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, con independencia del domicilio y nacionalidad de las partes del contrato, y siempre que el lugar de la toma de carga de la mercancía y el lugar previsto para la entrega, indicados en el contrato, estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante, como es el caso (véase la Sent. Trib. Casación francés de 3 de junio de 1981, *J. Clunet*, 1983, p. 398, que, estimando la

aplicación preferente del CMR, considera la aplicación de los artículos 6.1 y 5.1 CB 1968 al contrato de comisión vinculado al transporte ya que no se halla incluido en el ámbito de aplicación del Convenio especial).

Ahora bien, ubicada la materia en el ámbito de aplicación tanto del Convenio especial como de la normativa general, la eventual aplicabilidad de la normativa especial a la competencia judicial internacional requiere no sólo la incorporación en el correspondiente Convenio especial de foros de competencia específicos, sino también la verificación de su carácter directo (O'MALLEY, S./LAYTON, A., *European civil practice*, Londres, 1989, p. 860; ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 2005, p. 2). Piénsese, por ejemplo, en el Convenio de Londres de 1989 sobre salvamento marítimo, supuesto de un Convenio especial que no contiene regulación alguna de competencia judicial internacional sobre esta materia; o en el Convenio de Londres de 19 de noviembre de 1976, sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo, que, aunque Convenio específico también, incorpora respuestas especiales de competencia judicial internacional de naturaleza sólo incidental (ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 1995, p. 305). La ausencia de reglas de competencia judicial internacional en este tipo de Convenios especiales obliga a recurrir a otros regímenes reguladores de la materia, ya sean especiales o generales: esto es, no se produce realmente un problema de concurrencia de normativas, Reglamento 44/2001 y Convenio especial, que obligue a considerar la aplicación del artículo 71 Regl. 44/2001.

Es en aquellos casos en los que el Convenio especial incorpora foros específicos de competencia judicial internacional de carácter directo, cuando se pone de manifiesto la necesidad de una cláusula de compatibilidad de esta naturaleza. Así sucede en el caso que nos ocupa: el CMR incorpora un foro específico como es el mencionado artículo 31 CMR, cuyo ámbito alcanza cualquier controversia relativa al referido contrato y que responde a esta naturaleza directa, concediendo competencia a las jurisdicciones del Estado en cuyo territorio tiene el demandado su residencia habitual, su domicilio principal o sucursal de agencia por intermedio de la cual ha sido concluido el contrato de transporte, bien a aquella donde se halla situado el lugar en que el transportista se hizo cargo de la mercancía o el lugar designado para su entrega (ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 2005, *pássim*; SÁNCHEZ GAMBORINO, F. J., *El contrato de transporte internacional*, CMR, 1996, p. 45; HAAK, K. F., *The liability of carrier under CMR*, 1986, p. 280, que incluye también responsabilidad extracontractual; CLARKE, M., *International carriage of goods by road: CMR*, 4.<sup>a</sup> ed., Londres, 1997, p. 46, con dudas sobre ámbito de aplicación).

4. La coincidencia en el ámbito material de aplicación del Convenio especial y el Reglamento 44/2001, en el caso, transporte internacional de mercancías por carretera, así como el carácter preferente que el artículo 71 Regl. 44/2001 otorga a los foros específicos del Convenio especial, justifica la fundamentación de la competencia de la jurisdicción española, como indica la Audiencia Provincial de Barcelona, en el foro específico del lugar de entrega de las mercancías del Convenio especial (art. 31 CMR). Y ello es así aun cuando existan otros criterios de competencia relacionados en otras normativas que también vinculan al referido Tribunal (español) y que le permitirían, en su caso, justificar su competencia: en concreto, el artículo 5.1 Regl. 44/2001, basado en el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, también, pues, en el lugar de entrega de las mercancías, territorio español (sobre su coincidencia en transporte, TUO, C., *loc. cit.*, pp. 222-223). Así parece entenderlo la Audiencia Provincial de Barcelona: tras la referencia en su Auto al hecho de que «...el recurso fundamenta la apelación en la competencia de los Tribunales españoles para conocer de la acción ejercitada, ya sea por aplicación del artículo 31.1 CMR, ya sea por aplicación del artículo 5.1 Regl. 44/2001...» (FD 1.º), lo cierto es que, como hemos visto, atribuye competencia a los Juzgados españoles con base únicamente en el artículo 31 CMR, haciendo caso omiso, pues, a la disyuntiva referida.

Es cierto que, por una parte, el hecho de que un Tribunal comunitario (español), vinculado doblemente por dos foros de competencia, uno ubicado en un Convenio especial (art. 31 CMR) y otro ubicado en el Reglamento 44/2001 (art. 5.1 Regl. 44/2001), pueda fundamentar su competencia en cualquiera de ellos de manera indistinta, podría no resultar verdaderamente significativo en todo caso, en la medida en que, al final, la consecuencia vendría a ser la misma: la atribución de competencia judicial internacional con base en un foro atributivo de competencia. Y también es cierto, por otra parte, que el hecho de que conozca con base en un criterio ubicado en un régimen u otro, especial o reglamentario, podría no tener consecuencias a otros efectos, por ejemplo, en el *iter* del reconocimiento de la resolución. Es sabido que nada impide que una resolución dictada con base en un criterio incorporado en un Convenio específico se someta al régimen de homologación del Reglamento 44/2001, así como que una resolución dictada con base en un criterio de competencia del régimen general del Reglamento 44/2001 circule con base en las disposiciones de un régimen específico de reconocimiento (O'MALLEY, S./LAYTON, A., *op. cit.*, pp. 864-866).

No obstante, que coyunturalmente pueda ser esto así, no justifica la posibilidad de proceder de esta manera en todo caso: la aplicación indistinta de dos preceptos atributivos de competencia no es respuesta adecuada (CERINA, P., «In tema di rapporti tra litispendenza e artículo 57 nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, pp. 953-966, p. 961; véase Sent. Cámara Apel. de la Comisión Central para la Navegación del Rin de 2 de marzo de 1977, *Rep. jur. dr. com.*, 1990, I-57, donde el Tribunal de Arheim, que fundó su competencia en el artículo 5.3 CB 1968, fue corregido en recurso, afirmando su competencia, si bien con base en los artículos 37 y 38 del Convenio especial de 1868, para la navegación por el Rin). Ello es así habida cuenta de que cabe la posibilidad de que, aunque un Tribunal comunitario pueda conocer tanto atendiendo a un foro de un Convenio especial y a otro del Reglamento 44/2001, el alcance de la atribución de competencia con base en uno u otro criterio sea distinto. Piénsese, por ejemplo, en el Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre daños causados por la contaminación marina por hidrocarburos, versión de 1992: no es lo mismo fundamentar la competencia del Tribunal comunitario del lugar del daño en la competencia exclusiva del artículo IX CB 1992, que hace incompetente a cualquier otro Tribunal comunitario vinculado por este mismo Convenio especial y distinto del lugar del daño, que hacerlo con base en el artículo 5.3 Regl. 44/2001, basado en los mismos criterios, cuyo comportamiento es alternativo, permitiendo a otro Tribunal comunitario, en consecuencia, sostener su competencia con base en otro precepto del mismo régimen (el artículo 2 Regl. 44/2001, por ejemplo). O en el Convenio de Hamburgo de 1978 sobre transporte marítimo de mercancías: dada la existencia de una cláusula en el contrato atributiva de jurisdicción a favor de unos concretos Tribunales comunitarios, válida de acuerdo con el Convenio especial y también con el Reglamento 44/2001, desde la óptica del Convenio especial, los acuerdos atributivos de jurisdicción se comportarán de modo alternativo respecto del resto de foros ofertados por el Convenio especial (art. 21), mientras que, desde la óptica del Reglamento 44/2001 (art. 26 Regl. 44/2001), los Tribunales seleccionados por la voluntad de las partes son únicos competentes.

Por ello, en el caso que nos ocupa, y aunque coyunturalmente podría sostenerse la atribución indistinta de competencia con base en el artículo 31.1.b) CMR o el artículo 5.1 Regl. 44/2001, lo cierto es que el cumplimiento del artículo 71 Regl. 44/2001 conduce a la aplicación preferente del foro de competencia del Convenio especial, tal como ha estimado la Audiencia Provincial de Barcelona (criterio sí determinante, por ejemplo, en la Sent. Landsgericht de Aquisgrán de 26 de enero de 1976, *Rep. jur. dr. com.*, 1990, I-57, que se declara competente por una cláusula de sumisión expresa válida de acuerdo con el artículo 31 CMR, más flexible en la forma, y no válida según el artículo 17 CB, precepto que fue lo alegado por el demandado belga en su impugnación).

5. Aplicación preferencial de las disposiciones del Convenio especial que cobra especial sentido en aquellas otras ocasiones, distintas a la de partida del Auto que comentamos, en las que la competencia de un Tribunal comunitario, vinculado por el doble régimen CMR y Reglamento 44/2001, viene atribuida únicamente por un precepto de este último. Dar cumplimiento al artículo 71 Regl. 44/2001 conduce a la declaración de incompetencia de esta jurisdicción, concibiendo la posibilidad de atribución de competencia con base en un precepto del Reglamento 44/2001 sólo en aquellos casos en los que el Convenio especial lo permita, esto es, de mantener el respeto y/o salvaguarda de los objetivos que propugna el Convenio especial a través de su apuesta por una determinada estructura competencial ofertada en su normativa específica. En el caso del CMR, y dado que su artículo 31 CMR, al estimar que no puede «...escojerse más que (entre) estas jurisdicciones», parece dirigirse a ubicar la controversia dentro de los foros alternativos allí establecidos y más ajustados a la realidad de la materia que regulan específicamente, resultaría difícil de justificar a través de los foros (sólo) del Reglamento 44/2001 la competencia de un Tribunal comunitario vinculado por el CMR y no competente de acuerdo con las opciones competenciales que éste le ofrece, dado el riesgo de no respeto de los objetivos de la regulación específica (TUO, C., *loc. cit.*, pp. 215-216; PESCE, A., *Il contratto di trasporto internazionale di merci su strada*, Padua, 1984, p. 227, sobre *forum shopping* y protección del contratante débil en transporte de mercancías por carretera; LASA BELLOSO, B., «Competencia judicial internacional y regulación del arbitraje en el CMR», *AEDIPr.*, 2004, pp. 287-305, pp. 296-297; SÁNCHEZ GAMBORINO, F. J., *op. cit.*, p. 275, habla de lista cerrada de foros; CAPOTORTI, F., «L'interpretazione uniforme della convenzione di Bruxelles del 1968 nella giurisprudenza della Corte comunitaria», en *La Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 e la riforma del processo civile italiano*, Milán, 1985, p. 57).

6. En fin, un breve apunte para terminar. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona se produce dentro del contexto de la aplicación del Reglamento 44/2001. Por tanto, dentro del contexto del artículo 71 Regl. 44/2001, determinante del carácter preferente de la *lex specialis* y operativo, en respeto a los compromisos internacionales adquiridos, respecto de Convenios especiales ya firmados por los Estados miembros en el momento de entrada en vigor del Reglamento 44/2001. Lo cierto es que este precepto, si bien reproduce el anterior artículo 57 CB 1968, al eliminar la expresión «...Convenios en que Estados contratantes fueren parte o llegaren a ser parte...», por la de «...Convenios en que Estados contratantes fueren parte...», parece reducir cara al futuro la compatibilidad con los Convenios especiales, disminuyendo las posibilidades de los Estados miembros para incorporarse a futuros Convenios internacionales, sobre todo de alcance universal (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 70, advirtiendo de los riesgos de acentuación del regionalismo europeo en materias en las que ello puede no ser lo más aconsejable). Los Convenios firmados tras la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 no disfrutaron necesariamente de aplicación preferente. Ello dependerá de lo acordado en el propio Convenio y de cómo se establezcan las relaciones con el Reglamento 44/2001, en la medida en que, al atender a materias que afectan a la competencia de la CE, su firma por los Estados miembros se realizará bajo los auspicios de la CE, en lo que parece entenderse como una exigencia de autorización por su parte [art. 61.c)] TCE; artículo 300.2 y 300.3 TCE; por ejemplo, Decisión del Consejo, de 2 de marzo de 2004, *DOUE*, L, núm. 078, autorizando a los Estados miembros a adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992). No es el caso del CMR, Convenio anterior a la entrada en vigor del Reglamento 44/2001, y cuyos foros específicos de competencia judicial internacional operarán, en atención a lo establecido en el artículo 71 Regl. 44/2001 y como hemos visto, con carácter preferente respecto de los foros competenciales reglamentarios, de modo semejante a cómo lo venía haciendo el anterior artículo 57 CB (éste es el sentir de la

referida STJCE de 28 de octubre de 2004, *Portbridge*, y lo que entiende ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 2005, p. 11).

Javier MASEDA RODRÍGUEZ

2006-2-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–QUIEBRA.–Declaración de nulidad de compraventa internacional. Comprador con residencia habitual en República Dominicana. Régimen autónomo. Incompetencia de los Tribunales españoles ex artículo 22.3 LOPJ.**

Preceptos aplicados: artículos 21 y 22 LOPJ; artículo 36 LEC.

[Auto de la Audiencia Provincial de León núm. 35/2005, de 1 de abril de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. A. P. Lobejón Martínez.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2005/115008.

**Nota:** 1. Por auto de 1 de abril de 2005 la Audiencia Provincial de León inadmitió el recurso de apelación en demanda de nulidad de compraventa planteada por los síndicos de la quiebra de la sociedad CEMISA. Tal compraventa se llevó a cabo en Santo Domingo entre el administrador único de la empresa y un tercero (Iquino Valenzuela) con residencia habitual y nacionalidad de República Dominicana; sostenían los síndicos que el negocio, concluido dos meses antes de la fecha de retroacción de la quiebra de CEMISA, fue simulado. El Tribunal de apelación confirmó con su Auto el del Juez de Primera Instancia, declarándose incompetente conforme al artículo 22.3 LOPJ.

2. El Auto de la Audiencia no nos revela datos que sería conveniente conocer para valorar su error o acierto: por ejemplo, la cuestión de quién es el demandado no es indiferente desde la perspectiva de la competencia judicial internacional. Sin embargo, desconocemos con certeza si *de facto* la acción se planteó contra los dos contratantes –el quebrado y quien adquirió de él–, que sería lo apropiado en una acción tendente a que se pronuncie la nulidad del negocio, por cuanto la declaración afectará a todos los interesados; o si se entabló sólo contra el adquirente beneficiario en el acto de disposición, como sucede cuando la acción de los síndicos tiende a una declaración de ineficacia –y no de invalidez–, y sólo parcial, en la medida en que sus efectos se producen solamente frente a los acreedores del quebrado (vide sobre las diferencias entre la acción de nulidad por simulación del negocio, la pauliana en sede concursal, y la acción rescisoria concursal de la Ley 22/2003, LINACERO DE LA FUENTE, M., *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Madrid, 2005, cap. VI y VII. Acerca de la legitimación pasiva en las acciones de reintegración de la masa una vez en vigor la Ley 22/2003, vide BUSTO LAGO, J. M., «Aproximación a las acciones de reintegración en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 693-722). Se nos dice que la petición de los síndicos es la de declaración de nulidad por negocio simulado, lo que nos lleva a pensar en que había un litisconsorcio pasivo, o en su defecto, alguna otra forma de intervención procesal, de manera que al proceso en España fueran llamados tanto D. Iquino, residente en República Dominicana, como la empresa quebrada. Partiendo de esto, a los efectos de la competencia judicial daremos por supuesto, por cuanto es lo más probable, que España es el país de domicilio social de CEMISA.

3. Tampoco nos indica la Audiencia el razonamiento que le indujo a resolver el supuesto aplicando la LOPJ. Sin embargo, existen en el sistema instrumentos que ostentan rango prefe-

rente a ella, por razones de especialidad o de jerarquía: así, la Ley 22/2003, Ley concursal, y los Reglamentos (CE) núm. 44/2001, sobre competencia judicial y reconocimiento en materia civil y mercantil, y núm. 1346/2000 sobre procedimiento de insolvencia. En realidad sí hay en el Auto de la Audiencia elementos que nos permiten excluir la Ley 22/2003: aunque desconocemos la fecha de la apertura de la quiebra, el Auto de Primera Instancia es ya anterior a la entrada en vigor de la Ley, de forma que de ella sólo cabría aplicar *in casu* lo dispuesto en su Disposición Transitoria Primera –que no afecta a la cuestión de competencia judicial internacional–. Mayor interés presentan los otros dos instrumentos señalados, comunitarios, que por su origen desplazan a la LOPJ, y que serán aplicables si en el supuesto concreto se verifican sus ámbitos material, espacial, temporal y relacional.

4. A los fines del presente comentario, y en ausencia de los datos pertinentes, vamos a dar por hecho para ambos Reglamentos el ámbito temporal (art. 66 y 76 del Reglamento núm. 44/2001, artículos 43 y 47 del Reglamento de insolvencia).

Mayores dudas nos plantea el ámbito espacial: el Reglamento núm. 44/2001 descarta, salvo excepciones que no concurren ahora, su aplicación para quienes no se hallan domiciliados en un miembro de la UE; lo que en consecuencia significa que sí cubre la demanda en lo relativo a CEMISA (suponiéndola realmente demandada y con su domicilio en España: *supra*), pero no respecto a quien contrató con él. Por su parte, la determinación del ámbito espacial del Reglamento núm. 1346/2000 en las circunstancias del caso considerado encierra luces y sombras: es cierto que se encuentra en España el domicilio social de CEMISA, y puede afirmarse por tanto que nuestro país es el centro de intereses principales del deudor, quedando satisfecho el requisito al que se alude en el artículo 3 de la norma. Sin embargo, sostienen algunos autores que la aplicación del instrumento requiere una conexión comunitaria más fuerte que el domicilio, que vendrá dada por la ubicación de los bienes del quebrado en otros Estados miembros de la UE partes en el Reglamento (vide CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acciones de reintegración de la masa y derecho concursal internacional*, col. *De conflictu legum*, Santiago de Compostela, 2005, núm. 95, con más referencias). Tal condición no se cumple en el supuesto que tenemos entre manos: por lo tanto, que sea o no aplicable el Reglamento comunitario depende de que se comparta o no la opinión que hemos descrito. Si no es así (sí, por lo tanto, la ubicación del centro de intereses principales del deudor en España se estima suficiente para la aplicabilidad del Reglamento comunitario), será preciso continuar delimitando entre instrumentos, pasando a analizar el ámbito material de cada uno.

La delimitación por razones de alcance material entre el Reglamento núm. 44/2001 y el de insolvencia cuenta con la clave que proporcionó el TJCE interpretando el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, de 1968. Señaló el TJCE en su Sentencia de 22 de febrero de 1979, as. 133/78, que el CB, y ahora el Reglamento, deben ser interpretados de forma que quedan fuera de ellos, por ser materia de quiebra excluida a tenor del artículo 1, las acciones cuyo fundamento jurídico inmediato se encuentre en el Derecho concursal, y que se inserten estrechamente en un procedimiento de insolvencia. Como pautas indicativas de la relación entre la acción y la quiebra, el TJCE sugería comprobar que la competencia funcional se atribuye al Juez de la quiebra; que se modifica la legitimidad procesal, pasando al síndico; que se modifican las reglas de prescripción; que es la masa, y no un acreedor singular, la beneficiaria del producto de la acción; que se alteran las reglas sobre prueba, e incluso las de insolvencia. Trasladando los indicios aportados por la decisión del TJCE a la demanda de los síndicos ante la Audiencia de León por negocio simulado, podemos concluir que nos hallamos ante un caso regulado por el Reglamento de insolvencia: y que los Tribunales españoles, como jueces del concurso, deberían declararse competentes también para decidir si la compraventa cuestionada es nula.

5. Frente a la afirmación con la que hemos cerrado el párrafo que precede cabe todavía añadir algo. La solución que consiste en atribuir al Tribunal del concurso el conocimiento de

acciones relacionadas de manera no directa con la quiebra, como son las que sirven a reintegrar la masa, no tiene una acogida totalmente favorable en la doctrina. Las razones que la hacen sospechosa son de índole diversa: importante, la que la examina desde la perspectiva de su constitucionalidad, en términos de tutela judicial efectiva del tercero que contrató con quien ahora es quebrado. Este punto de vista, en realidad desarrollado para el análisis general de la llamada *vis atractiva concursus*, pero apto para ser proyectado sobre la cuestión que nos ocupa por ser su resultado el mismo, sostiene que al declararse competentes los jueces del concurso lo que sucede es que decaen, por virtud de una regla de organización procesal, otras reglas de competencia (las «normales») basadas en primer término en la tutela judicial –por lo que respecta al demandado, en que lo sea en condiciones que le permitan una defensa a un coste razonable y no desproporcionado (vide CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, núms. 79-83). Se hace preciso un análisis de constitucionalidad que excede de las posibilidades de este comentario: valga, pues, la remisión a lo ya escrito por otros (CARBALLO PIÑEIRO, L., *ibidem*, afirmando que la regla superaría el test, y razonándolo).

Una segunda vertiente de la crítica a la solución según la cual la jurisdicción que conoce de la quiebra también es competente para acciones relacionadas se limita al Reglamento núm. 1346/2000, señalando que atribuir competencia exclusiva para este tipo de acciones, que no son las nucleares de la quiebra, parece demasiado rígido; defiende por ello esta doctrina que la competencia judicial en este caso es «relativamente exclusiva», cualidad que vendría avalada –si bien en forma indirecta– por el propio tenor del Reglamento, en su artículo 25 (vide VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al reglamento de insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003, núm. 95-98; también lo afirma CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, núm. 84 en general para la regla derivada de la *vis atractiva concursus*). Qué duda cabe de que esta interpretación, aún razonable en la práctica, plantea dificultades: en primer término, la relativa a cuál debe ser la fuente en la que síndico busque la competencia alternativa; en segundo lugar, si el reconocimiento de las decisiones que esos Tribunales complementarios adopten goza o no del régimen privilegiado previsto en el Reglamento, que sólo corresponde en principio a las decisiones dictadas por jurisdicciones competentes en aplicación de los foros que él prevé.

6. El Auto de la Audiencia de León es completamente ajeno a las consideraciones anteriores. Siendo honestos, las dudas expresadas a propósito de ellas (aplicabilidad o no del Reglamento núm. 1346/2000 a acciones en el marco de concursos con conexiones extracomunitarias; en caso afirmativo, competencia exclusiva del Tribunal del lugar de apertura del concurso, o alternatividad con otras jurisdicciones) nos impiden criticarlo por ello (y es que en realidad, hasta podría haber ocurrido que en la fecha de apertura de la quiebra no se encontrara en vigor el Reglamento). Ahora bien, la decisión de la Audiencia sí presenta extremos que son discutibles si los analizamos a la luz de los pocos elementos que con el texto en la mano podemos dar por ciertos: que la demanda es anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal; que el domicilio de CEMISA está en España, y que ocupa una posición pasiva al lado de D. Iquino en la demanda. Pues bien, con esos datos a la vista hubiéramos aplaudido una explicación a que el Tribunal prefiera sobre el artículo 22.2 LOPJ el apartado tercero del mismo artículo (cuestión distinta es la de que el ordenamiento ofrezca fórmulas para resolver la competencia judicial internacional en caso de litisconsorcio pasivo, o de otras de presencia de terceros interesados en el proceso, cuando alguno de los sujetos implicados carece de vínculo con España); más, cuando se le está indicando al Tribunal que al celebrar su contrato en Santo Domingo, las partes estaban intentando precisamente sustraerse a la competencia de los jueces españoles. Pero ya antes de todo eso: encomiable habría sido alguna aclaración expresa acerca de las razones por las que el Tribunal y la Audiencia, ante la laguna legal que vendría a llenar más adelante la Ley Concursal hoy vigente, optaron por aplicar la LOPJ. En este punto, nuestro deseo de una exposición de motivos más prolija no debe interpretarse como rechazo a la solu-

ción: es más una petición de claridad en las razones, que tiene engarce constitucional; y la convicción de que cabe pedir a los Tribunales que sean didácticos, especialmente en los ámbitos donde la confusión predomina –o predominaba– por falta de la pertinente intervención legislativa (vide sobre las diferentes propuestas antes de la adopción de la Ley concursal, sintéticamente, ESPLUGUES MOTA, C., «Procedimientos concursales», cap. XVI en *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996; de forma más amplia ESPLUGUES MOTA, C., *La quiebra internacional*, Bosch, Barcelona, 1993, Cap. II, p. III, pp. 170-189).

Marta REQUEJO ISIDRO

2006-3-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–Aplicación del artículo 6.1 del CB. Posible demanda de conveniencia. Traspaso de futbolista profesional. Aplicación del foro especial en materia de contratos de trabajo. Emplazamiento del primer empleador ante los Tribunales del lugar en el que el trabajador realiza su actividad laboral para un segundo empleador.**

Preceptos aplicados: Artículos 6.1 y 5.1 CB.

[Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 19 de julio de 2005. *Iván H.B. c. Albacete Balompié SAD y Club de Fútbol As Roma SPA*. Ponente: Ilma. Sra: D.ª M.ª del Carmen Piqueras Piqueras.]

F.: Aranzadi Weslaw, AC, 2005/2583.

**Nota:** 1. *Cuestiones previas.* Una de las quejas que se repiten constantemente en los comentarios de Jurisprudencia publicados en esta sección es la completa ignorancia que muestran nuestros Tribunales hacia cuestiones básicas del DIPr. Y lo cierto es que las críticas suelen estar justificadas en la mayor parte de ocasiones. Sin duda, el desconocimiento de las soluciones normativas y la falta de «sensibilidad» hacia las particularidades que convergen en las situaciones de tráfico externo constituyen un mal generalizado en nuestro sistema judicial. Por todo ello, encontrarse una decisión como la que me dispongo a analizar constituye un motivo de especial satisfacción para cualquier comentarista. Es cierto, como tendremos oportunidad de comprobar, que la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 18 de julio de 2005 combina un acierto pleno en la aplicación de un foro de competencia tan complejo como el artículo 6.1 del CB con una interpretación a mi juicio errónea de las reglas de competencia en materia de contratos individuales de trabajo. Sin embargo, ello no resta un ápice a la positiva valoración que me merece esta resolución. Son muy escasas las ocasiones en las que se pueden hallar decisiones judiciales españolas con una argumentación tan sólida y bien fundamentada como la empleada por el TSJ de Castilla-La Mancha, algo que tiene todavía más mérito si uno de los foros de competencia judicial internacional (en adelante, CJI) cuya aplicación se discute posee una naturaleza tan controvertida como el de la pluralidad de demandados.

Los hechos fueron los siguientes. I. H. B. prestaba servicios como futbolista profesional para un equipo español, en concreto, para el *Albacete Balompié SAD*. El 24 de junio de 1997 fue traspasado («cedido definitivamente», en la terminología de la Sentencia) a un equipo italiano, el *AS. ROMA SPA*, conviniéndose además en el mismo contrato que, en el caso de que el mencionado jugador fuera cedido a un tercer equipo, la Roma debería abonar al Albacete el 25 por 100 del montante de tal operación. Y eso fue justamente lo que ocurrió poco tiempo después. Tras ser cedido temporalmente al *RCD Espanyol SAD* el 29 de junio de 1998, Iván H. B.

fue traspasado («cedido definitivamente») a este mismo equipo el 27 de noviembre de 1998. Entre el Albacete y la Roma se suscitó una disconformidad sobre la cantidad exacta que debía percibir el club español en pago del 25 por 100 del montante del traspaso al Espanyol, y que fue resuelto por la Comisión del Estatuto del Jugador a través de la concreción de tal cantidad en 5.000.000 dólares USA.

El litigio al que da respuesta esta sentencia tiene su origen en la reclamación que ejercita el futbolista frente al Albacete y la Roma ante el Juzgado de lo Social de Albacete, en reclamación del 15 por 100 del montante total de sus sucesivos traspasos, algo que a juicio del actor, le concede nuestra legislación, en concreto, el artículo 13 del RD 1006/1985. El futbolista emplazó conjuntamente a los dos clubes mencionados en aplicación del artículo 6.1 del Convenio de Bruselas de 1968, si bien, una vez iniciado el proceso, decidió desistir de la demanda frente al equipo español. El Juzgado de lo Social se declaró incompetente en 1.ª Instancia utilizando como argumento precisamente esta circunstancia: la retirada de la pretensión ejercitada contra el *Albacete Balompié SAD*, algo que para el órgano jurisdiccional podía entenderse como un indicio de utilización fraudulenta del foro de la pluralidad de demandados.

2. *La activación artificial del artículo 6.1.* Recuérdese que el foro de la pluralidad de demandados permite acumular dos o más pretensiones dirigidas frente a sujetos diferentes ante el Tribunal del lugar del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que entre las pretensiones exista un vínculo cualificado (sobre este foro, vide *in extenso*, HEREDIA CERVANTES, I., *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Granada, 2002; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *El foro de la pluralidad de demandados*, Madrid, 1996). La conexión existente entre las pretensiones cuya acumulación se solicita permite tramitar todas ellas ante un mismo órgano jurisdiccional –el del domicilio de cualquiera de los codemandados– pese a que si tales pretensiones se hubieran ejercitado por separado éste careciera de competencia sobre alguna de ellas.

El problema que se le suscita al TSJ de Castilla-La Mancha es el siguiente: ¿qué sucede cuando durante su tramitación, un proceso sobre el cual un órgano jurisdiccional hubiera basado su competencia en el foro de la pluralidad de demandados, deviniera en un simple proceso bilateral al quedar fuera (por allanamiento, transacción, etc.) aquel codemandado cuyo domicilio sirvió para fijar la competencia del órgano jurisdiccional. Dicho de otro modo, ¿qué sucede cuando desaparece del proceso aquel codemandado que sirve para «anclar» la competencia de un determinado Tribunal en aplicación del artículo 6.1?

*Prima facie* la circunstancia descrita no debería tener relevancia alguna ya que el principio de *perpetuatio fori*, al cual se encuentra adscrito tanto el CB como el R. 44/2001, impone la continuación del proceso (vide al respecto entre la jurisprudencia nacional: Sentencia de 6 de noviembre de 1975 de la *Corte di Cassazione* italiana (s.u.), *B.V. Handel-en Exploitatie Maatschappij «Selene» c. Philips SpA and Others*, en *Digest of case-law* I-6, B 2 y Sentencia Ruffini v. Fornano, en *E.C.C.*, 1981, p. 541). El TSJ de Castilla-La Mancha no tiene duda alguna al respecto, tal y como señala en el segundo párrafo del Fundamento cuarto.

El problema sin embargo, es que en muchos de estos casos, tras la retirada de alguna de las partes del proceso puede subyacer una intención de utilizar de forma fraudulenta del artículo 6.1, algo que, en opinión del Juzgado de lo Social de Albacete era, precisamente, lo que ocurría en este supuesto. La manipulación de los criterios de conexión que justifican la aplicación del artículo 6.1 y, en general, de cualquier foro por conexidad, es uno de los mayores peligros que plantean estas bases de competencia (sobre esta cuestión, vide *in extenso* HEREDIA CERVANTES, I., *op. cit.*, pp. 150-160). En ocasiones se trata simplemente de la modificación o falseamiento de los criterios de conexión mutables del litigio, como *vgr.*, el domicilio de uno de los demandados en aquellos foros por conexidad en los que, tal y como sucede con el propio artículo 6.1, se atribuye CJI sobre una pluralidad de sujetos al Tribunal del domicilio de uno de ellos. Sin embargo, junto a esta posibilidad, común por otro lado a la totalidad de foros de CJI, existe otra, exclusiva de los foros por conexidad y que es la que analiza el TSJ de Cas-

tilla-La Mancha, consistente en el ejercicio de una pretensión ficticia o de mera conveniencia frente a un sujeto contra el que no se tiene una seria intención de litigar.

La finalidad de esta argucia estriba en lograr el emplazamiento del sujeto contra el que en realidad se quiere litigar –el verdadero demandado– ante un Tribunal más favorable para sus intereses que aquellos designados por los foros de CJI «ordinarios», es decir, aquéllos que no recurren a la conexidad entre las pretensiones como criterio atributivo de competencia. La ventaja jurisdiccional que se persigue con el ejercicio de una pretensión de conveniencia puede ser de muy diversa naturaleza. En ocasiones el objetivo es litigar ante los Tribunales que garanticen un proceso menos oneroso, por lo que generalmente se perseguirá la competencia de los Tribunales del Estado de domiciliación del actor, beneficiándose éste además de la ventaja de litigar en el marco de un sistema judicial con el que se está más familiarizado. En otras, por el contrario, lo que se pretende es lograr la aplicación de un ordenamiento nacional que ofrezca una solución material más favorable que aquél que designarían las normas de DIPr del Tribunal designado por los foros «ordinarios» (QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *op. cit.*, pp. 210-212). Incluso, es posible que lo que se persiga al incorporar al proceso a un demandado de conveniencia es simplemente prevalerse de las consecuencias derivadas de su participación en el proceso, a fin de facilitar una resolución favorable frente al verdadero demandado. La jurisprudencia inglesa nos proporciona un ejemplo inmejorable de esto último en un supuesto en el que se solicitó al Tribunal la autorización de un *discovery* frente al codemandado de conveniencia, con el objetivo de obtener documentos relevantes para la resolución de la pretensión frente al verdadero demandado y que no se encontraban en posesión de éste (Sentencia *Molnlycke A.B. v. Procter & Gamble Ltd.*, extractada en *C.J.Q.* 1993, pp. 2-4).

Como no podía ser menos, el CB y ahora el R. 44/2001 no permanecen ajenos al problema de la activación artificial de los foros por conexidad y a través del inciso final del artículo 6.2 de ambos textos se oponen a la aplicación del foro de la intervención de terceros cuando la pretensión inicial «*se hubiera formulado con el único objeto de lograr la intervención de un Tribunal distinto del correspondiente al demandado*». En términos similares se pronuncia el *Informe Jenard* al señalar que «*el Tribunal que conoce de la demanda principal no será competente para conocer del recurso de garantía, si la demanda original no ha sido presentada más que para citar en justicia al que ha sido requerido para prestar la garantía fuera del Estado en que tiene su domicilio*».

El artículo 6.2 *in fine* cumple, sin duda, un papel de enorme importancia de cara a la correcta integración en el sistema competencial del CB y del R. 44/2001 del foro de la intervención de terceros, por lo que resultaba sorprendente que el artículo 6.1 no contara con una prescripción de similar naturaleza. Es más, basta un somero repaso de las jurisprudencias nacionales –y el supuesto que analizamos da fe de ello– para apreciar que es precisamente en este precepto donde el problema de las pretensiones de conveniencia se manifiesta con mayor virulencia. De hecho, incluso, el propio *Informe Jenard* contradecía el silencio del texto convencional al señalar, en relación con el artículo 6.1, que: «*no puede formularse una demanda únicamente para sustraer a uno de los demandados a los Tribunales del Estado en que está domiciliado*».

Todo parecía indicar, por tanto, que se trataba más de un error de los redactores del Convenio que de un olvido intencionado (DROZ, G. A. L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Común*, París, 1972, p. 71), Finalmente el TJCE despejó de forma definitiva cualquier tipo de dudas –si todavía era posible que existiera alguna– y en la Sentencia *Kalfelis* (As. 189/87, considerandos núms. 8 y 9), tras recordar que el foro contenido en el artículo 6.1 constituía una excepción al principio general *actor sequitur forum rei*, señaló que tal principio sería vulnerado «*si un demandante fuera libre de formular una demanda dirigida contra varios codemandados con el solo fin de que uno de ellos se sustraiga a la competencia de los Tribunales del Estado donde se encuentra su domicilio*». A pesar de todo ello, el artícu-

lo 6.1 del R. 44/2001 sigue sin hacer mención alguna a esta cuestión, pese a que ha sido una reivindicación constante de los diferentes proyectos de reforma del Convenio (vide *vgr.* la Propuesta de la Comisión Europea de 26 de noviembre de 1997, p. 27 y la propuesta del Grupo Europeo de Derecho internacional privado de 15 de abril de 1997).

Ahora bien, aunque la necesidad de extender la limitación del inciso final del artículo 6.2, no sólo al artículo 6.1 sino también al resto de los foros por conexidad contenidos en el CB y en el R. 44/2001 es una cuestión zanjada desde hace tiempo, un problema que ha permanecido abierta, por lo menos hasta fechas recientes, es la naturaleza que posee este límite.

Una primera posibilidad consiste en considerar la prohibición de ejercitar pretensiones ficticias como una concreción de la cláusula general de fraude procesal reconocida en los diferentes ordenamientos internos –en nuestro Derecho, artículos 6.4 CC y 11.2 LOPJ– para aquellos supuestos en los que, pese a cumplirse los requisitos de aplicación de la norma de cobertura (en este caso el foro por conexidad) el demandante pudiera obtener un resultado tan absolutamente contrario a los objetivos del CB o del R. 44/2001 como es la alteración del sistema competencial en ellos contemplado. A favor de esta interpretación se podría invocar la casi unánime oposición existente hacia cualquier tipo de flexibilización en la aplicación de los foros de competencia del CB y ahora del R. 44/2001, cuyo máximo exponente se encuentra en el rechazo de la figura anglosajona del *forum non conveniens*. Desde esta posición, el artículo 6.2 *in fine* constituiría la excepción expresa a la presunta interdicción del recurso a los mecanismos flexibilizadores de los derechos nacionales. Su función sería legitimar, autorizar con carácter excepcional, el recurso a la cláusula general de fraude procesal contenida en los ordenamientos nacionales.

Por el contrario, la segunda posibilidad partiría de una concepción amplia del concepto de conexidad, que obliga a considerar la prohibición de las pretensiones de conveniencia como un nuevo elemento integrador de la propia relación de conexidad, análogamente a lo que hace parte de la jurisprudencia inglesa en aplicación de su Derecho autónomo. Según esta concepción, no podría existir un vínculo suficiente entre las pretensiones cuando alguna de ellas tuviera una naturaleza ficticia y hubiera sido ejercitada con la finalidad de activar de forma artificial alguno de los foros por conexidad, ya que el único riesgo de contradicción relevante, y por tanto merecedor de una respuesta procesal especial a través de aplicación de un *forum connexitatis*, sería aquél que no hubiera sido voluntariamente creado por alguna de las partes mediante el ejercicio de una pretensión de conveniencia. En otros términos: el concepto de conexidad relevante para el CB/R. 44/2001 exigiría no sólo una contradicción «formal», sino también «real».

La cuestión, como ya se ha avanzado, parece haber sido resuelta recientemente por el TJCE a favor de la segunda alternativa en la Sentencia de 26 de mayo de 2005 (As. C-77/2004; sobre esta sentencia, vide HEREDIA CERVANTES, I., «Intervención provocada, demandas entre aseguradores y competencia judicial internacional tras la sentencia del TJCE de 26 de mayo de 2005», *Diario La Ley*, de 20 de septiembre de 2005, núm. 6330, pp. 6-10). Se trata, es cierto, de una resolución que da respuesta a una cuestión prejudicial planteada en interpretación del artículo 6.2, pero su traslación al foro de la pluralidad de demandados no creo que suscite problema alguno. Para la Corte de Luxemburgo la inexistencia de una intención de activar de forma artificial el artículo 6.2 por parte del demandado inicial constituye un elemento integrador de la conexión entre las pretensiones (vide cdo. núm. 32). El Tribunal de esta forma da carta de naturaleza a una alternativa que parece haber sido ya sostenida en el *Informe Jenard* cuando afirma que, «*de la exigencia de un vínculo entre las pretensiones se desprende que no puede formularse una demanda únicamente para sustraer a uno de los demandados a los Tribunales del Estado en que está domiciliado*» y por algunas sentencias nacionales (vide *vgr.*, entre la jurisprudencia inglesa, las sentencias de la *Court of Appeal: The Owners of the Cargo lately laden on board the Rewia v. Caribbean liners (caribtainer) limited and others*, de 2 de

junio de 1991, *ILP*, 1993 (4), pp. 507-524; y *Douglas Gascoigne and another v. Malcolm Pyrah and another*, de 25 de mayo de 1993, *ILP*, 1994 (1), pp. 82-95).

En mi opinión la opción por la que ha optado el TJCE en la Sentencia de 26 de mayo de 2005 es la única posible. Considerar al inciso final del artículo 6.2 como una mera concreción de la cláusula de fraude obligaría al tercero o al codemandado –o incluso a una de las partes iniciales, si se acepta la extensión de la conexidad a la intervención voluntaria– a soportar la carga de la prueba del carácter ficticio o de conveniencia de la pretensión inicial. Por el contrario, elegir la segunda de las posibilidades supone, de un lado, que será el propio sujeto que invoque la conexidad quien debería convencer al órgano jurisdiccional de la seriedad de la totalidad de las pretensiones que pretende acumular; y de otro, que en caso de incomparecencia del «verdadero demandado» y siempre que éste estuviera domiciliado en un Estado contratante del CB/R. 44/2001, el órgano jurisdiccional estaría obligado (art. 20.1 CB/26.1 R. 44/2001) a verificar de oficio la seriedad de la otra pretensión. El carácter restrictivo que necesariamente ha de caracterizar la aplicación de cualquier foro que otorgue competencia a Tribunales diferentes a los del Estado de domiciliación del demandado, unido a la indudable ventaja que la aplicación de los foros por conexidad proporciona a quien los utilice, creo que justifican sobradamente la opción por la segunda de las posibilidades. Imputar al «demandado real» la carga de probar que una de las pretensiones posee un carácter ficticio, carga que puede hacerse insostenible cuando exige litigar en otro Estado, constituiría un enorme incentivo para la activación artificial de los foros por conexidad.

Cuestión distinta –y este es el problema clave al que debe enfrentarse el TSJ de Castilla-La Mancha– es el modo en que el órgano jurisdiccional pueda acreditar el carácter ficticio de la pretensión, una operación tremendamente compleja, como algún autor ya ha puesto de manifiesto (vide TARCIA, G., «Competenza internazionale e competenza giurisdizionale per connessione nelle convenzione dell’Aja e di Bruxelles», *Riv. dir. int. priv.proc.*, 1969, pp. 156-167, especialmente, pp. 162 y 164), si se tiene en cuenta que la labor del juez se encontrará sometida a dos limitaciones cuya compatibilidad en muchas ocasiones puede resultar harto complicada.

Por un lado, es necesario ser conscientes de la fase procesal en la que nos desenvolvemos: esto es, el juicio de previo de competencia. Razones de economía procesal, funcionales y de prevención de estrategias dilatorias de las partes obligan al órgano jurisdiccional a resolver sobre su competencia con la mayor brevedad posible. En esta fase el juez no podrá realizar un exhaustivo examen de todas las circunstancias concurrentes en el litigio, ni menos aún pronunciarse *in limine litis* sobre alguna de las cuestiones materiales ante él planteadas. El órgano jurisdiccional únicamente podrá exigir la presentación de un principio de prueba que le sirva para llegar al convencimiento de que existen posibilidades racionales del cumplimiento del criterio de conexión que justificaría su competencia (vide *vgr.* la Sentencia del TJCE en el Asunto *Custom Made*, C-288/92).

Ahora bien, por otro lado, en el juicio previo de competencia resulta absolutamente imprescindible garantizar un nivel mínimo de eficacia y garantizar un elevado número de posibilidades de que la solución que adopte el órgano jurisdiccional sobre su CJI sea la correcta. Dicho de otro modo, el órgano jurisdiccional ha de poseer un serio convencimiento sobre el cumplimiento del criterio de conexión que justificaría su CJI, dado que la velocidad inicial que puede imprimir al proceso un rápido juicio previo de competencia, puede degenerar en una lentitud inadmisibles y en un sustancial incremento de los costes procesales si el Tribunal designado finalmente presentara una débil vinculación con el litigio. El juez debe tener siempre presente que una errónea asunción de CJI generalmente supone un aumento tanto de los costes de información, jurídicos y fácticos, como del número y la complejidad de las actuaciones procesales (notificaciones, actos de instrucción en el extranjero, traducciones, legalizaciones, etc.).

Compatibilizar estos dos imperativos dista de ser una tarea sencilla. Es cierto que el órgano jurisdiccional no podrá resolver a título definitivo sobre aquellas cuestiones que le inducirán a

considerar a una pretensión como de mera conveniencia (*vgr.* la existencia de un contrato entre el demandante y el presunto demandado de conveniencia, la efectiva condena del demandado controvertido de acuerdo a la *lex causal*, etc.), pero como elemento integrador de uno de los requisitos de aplicación del foro de CJI, a lo que sí estaría obligado el juez nacional es a exigir un principio de prueba, un *bonus fumus iuris* de la seriedad de la pretensión ejercida por el demandante y de su seria intención de litigar, so pena de convertir al inciso final del artículo 6.2 en una mera declaración de principios, un brindis al sol sin trascendencia práctica alguna.

El Juez nacional debería por tanto resolver la siguiente cuestión: ¿se habría ejercitado la pretensión controvertida si el órgano jurisdiccional designado hubiera sido ya competente para resolverla en aplicación de alguno de los foros «ordinarios» y, por tanto, de la acumulación de las pretensiones no se hubiera derivado modificación alguna de las reglas de CJI? En el caso de que la respuesta a esta pregunta fuera negativa, la acumulación de las pretensiones debería ser rechazada. Para resolver el test propuesto, al Juez le bastará en ocasiones con la prueba por parte del sujeto activo de la pretensión controvertida de la posibilidad (evidentemente no la seguridad) de obtener una resolución de fondo favorable, de acuerdo el derecho material designado por las normas de DIPr. del foro). En otras, en cambio, «el test de seriedad» necesariamente habrá de ser más exhaustivo ya que podrían darse diversas circunstancias en el litigio (vinculación económica previa entre demandante y demandado, subsanación de la falta de competencia del Tribunal a través de la sumisión tácita del demandado, emplazamiento de un sujeto insolvente, etc.), que indujeran al Tribunal a recelar de la existencia de una verdadera intención de litigar y le hicieran sospechar que, pese a existir serias posibilidades de obtener una respuesta judicial favorable, el actor en realidad no tiene ninguna voluntad de hacerla efectiva (así *vgr.* en la sentencia de 1 de febrero de 1983 del *Tribunale* de Génova, *Riv. dir. int. priv.proc.*, 1983, pp. 385-390).

Quede claro, no obstante, que ni el CB ni el R. 44/2001 se oponen a que un sujeto que pretende evitar un riesgo de contradicción, pueda obtener *además* la ventaja de ver resueltas las pretensiones ante los Tribunales de su domicilio y de acuerdo a un ordenamiento nacional más favorable para sus intereses, ya que ambas son consecuencias inherentes a la propia naturaleza de los foros por conexidad. A lo que se oponen ambos textos, como refleja el tenor literal del artículo 6.2 («*con el único objeto*»), es a la aplicación de los foros por conexidad cuando la obtención de esas ventajas procesales sea el *único motivo* en el que se fundamente el ejercicio de la pretensión controvertida.

El TSJ de Castilla-La Mancha entiende a la perfección el modo de verificar el carácter ficticio de la pretensión ejercitada frente al club español. El test que realiza para acreditar esta circunstancia es, precisamente, el que se acaba de proponer: se acude al Derecho aplicable al fondo de la pretensión «dudosa» y se analiza si ésta tendría posibilidades de prosperar. El Tribunal se comporta además de forma especialmente pulcra en su proceder. El penúltimo párrafo del Fundamento Jurídico 6.º es especialmente representativo de ello cuando pone de manifiesto con rotundidad que la remisión al derecho que resulta aplicable a la pretensión ejercitada por el futbolista frente al club español se ha hecho «única y exclusivamente para fundamentar la inexistencia de fraude de ley en la actuación del demandante».

3. *La aplicación del foro especial en materia de contratos individuales de trabajo.* Mucho más discutible resulta la interpretación que hace el TSJ de Castilla-La Mancha del foro especial diseñado para los contratos de trabajo que se contiene en el artículo 5.1 *in fine* del CB (arts. 18-21 R. 44/2001). Discutible e innecesaria, en la medida en que la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Albacete estaba ya garantizada mediante la aplicación del artículo 6.1. La tesis que sigue la Sentencia es que nos encontramos ante un supuesto parangonable al que tuvo que resolver el TJCE en el Asunto *Pugliese* (Sentencia del TJCE, de 10 de abril de 2003, As. C 437/2000; con relación a esta sentencia vide la nota de PALAO MORENO, G., *REDI*, 2003, 2, pp. 907-913). Las similitudes que halla el Tribunal entre los dos supuestos de

hecho son muy numerosas ya que «en ambos concurren dos contratos de trabajo sucesivos en el tiempo; en ambos se demanda en un foro diferente al del domicilio del demandado y en ambos la causa de pedir deriva del contrato de trabajo suscrito con la primera empresa, aunque el lugar donde el trabajador presta sus servicios no coincide con la misma» (FJ 8.º).

En mi opinión, sin embargo, las conclusiones a las que llega la resolución comentada no son acertadas y no creo que el supuesto planteado en la Sentencia del TJCE a la que se hace referencia sea en absoluto equiparable al que debe resolver el TSJ de Castilla-La Mancha. Recuérdese brevemente el supuesto resuelto por la Corte de Luxemburgo: una mujer, tras trabajar durante un período de tiempo para una empresa italiana, decide solicitar una excedencia e incorporarse, con el permiso de aquélla, a una segunda empresa ubicada en Alemania y participada además por el primer empleador. La empresa italiana se comprometió a sufragar los gastos de alojamiento de la trabajadora mientras durara su estancia en Alemania y es, precisamente en el impago de estos gastos donde se encuentra el origen de la demanda que se plantea en Alemania frente a la sociedad italiana (en realidad frente a una segunda sociedad italiana que adquiere ésta), en aplicación del foro especial en materia de contratos individuales de trabajo del CB.

El elemento clave que utiliza el TJCE para atribuir competencia a los Tribunales alemanes sobre la pretensión dirigida frente a la empleadora inicial es que ésta tiene un «interés» (no un «interés *directo* como señala el TSJ) en la prestación que el trabajador realizará para el segundo empresario. Según la Sentencia *Pugliese*, a la hora de apreciar este interés, es necesario realizar una apreciación global y tomar en consideración todas las circunstancias del caso de autos, circunstancias entre las cuales el TJCE destaca: la modificación del primer contrato como consecuencia de la celebración del segundo, la existencia de un vínculo orgánico o económico entre ambos empresarios; la celebración de un acuerdo entre los dos empresarios por el que se establezca un marco para la coexistencia de ambos contratos; el hecho de que el primer empresario conserve una facultad de dirección sobre el trabajador; que la celebración del segundo contrato estuviera prevista cuando se celebró el primero o que el primer empresario pueda decidir respecto de la duración de la actividad del trabajador para el segundo empresario.

Es cierto que el propio TJCE señaló que no se trata de una lista cerrada y que habrá que atenderse siempre a las circunstancias concretas del caso de autos, pero ello nunca puede hacer olvidar que la operación que propone la Corte comunitaria tiene un objetivo muy concreto: verificar que pese a que el trabajador hubiera celebrado un segundo contrato de trabajo con un nuevo empleador. Dicho de otro modo, lo que persigue el TJCE es identificar aquellos casos en los que la primera relación laboral inicial incide en el contenido o, incluso, en la propia existencia de la segunda, tal y como sucede en los supuestos de movilidad geográfica de trabajadores dentro de un grupo de empresas (vide sobre estos supuestos: JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Granada, 2002, p. 98; PALAO MORENO, G., *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Valencia, 2000, pp. 189-190 y 229-231). Sólo en estos casos estaría justificado no ofrecer en sede de CJJ un tratamiento diferenciado para cada contrato y resultaría admisible que el primer empresario fuera emplazado ante los Tribunales competentes para conocer de la reclamación laboral frente al segundo.

Pues bien, no es ésta, desde luego, la situación que se plantea en el caso que analizamos. La referencia al «interés» del primer empresario en la ejecución de la prestación realizada por el segundo debe entenderse únicamente en los términos expuestos y no, como parece entender el TSJ, como un simple interés económico derivado de las eventuales ganancias que pudieran obtenerse del traspaso del jugador a un tercer equipo. Es indiscutible que existe una relación entre los dos equipos y que la cantidad reclamada deriva de ese acuerdo, pero se trata de un contrato de cesión definitiva del jugador cuya celebración significa la automática rescisión de la primera relación laboral y que, en consecuencia, no tiene intención alguna de mantener la

coexistencia de ésta con la segunda. La relación entre los dos equipos no justifica el recurso al foro especial en materia de relaciones individuales de trabajo sino únicamente, lo acabamos de ver, la activación del foro de la pluralidad de demandados.

Más aún, tampoco resulta admisible el argumento expuesto por el TSJ, según el cual resulta necesario, en aras a compensar la asimetría existente en el contrato, permitir al futbolista litigar en España al no residir ya en Italia en el momento de interponer la demanda. Este dato resulta absolutamente irrelevante. El jugador interpone su demanda en reclamación de una cantidad que él hace derivar de su relación contractual con sus dos primeros equipos. El hecho de que en el momento de acudir a los Tribunales desempeñe su actividad laboral para un tercer club en un lugar diferente no debe tener repercusión alguna a la hora de aplicar las reglas de CJI. Lo contrario supondría abandonar en manos del actor (por muy parte *débil* que sea) la determinación del Tribunal competente, algo que choca frontalmente con la lógica de previsibilidad que inspira tanto al CB como al R. 44/2001.

Iván HEREDIA CERVANTES

2006-4-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL TRIBUNALES ESPAÑOLES.–Atribución de guarda y custodia de menor hijo de pareja de hecho. Falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles. No residencia habitual del menor en España. Calificación procesal de la pretensión: protección de menores. Sumisión tácita: inexistencia.**

Precepto aplicado: artículo 22.3.º.2 LOPJ.

[Auto AP Salamanca núm. 87/2005 (Sección 1.ª), de 30 noviembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, AC 2005/2334.

**Nota:** 1. Doña Mariana, nacional de Costa Rica y con residencia habitual en España, formula demanda ante el JPI de Béjar contra su pareja de hecho, D. Augusto, solicitando la guarda y custodia del hijo menor de ambos. El demandado es nacional español residente en Costa Rica y el menor parece residir también en Costa Rica junto a su padre. Existe una sentencia anterior dictada por los Tribunales costarricenses en la que se decide la suspensión de la patria potestad de la demandante. El demandado contesta al fondo de la demanda planteando con carácter previo la falta de competencia judicial internacional de nuestros Tribunales. El JPI se abstiene de conocer de la demanda apreciando la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles. La demandante formula recurso de apelación alegando error en la valoración de la prueba relativa al lugar de la residencia habitual del hijo e incorrecta aplicación de los artículos 22.1 y 22.3 de la LOPJ. La AP de Salamanca confirma la decisión apelada, resolviendo la cuestión sustantiva de competencia judicial internacional planteada (FJ 2.º) «copiando» la mayor parte del FJ 3.º de la SAP de Lleida de 10 de febrero de 2003, en su consideración de que se trataban de «supuestos idénticos».

2. La decisión objeto del presente comentario resuelve un sencillo problema de competencia judicial internacional que tiene la virtualidad de suscitar distintas cuestiones que afectan a la aplicación del sistema español de competencia judicial internacional en su dimensión procesal y sustantiva. Aunque la solución adoptada en ambas instancias en términos de resultado

sea correcta, sin embargo, ninguna de ellas puede erigirse como ejemplo de aplicación técnica y precisa del vigente DIPr. español.

3. Previamente al análisis de las cuestiones que suscita el asunto, han de realizarse dos observaciones que demuestran el estado de nuestra jurisprudencia en sede de competencia judicial internacional. En primer lugar, positivamente, ambas decisiones sintonizan con el cambio operado en la jurisprudencia española en la aplicación del sistema, en el sentido que la falta de competencia judicial internacional de nuestros Tribunales es considerada como un resultado normal en su aplicación. La abstención por falta de competencia judicial internacional no supone *in casu* una denegación de la tutela judicial efectiva, en tanto la demandante tiene la opción de obtener dicha tutela en otro Ordenamiento jurídico [vide ARENAS GARCÍA, R., «Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC (2000)», *AEDIPr.*, t. 1, 2001, p. 192]. En segundo lugar, negativamente, el Auto del JPI, cuando tras apreciar la falta de competencia judicial internacional de nuestros Tribunales, añade que «corresponde conocer del asunto a los Tribunales de Costa Rica» vuelve a poner de relieve la falta de comprensión por parte de nuestros Tribunales de la naturaleza atributiva de las normas de competencia judicial internacional de origen autónomo. La bilateralización de las normas de competencia judicial internacional de origen interno, aparte de constituir un razonamiento jurídico incorrecto, conduce a un resultado totalmente inútil, pues el Tribunal extranjero designado no queda vinculado por tal mandato.

4. Pasando ya al primer conjunto de problemas que plantea el supuesto, las decisiones ponen de relieve dos cuestiones que se refieren al régimen procesal de verificación de la competencia judicial internacional existente en nuestro Ordenamiento jurídico tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000.

En primer lugar, en la decisión de instancia se observa una incorrecta interpretación y aplicación del modelo. Una incorrecta interpretación en cuanto que en todo momento, habiendo comparecido el demandado e impugnado la competencia judicial internacional, la Juzgadora, en la línea que parece haberse instaurado en nuestra práctica judicial, asume y reitera incorrectamente «un principio de control de oficio en cualquier circunstancia», cuando es sabido que la LEC 1/2000 adopta como sistema de base un «modelo de abstención de oficio» (vide ARENAS GARCÍA, R., «Falta e impugnación...», *op. cit.*, pp. 155-199] o, en términos más explícitos, un principio de control de oficio «restringido» a los supuestos de abstención contemplados en el artículo 36. 2 (vide FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.<sup>a</sup> ed., Civitas, 2004, p. 101). También se aprecia una incorrecta aplicación pues en ningún momento se denuncia que la forma en que el demandado había impugnado la competencia judicial internacional era absolutamente incorrecta, siendo el único cauce procesal oportuno la declinatoria internacional prevista en el artículo 39 LEC (vide ARENAS GARCÍA, R., «Falta e impugnación...», *op. cit.*, pp. 189-190). No es baladí insistir sobre la base del sistema elegido por la LEC, pues su deformación jurisprudencial en un sistema de verificación de oficio puede producir resultados perversos [como la práctica de los Juzgados de Instancia de abstención de oficio antes de dar traslado de la demanda al demandado [vide ARENAS GARCÍA, R., «Nota al AAP de Lugo (Sección 1.<sup>a</sup>), de 16 de enero de 2004», *REDI*, vol. LVII (2005), 1, pp. 333-336].

La segunda cuestión que plantea la decisión en el marco procesal del sistema español de verificación de la competencia judicial internacional surge por la forma que adopta la resolución de la AP de Salamanca al resolver el recurso de apelación. En este caso en concreto la Audiencia se equivocó al dictar la forma de Auto y la resolución desestimatoria del recurso debió haber adoptado la forma de Sentencia. La Audiencia al elegir la forma de auto impidió a la apelante poder formular recurso extraordinario por infracción procesal, cuando al tratarse de una decisión que confirma la incompetencia de los Tribunales españoles, poniendo fin al procedimiento, debe ser susceptible de tal recurso (art. 469. 1 LEC 2000). La cuestión es comple-

ja, como se refleja en el ATS de 30 de diciembre de 2002 (*Aranzadi Westlaw*, JUR 2003/15912), debido a las deficiencias de la LEC en materia de recursos y a la problemática derivada del régimen transitorio previsto en el mismo cuerpo legal [vide nota de ARENAS GARCÍA, R., *REDI*, vol. LV (2003), 1, pp. 368-375]. Teniendo en cuenta, no obstante, que las decisiones que niegan la competencia judicial internacional poniendo fin al procedimiento pueden ser objeto de recurso de apelación o extraordinario por infracción procesal y que el régimen provisional de tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal (Disp. Final Decimosexta LEC), en tanto no se atribuya la competencia para conocer del mismo a los TSJS, queda limitado sólo a las resoluciones susceptibles de casación *ex* artículo 477 LEC 2000, si la resolución hubiera adoptado la forma de Sentencia sería susceptible de incluirse en el artículo 477.2 LEC, pero al haber adoptado la de Auto en caso alguno podrá ser objeto de dicho recurso.

5. Centrándonos ya en el problema sustantivo de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para conocer de la pretensión, la primera tarea que debió ser abordada en ambas instancias, y no se llevó a cabo, fue la identificación normativa. En este proceso, todavía frecuentemente olvidado en la práctica judicial del DIPr, debió insertarse la concreción de la cuestionada residencia habitual del menor a efectos de, en un primer momento, descartar la aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental («Bruselas II bis»). Debió advertirse que el supuesto de hecho caía dentro de su ámbito de aplicación temporal (la demanda se interpuso en primera instancia con posterioridad al 1 de marzo de 2005), material (la acción queda materialmente cubierta por «Bruselas II bis» gracias a su ensanchamiento material respecto de su predecesor, Reglamento 1347/2000), y por tanto, la concreción de la residencia habitual del menor en uno o en otro país se erigía en elemento determinante a efectos de la aplicación espacial del sistema de competencia previsto en los artículos 8, 9, 10 y 11 del «Reglamento Bruselas II bis», que exige la residencia habitual del menor en un Estado miembro para su aplicación [vide FONT I SEGURA, A., «El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis», *REDI*, vol. LVI (2004), 1, pp. 285-286].

En ambas instancias se llevó a cabo una correcta concreción de la cuestionada residencia habitual del menor, pues aunque técnicamente sea algo floja, hay que tener en cuenta dos datos para apreciar la labor judicial: en primer lugar, en términos procesales, en el momento de la verificación de la competencia judicial internacional la prueba sobre los hechos relevantes para la determinación de la misma se lleva a cabo a partir no de pruebas plenas, sino a través de «principios de prueba» (vide ARENAS GARCÍA, R., «Falta e impugnación...», *op. cit.*, p. 195), y en este caso existían además documentos contradictorios; en segundo lugar, en términos sustantivos, la dificultad de concretar el concepto de residencia habitual del menor es enorme, fundamentalmente por la ausencia de una definición específica en el marco comunitario, convencional y español (vide GARCÍA CANO S., *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, 2003, pp. 65-67). Acierta por tanto la AP cuando realiza esta concreción teniendo en cuenta las *circunstancias del supuesto* [el menor es de muy corta edad (aproximadamente 2 años) y el *tipo de litigio* [vide ESPINAR VICENTE, J. M., «Residencia habitual (DIPr)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, pp. 5876-5880], y en función de ambos elementos se vale no sólo de datos que tienen cierta trascendencia jurídica (como un certificado de residencia expedido por las autoridades costarricenses o un pasaporte de Costa Rica), sino que concede especial relevancia a los datos médicos que en este caso revelaban con claridad que el menor tenía su centro de vida en Costa Rica (se atiende así al carné de vacunaciones con las sucesivas vacunas, control del peso en las sucesivas curvas de crecimiento, etc.). Resulta afortunada igualmente la apreciación de la Audiencia respecto a la existencia de un empadronamiento transitorio del menor en España pues, conforme a la jurisprudencia del TS, la inscrip-

ción en el padrón municipal es un elemento irrelevante, por sí mismo, para determinar la residencia habitual del menor en nuestro país.

Conforme al *iter* argumental lógico en sede de competencia judicial internacional, y siguiendo lo expuesto respecto a la aplicación del «Reglamento Bruselas II bis», una vez que la residencia habitual del menor se hubiera concretado en Costa Rica, el Tribunal debiera haber descartado la aplicación del citado Reglamento y, seguidamente, también la del Convenio de La Haya de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores (pues el menor tiene su residencia habitual en un Estado que no es parte del mismo) y, sólo entonces, acudir a los foros de competencia previstos en la normativa autónoma.

6. En el proceso de aplicación de los foros del artículo 22 de la LOPJ por ambas instancias, aparte de concebirse erróneamente de manera jerárquica, se plantean cuestiones sustantivas de distinta relevancia, aunque es necesario recordar que la Audiencia se limitó a reproducir el FJ 3.º de la SAP de Lleida de 10 de febrero de 2003, cuando debió dictar su propia decisión, teniendo en cuenta que el caso de la Audiencia de Lleida estaba condicionado por un previo secuestro internacional de menores, aparte de caer en ámbitos temporales y espaciales distintos. Dado que la SAP de Lleida ya ha sido objeto de extenso comentario en esta Revista al cual me remito [vide FONTANELLAS I MORELL, J. M., *REDI*, vol. LV (2003), 2, pp. 946-953], me limitare a realizar dos reflexiones sobre las principales cuestiones que afectaban a ambos litigios y que son susceptibles de trascender a los supuestos concretos:

1.º) La AP de Lleida afrontó satisfactoriamente la cuestión en torno al concepto de la sumisión tácita del artículo 22.2 LOPJ, descartándolo como foro de competencia judicial internacional. Se adscribió a la tendencia de aplicar los parámetros del CB en detrimento del rigorismo interpretativo de la LEC 1881 o la aplicación analógica del artículo 56 LEC 2000. La AP de Salamanca, en primer lugar, no tuvo porqué entrar a abordar la cuestión, pues la apelante en su recurso sólo invocó la incorrecta aplicación del artículo 22.1 (?) y del 22.3, y no la del 22.2. En segundo lugar, si optó por abordarla pudo completar y no sólo copiar lo expuesto por la AP de Lleida, en cuanto ésta dejaba abierta la interesante cuestión de los límites de la *prorogatio fori* en nuestro Ordenamiento Jurídico. Efectivamente si, como a continuación veremos, la AP de Salamanca asume la calificación procesal de la AP de Lleida que engloba la pretensión en la categoría de «medidas relativas a la protección de menores», hubiera sido una buena ocasión para que la Audiencia se hubiese pronunciado sobre la admisión/inadmisión de este foro *in casu*. En este punto, la doctrina mayoritaria coincide en descartar su posibilidad, salvaguardando así la directriz material del «interés superior del menor» que inspira el elegido foro de la residencia habitual del menor (vide VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2000, p. 164; CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *DIPr.*, vol. I, 6.ª ed., 2005, p. 133).

2.º) La cuestión principal abordada por la AP de Lleida, como se ha adelantado, fue la «calificación procesal» de la pretensión litigiosa en la categoría de «protección de menores» *versus* la de «relaciones paterno-filiales», a efectos de aplicar el foro tuitivo de la residencia habitual del menor (que no concurría) como fundamento de la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, y descartar así los amplios criterios de competencia previstos en materia de relaciones paterno-filiales. De este modo se alineaba así la Audiencia a una parte de la doctrina que entiende que en los litigios surgidos tras las rupturas familiares las soluciones que se adopten en relación a los menores implicados deben estar incardinadas, en general, en el ámbito de la protección de menores, y en sede de competencia judicial internacional en el artículo 22.3.2 (vide FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, p. 317). La AP de Salamanca al reiterar dicha argumentación sólo tiene el valor de contribuir a asentar la práctica entre nuestros Tribunales de declinar su competencia en los litigios relativos a guarda y custodia cuando el menor no tenga su residencia habitual en España sobre la base

del artículo 22.3.2, y es precisamente en este punto donde debe hacerse una llamada de atención, pues se trata de una materia en donde debe huirse de cualquier automatismo. Efectivamente, en el litigio que nos ocupa el razonamiento jurídico aplicado del Tribunal fue correcto dada la simplicidad de la *litis*, sin embargo hay que tener en cuenta que la mayoría de los pleitos en los que se ventilan cuestiones relativas a los derechos de custodia y visita de los menores son jurídicamente mucho más complejos, insertándose en litigios relativos a crisis matrimoniales y acompañadas en ocasiones de un secuestro internacional del menor susceptible de alterar ficticiamente la residencia habitual del menor [vide ARENAS GARCÍA, R., «Observaciones a la SAP de Barcelona de 1 de abril de 2003», *AEDIPr.*, t. IV (2004), pp. 956-959]. En definitiva, considero que la calificación procesal de las pretensiones relativas a custodia y visita que se ventilen ante nuestros Tribunales en la categoría de medidas de protección del menor, con la consecuente subsunción en el artículo 22.3.2, no debe asentarse en la práctica judicial de una manera automática, sino que el previo proceso de calificación procesal de la *causa petendi* ha de llevarse a cabo *in casu* atendiendo a las particulares del supuesto de hecho. No debe cerrarse, especialmente, la posible subsunción de tales pretensiones en la categoría de «relaciones paterno-filiales», no sólo porque la cuestión sigue siendo discutida [vide a favor de dicha adscripción en atención a su especialidad frente a la categoría más general de las medidas protectoras, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, pp. 163 y 169; MOYA ESCUDERO, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, 1998, p. 57], sino fundamentalmente porque la exigencia de realizar el «valor material del interés superior del menor» así como el respeto al «principio de la tutela judicial efectiva» pueden exigir *in casu* abrir al Tribunal español la posibilidad de entrar a conocer de la *litis* en atención a foros distintos a los de la residencia habitual del menor.

7. En conclusión, el Auto de la AP de Salamanca de 30 de noviembre de 2005 contribuye a asentar en nuestro país la práctica judicial de declinar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en los litigios relativos a derechos de custodia y visita de menores cuando el menor no tenga su residencia habitual en España *ex* artículo 22.3.2 LOPJ, pero destaca más por las cuestiones que no plantea (como la posible aplicación del «Reglamento Bruselas II bis» o la viabilidad de la *prorogatio fori* en este tipo de litigios) al haber optado por copiar el fundamento jurídico de otra sentencia bajo la errónea consideración de que se trataban de supuestos idénticos. Por otra parte, la resolución del litigio en ambas instancias también pone de relieve las dificultades de adaptación de nuestros Tribunales al nuevo sistema de impugnación y verificación de la competencia judicial internacional previsto en la LEC 1/2000, así como las consecuencias derivadas del régimen transitorio previsto en el mismo cuerpo legal.

Sandra GARCÍA CANO

2006-5-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Promesa de premio. No existe celebración de contrato. Ausencia de contrato de consumo a efectos de la competencia. Existencia de obligación contractual en el marco del artículo 5.1.º Reg. 44/2001. Sumisión tácita del demandado. Ausencia de vulneración del Derecho comunitario.**

Preceptos aplicados: artículo 10 CE; artículos 15 y 5.1.º del Reglamento 44/2001.

[Sentencia TJCE (Sala 1.ª) Kapferer, de 16 de marzo de 2006. Asunto C-234/04. Ponente: Excma. Sra. N. Colneric.]

F.: <http://www.curia.eu.int/jurisp>

**Nota:** 1. En el año 2000, la Sra. Kapferer recibió en su domicilio de Hall en Tirol (Austria) una carta mediante la cual la empresa de venta por correspondencia Schlank & Schick GmbH, domiciliada en Alemania, le informaba de que tenía un premio en metálico a su disposición. Al poco tiempo, le fue enviado un formulario de pedido y una notificación en cuyo dorso se le indicaba la cantidad correspondiente, depositada en la entidad «Credit International», y las condiciones para obtenerla, entre las cuales figuraba la necesidad de realizar un pedido sin compromiso. En vista de ello, la Sra. Kapferer decidió devolver firmado el formulario de pedido, admitiendo tener conocimiento de las condiciones de participación junto con el cupón emitido a su nombre, sin que haya sido posible probar en juicio si en ese momento efectuó pedido alguno. En cualquier caso, el 27 de noviembre de 2002, la Sra. Kapferer demanda el pago del premio a la empresa alemana ante el *Bezirkgericht* de Hall sobre la base del artículo 5.j) de la ley austríaca de defensa de los consumidores. La empresa demandada planteó a su vez declinatoria por entender que no se había celebrado ningún contrato y, por tanto, no eran de aplicación los artículos 15 y 16 del Reglamento 44/2001. El Juez de Primera Instancia no apreció la excepción y entró a decidir sobre el fondo, aunque desestimando las pretensiones de la demandante, por lo que ésta apeló ante el *Landgericht* de Innsbruck. El Tribunal de apelación, ante la duda sobre la correcta actuación del Juez de Primera Instancia declarándose competente, decidió dirigir diversas cuestiones al Tribunal de Justicia, que se pueden resumir en dos: si debe interpretarse el principio de cooperación establecido en el artículo 10 CE en el sentido de que también un órgano jurisdiccional nacional está obligado, con arreglo a los requisitos expuestos en la Sentencia TJCE *Kühne & Heitz* [de 13 de enero de 2004, As. C-453/00 (*Rec. p. I-837*)] a examinar de nuevo y anular una decisión judicial firme cuando se pone de manifiesto que ha vulnerado el Derecho comunitario; y si el presente supuesto supone un contrato de consumo a los efectos del artículo 15 del Reg. 44/2001. Por razón de los límites de la extensión de este comentario y de interés para el Derecho internacional privado, dedicaremos más espacio a la segunda de las cuestiones planteadas.

2. El TJCE en su sentencia se ha limitado a contestar de forma negativa a la primera de las preguntas planteadas, sin entrar en el resto, con una leve modificación respecto de la conclusión final apotada por el Abogado General Sr. Tizzano en su informe, para quien el Derecho comunitario «no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a examinar de nuevo y anular una decisión judicial *que ha adquirido fuerza de cosa juzgada* cuando se ponga de manifiesto que dicha decisión había vulnerado el Derecho comunitario» (cursivas nuestras) aunque la solución es, en esencia, la misma. Los dos puntos esenciales de la argumentación del Abogado General en sus conclusiones, que reiteran jurisprudencia comunitaria en este mismo sentido, son, en primer lugar, la idea de que la fuerza de cosa juzgada de las decisiones judiciales es necesaria para «garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia» [Sentencia TJCE *Reynier*, de 9 de junio de 1964, As. 79/63 y 82/63 (*Rec. p. 511*)], principio que define de manera esencial a las resoluciones judiciales, por lo que es necesario que no puedan impugnarse. Ciertamente, existe algún caso en que este principio se ve excepcionado, como sucede con la modificación de resoluciones judiciales. Pero ello se debe a la presencia de un elemento típico, el cambio de circunstancias, que imposibilita la adopción de una decisión definitiva, ya que no cabe realizar un pronóstico sobre cierto tipo de relaciones, sujetas a la aparición de nuevos factores que puedan alterar los hechos tenidos en cuenta a la hora de dictar sentencia. Casos modelo son las obligaciones de alimentos o los derechos de custodia. Pero se trata de supuestos específicamente regulados por el Derecho de cada Estado miembro. Por eso parece mejor la referencia a las normas procesales internas de los Estados antes que al efecto de cosa juzgada, como sugería el Abogado General en sus conclusiones, ya que dicha referencia, a falta de un concepto uniforme del principio de cosa juzgada para todos los Estados miembros, podría dar lugar a un nuevo problema. Pero, por otra parte, la redacción finalmente escogida parece también mejor si tenemos en cuenta la

alusión a la Sentencia *Kuhne & Heitz* citada a la que se remiten tanto el Tribunal inquiriente como el Sr. Tizzano en sus conclusiones. En ella, la posibilidad de examinar de nuevo una resolución administrativa se sujeta a ciertos requisitos, entre los que se encuentra el hecho de que según su ordenamiento nacional, el órgano disponga de la facultad de reconsiderar la resolución. Independientemente de que tal circunstancia no concorra en el presente caso (lo que supone por otro lado un nuevo argumento general a favor del fallo), la solución finalmente adoptada parece más compatible con esta jurisprudencia, en la medida en que la remisión a las normas procesales internas permite incluir también dicho requisito, en contra de lo que podría suceder con la mera referencia al concepto de cosa juzgada. Por su parte, algún autor, buscando un equilibrio adecuado entre la primacía del Derecho comunitario y la necesidad de respeto a la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones judiciales ha propugnado «la institución de un proceso similar a la casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de manera que este órgano pueda anular las sentencias que contengan vulneraciones manifiestas de Derecho comunitario». (NIEVA FENOLL, J., «Comentario a la STJCE Kapferer», en prensa al momento de escribir estas líneas).

3. En cualquier caso, como hace notar el Abogado General en sus conclusiones, la Sentencia TJCE *Kuhne & Heitz* no puede trasladarse al caso que nos ocupa, no sólo por lo inadecuado de su transposición desde el ámbito administrativo, del que procede, al civil; sino porque, aun admitiendo que ello fuera posible, los requisitos exigidos en aquélla no se cumplen en el presente caso, comenzando, como se acaba de exponer, por la ausencia de mandato de revisión en el Derecho interno austríaco, pues según la Ley de Enjuiciamiento Civil austríaca, una decisión judicial que ha adquirido fuerza de cosa juzgada sólo puede ser objeto de revisión cuando una de las partes i) lo haya solicitado y ii) alegue nuevos hechos o nuevas pruebas, tal y como han confirmado las alegaciones del Gobierno austríaco en el presente asunto. El segundo y tercer requisitos exigidos no parecen ser extrapolables al caso de autos, ya que se refieren, por un lado, a que la resolución esté basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del TJCE posterior a ella, sea errónea y que se haya adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, apartado 3: como señala el Sr. Tizzano, no parece que «en la época en la que se presentó la presente petición de decisión prejudicial este Tribunal hubiera ya acogido una interpretación del artículo 15 o de cualquier otra disposición pertinente del Reglamento núm. 44/2001 que pudiera cuestionar la adoptada por el juez austríaco de Primera Instancia» [Conclusiones Sentencia *Kapferer*, p. 32, con referencia a la Sentencia *Engler*, de 20 de enero de 2005, as. C-27/02 (*Rec. p. I-481*)]; y, por otro lado, se indica que la resolución judicial debe haber adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, y aquí, la decisión de primera instancia de que se trata no ha adquirido firmeza en virtud de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional dictada en última instancia, sino por no haber sido impugnada en los plazos previstos en el Derecho austríaco. En último lugar, ninguna de las partes presentes en el litigio principal ha pedido la revisión o anulación de la sentencia, siendo el órgano remitente quien lo solicita, en contra de lo exigido precisamente por la Sentencia *Kuhne & Heitz*. Por todo ello, y en ausencia de mejores argumentos, cabe concluir con el TJCE que no existe motivo que justifique la extensión de la jurisprudencia aludida a este caso.

4. Con todo, parece oportuno también plantearse si la declaración de competencia del Juez de Primera Instancia se llevó a cabo correctamente, en cuyo caso la pregunta planteada al TJCE escondería en realidad un falso problema, ya que no habría habido vulneración del Derecho comunitario ni correspondería, de haber sido el caso, la revisión. Para resolver esto, debemos referirnos a la segunda cuestión planteada por el *Landgericht* austríaco (que, básicamente, se refiere a la naturaleza de la relación jurídica que da origen al litigio) y determinar si entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 15 del Reglamento 44/2001, esto es, si se trata de

un contrato de consumo. Aquí, las respuestas difieren según provengan de los gobiernos alemán y austríaco, por una parte, y de la empresa demandada y la Comisión, por otra parte: los primeros responden de manera afirmativa, debido al carácter de especial protección que presentan las normas sobre consumo del Reglamento y que, a su entender, deben interpretarse de manera extensiva; en cambio, para los segundos, al no haberse podido demostrar que se haya realizado pedido alguno, no existe celebración de contrato, lo que es requisito imprescindible para la aplicación de dicho artículo. Esta misma cuestión se ha resuelto ya recientemente por el TJCE en la Sentencia *Engler*, en la cual una consumidora austríaca, basándose en el mismo precepto de su Derecho interno que el aquí alegado, reclama de una empresa alemana de venta por catálogo la entrega de un premio que pensaba le correspondía. El TJCE entendió en tal caso que no era posible considerar incluida la acción judicial en el marco del artículo 13 CB (hoy 15 del Reglamento 44/2001), solución con la que es difícil no concordar de entrada si simplemente se lee el texto del precepto, que exige de forma clara la celebración de un contrato (por todos en España, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000, marg. 138.). Como ha señalado el Abogado General Sr. Jacobs en sus conclusiones a la Sentencia *Engler*, cuando la notificación de un premio está tan íntimamente ligada a la celebración de un contrato por el consumidor (la realización de un pedido) debe ser posible ejercitar la acción judicial ante el Tribunal competente para conocer del contrato, evitándose así una situación en la que varios Tribunales puedan ser competentes para conocer de un mismo contrato [Sentencia TJCE *Gabriel*, de 11 de julio de 2002 (as. C-96/00, *Rec. I-6367*)]; pero este fundamento desaparece cuando, como en el caso *Engler* o en el presente, no se realiza ningún pedido y, por tanto, no existe contrato como tal, ya que la notificación del premio por sí misma no puede crearlo. Y, según ha señalado también el Abogado General Sr. Jacobs, las normas sobre consumo del CB (y ahora en el Reglamento 44) «tienen por finalidad proteger al consumidor, pero no facilitar su enriquecimiento» (pár. 29) por lo que deben ponerse límites a su interpretación (en este sentido, vide KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8.ª ed., Recht & Wirtschaft, Heidelberg, 2004, artículo 15, marg. 6). Por otra parte, tampoco cabría aquí entender que las modificaciones introducidas en el artículo 15 del Reglamento 44/2001 respecto del original 13 CB hayan alterado sustancialmente este punto, como pretenden los gobiernos alemán y austríaco, pues tales modificaciones se refieren más bien al ámbito de aplicación material de las disposiciones sobre consumo (conclusiones a la Sentencia TJCE *Kapferer*, *cit.*, pár. 54). Por todo ello, es razonable pensar que la acción solicitada no debe quedar cubierta por el artículo 15 del Reglamento 44/2001.

5. De todas formas, aunque no se trate de un contrato de consumo en el sentido del artículo 15, podríamos continuar enfrentados a un falso problema si la competencia se pudiese fundamentar sobre la base de otras normas del Reglamento. Y es que, efectivamente, la ratio del artículo 15 y del artículo 5.1.º son diferentes, por lo que es posible pensar que la falta de un contrato de consumo en el presente caso no imposibilita que podamos encontrarnos ante una relación obligacional subsumible en el marco del artículo 5.1.º del Reglamento. Este artículo, a diferencia de lo que sucede con el 15, no exige la celebración de un contrato, sino que se extiende también a relaciones y compromisos similares a los existentes entre las partes de un contrato, siempre que se pueda determinar «una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra» (conclusiones Sentencia TJCE *Engler*, *cit.*, párs. 45, 50 y 51). En este sentido, lo que cabe preguntarse entonces es si de las actuaciones llevadas a cabo en el asunto que nos ocupa puede derivarse la existencia de una relación subsumible en el marco del 5.1.º Más concretamente, si la acción que sirve de base a la demanda planteada por la Sra. Kapferer es una obligación contractual, algo que ya fue confirmado por el TJCE en la Sentencia *Engler*. Así, tal y como señaló el Abogado general en dicho asunto, al interpretar el artículo 5.1.º CB, el TJCE no ha estimado que el ámbito de aplicación de dicha disposición deba definirse de forma restringida, sino que la materia contractual incluye las obligaciones volun-

tarias vinculantes (conclusiones a la Sentencia TJCE *Engler*, cit., párs. 38 y 39) Y, en este sentido, parece que todos los argumentos conducen a apreciar que así sucede en el caso que nos ocupa: el propio anuncio de pago puede considerarse una obligación unilateral vinculante, sin que se pueda pensar, como pretende la empresa demandada, que las obligaciones derivadas del compromiso contraído vengan únicamente impuestas por ley. El artículo 5.j) de la Ley austríaca de protección de los consumidores no constituye la obligación, sino que se limita a facilitar la exigencia de su cumplimiento (conclusiones a la Sentencia TJCE *Engler*, cit., pár. 42). Por otra parte, la aceptación del premio, hecho que se produce sin lugar a dudas al reclamarlo judicialmente, presupone la existencia de reciprocidad. Y, en cualquier caso, el preguntarse si este tipo de compromisos dan o no lugar o no a una obligación, continúa siendo materia contractual en el sentido del artículo 5.1.º. Pero, de todas formas, no podemos olvidar que la empresa alemana demandada no reiteró en apelación la declinatoria, por lo cual existe sumisión tácita en el sentido del artículo 24 siendo el Juez entonces competente. Por tanto, hay que concluir que la cuestión planteada al TJCE no era de recibo en ningún caso.

Miguel Ángel MICHINEL ÁLVAREZ

## 2. *Proceso con elemento extranjero*

2006-6-Pr

### **NOTIFICACIONES Y TRASLADOS DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—Notificación a través de organismos. Notificación por correo. Relaciones entre las formas de transmisión y de notificación. Prioridad. Plazo para recurrir en apelación.**

Preceptos aplicados: Artículos 4 a 11 y 14 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 3.ª, de 9 de febrero de 2006, As. C-473/04, *Plumex c. Young Sports NV*. Ponente: Excmo. Sr. D. J. Malenovský.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, TJCE 2006/39.

**Nota:** 1. La notificación de documentos judiciales en el extranjero es una cuestión ligada al principio *lex fori regit processum*, pero en la que la necesidad de asistencia judicial internacional obliga al establecimiento de convenios internacionales, como el Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965, que ha servido de inspiración al Reglamento (CE) núm. 1348/2000. Estos instrumentos internacionales no pretenden alterar la regla mencionada, según la cual la validez y eficacia de la notificación vienen determinadas por la ley del Estado de origen (vide STJCE 3 de julio de 1990, As. C-305/88, *Lancray c. Peters*, punto 29, y entre la doctrina, CAPATINA, O., «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *R. des C.*, t. 179, 1983-I, pp. 303-412, pp. 332-335; MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, 2001, pp. 160-165). Sin embargo, la práctica de la notificación en el extranjero exige, en función de la modalidad empleada, acudir a autoridades extranjeras que, a su vez, actuarán de acuerdo con su ley procesal, por lo que puede ser preciso atender también a la *lex loci executionis*, así como a los instrumentos internacionales que vinculen a ambos Estados (vide sobre el procedimiento de notificación

internacional, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004, pp.; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2000, pp. 311-331). El Reglamento núm. 1348/2000 no puede ni pretende armonizar el Derecho autónomo en esta materia, pero, dentro de los límites de la competencia legislativa de la Unión Europea, introduce garantías dirigidas a asegurar el principio del contradictorio. La decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), de 9 de febrero de 2006, aborda la relación entre las modalidades de notificación previstas o admitidas por el mencionado Reglamento (2), así como la cuestión de la fecha a partir de la cual ha de empezar a computar el plazo cuando la notificación se ha practicado conforme a dos modalidades (3). En el supuesto de hecho *Plumex*, sociedad portuguesa con domicilio social en Portugal, fue notificada de la decisión pronunciada en su contra en Bélgica tanto a través de organismos como por correo. Presentado recurso de apelación, se desestima porque el Tribunal entiende que ha precluido el plazo para su interposición; el Tribunal toma en consideración a efectos de cómputo la notificación practicada en primer lugar, la practicada por correo.

2. La notificación de documentos judiciales en el extranjero ha de ser realizada en una forma tal, que permita al demandado conocer efectivamente del acto que se le notifica con tiempo suficiente para que pueda organizar su defensa (sobre los principios que han de regir la notificación internacional, vide MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, pp. 100-106). Del principio de regularidad dependen tanto la efectividad de la notificación como su temporalidad, por cuanto se garantiza al demandado un plazo en el cual organizar su defensa. El Reglamento núm. 1348/2000, siguiendo el ejemplo del CLH 1965, regula las distintas modalidades de notificación de documentos en el extranjero, en particular la notificación a través de organismos, que cuenta con un extenso desarrollo (arts. 4 a 11), frente al simple reconocimiento de la existencia de otras modalidades. Esta diferencia de tratamiento legislativo sirve de apoyo a la primera cuestión prejudicial planteada en *Plumex*, la de si existe una relación jerárquica entre la notificación a través de organismos y la notificación por correo, en otras palabras, si la primera es preferente respecto a la segunda.

Este planteamiento no es novedoso, sino que el carácter subsidiario de la notificación por correo respecto de la realizada a través de organismos ya ha sido planteado en el marco del CLH 1965. La notificación por correo presenta menos garantías para el demandado que otras formas de comunicación, por lo que el CLH 1965 permite reservar la aplicación de su artículo 10.a), donde se regula, a la vista de que muchos Estados no la reconocen como modalidad de notificación. El problema se plantea respecto de aquellos países que no han utilizado esa reserva, pero prohíben la notificación por correo en su territorio. En este contexto, existe jurisprudencia estadounidense que se decanta por el carácter subsidiario de la notificación por correo, dependiente de otra modalidad, si bien otro sector descarta la existencia de una relación jerárquica entre modalidades de notificación en el CLH 1965 [vide. sobre ambas posiciones y sus argumentos, MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, pp. 198-202, quien utiliza los criterios lógico-sistemático (la notificación por correo se inserta entre otras modalidades) y teleológico (se trata de dar conocimiento al destinatario para lo cual se prevén varias vías) para inclinarse por su consideración de forma principal]. Las menores garantías que ofrece la notificación por correo han evitado que se convirtiera en la forma ordinaria de comunicación entre las autoridades de los Estados miembros, pero el artículo 14 Reglamento núm. 1348/2000 ya no permite a los Estados miembros reservarse su aplicación, si bien pueden establecer condiciones de realización, de las que dependerá la validez de la comunicación así practicada.

En este contexto, los criterios de interpretación literal y teleológico del Reglamento núm. 1348/2000 guían la respuesta del TJCE a la cuestión de si existe relación jerárquica entre modalidades de notificación: en el Reglamento no se encuentra disposición ni indicación alguna de que la intención legislativa hubiera sido establecer una relación jerárquica entre las modali-

dades de notificación. Es más y como termina de concluir el TJCE, «tanto del espíritu como de la finalidad del Reglamento se desprende que éste pretende garantizar el cumplimiento efectivo de las notificaciones y de los traslados de los documentos judiciales, si bien respetando los intereses legítimos de sus destinatarios. Pues bien, si todas las formas de notificación previstas en el Reglamento pueden garantizar, en principio, el respeto de tales intereses, debe existir la posibilidad, habida cuenta de la mencionada finalidad, de recurrir a la forma de notificación, o incluso simultáneamente a dos o más formas, que resulten las más oportunas o las más apropiadas, a la vista de las circunstancias del caso» (vide STJCE 9 de febrero de 2006, punto 21). De hecho, habida cuenta los problemas que puede suscitar una notificación por correo, se aconseja que se intente de acuerdo con otra modalidad (vide LINKE, H., «Europäisches Zustellungsrecht», *ERA-Forum*, 2005, pp. 205-223, pp. 209-210, p. 212), pero ello no es óbice para que la realizada por correo sea regular y, por tanto, eficaz.

3. Una vez descartada la existencia de una relación jerárquica entre ambas modalidades de notificación, la respuesta a la segunda cuestión prejudicial, a qué notificación atender a efectos de cómputo de plazos, se alcanza a través del criterio de interpretación lógico-sistemático: si la notificación ha sido regular, con independencia de la manera en que ha sido practicada, atender a efectos de cómputo de plazo a la fecha en que se considera eficaz «no atenta en modo alguno contra los intereses del destinatario de un documento judicial en la medida en que la primera notificación válida le permite tener un conocimiento efectivo de tal documento y disponer de un plazo de tiempo suficiente para recurrir a los Tribunales» (vide STJCE de 9 de febrero de 2006, punto 32). Esta respuesta se desprende de la plena equiparación entre modalidades de notificación; sin embargo, esta interpretación autónoma recibe objeciones, por cuanto se entiende que es una cuestión de Derecho nacional decidir a qué notificación atender a efectos de cómputo del plazo. El TJCE descarta la interpretación por remisión, precisamente porque no deja de ser la consecuencia de la primera cuestión prejudicial, de las relaciones entre las distintas formas de notificar previstas por el Reglamento núm. 1348/2000 (vide STJCE de 9 de febrero de 2006, punto 26). Lo que sí depende del Derecho autónomo es la fecha a partir de la que una notificación se considera eficaz.

El principio de efectividad de la notificación concentra las grandes diferencias en Derecho comparado, concretamente, en torno a tres grandes sistemas [sobre los mismos, vide. CARELLA, G., «La disciplina delle notificazioni e comunicazioni intracomunitarie: dalla cooperazione intergovernativa all'integrazione europea?», *Diritto internazionale privato e diritto comunitario* (PICONE, P., Ed.), Padua, 2004, pp. 125-162, pp. 128-129; CAMPEIS, G. Y DE PAULI, A., *La procedura civile internazionale*, Padua, 1996, pp. 227-229; CAPATINA, O., *loc. cit.*, pp. 350-353; MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, pp. 9-11]. La notificación *au parquet*, propia de países como Francia, Bélgica o Italia, es la más característica, por cuanto considera que la notificación es eficaz, una vez que se han realizado en el Estado de origen las formalidades correspondientes. De este modo, evita la incertidumbre para el proceso pendiente del resultado de la notificación; es decir, una cosa es la efectividad de la notificación, que se produce en el Estado de origen, y otra su perfección, la transmisión internacional del acto a notificar, que se produce en el Estado de destino, pero que ya no incide en el tratamiento del rebelde: con independencia de que se perfeccione o no, de que llegue o no a conocimiento del demandado, la notificación es efectiva y, si no comparece, será tratado como un rebelde, lo que, obviamente, tiene importantes consecuencias para la audiencia y contradicción (vide CAPATINA, O., *loc. cit.*, p. 353). En cambio, de acuerdo con el modelo germánico, su eficacia depende de que el demandado haya recibido el acto de notificación. Entre ambos sistemas, el modelo anglosajón se caracteriza por los amplios poderes con que cuenta el órgano jurisdiccional para decidir, en cada caso, cuál es el mejor método para notificar al demandado.

El Reglamento núm. 1348/2000 no ha procedido a armonizar la fecha a partir de la cual puede el demandado ejercitar su derecho de defensa, atendida la base competencial conforme

a la que fue dictado (criticando estos límites, vide CARELLA, G., *loc. cit.*, pp. 156-157). Pero tanto el CLH 1965 como el Reglamento núm. 1348/2000 introducen cautelas para evitar las divergencias y, en particular, la ficción que implica el sistema *au parquet*, como la obligación judicial de suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha recibido correctamente la notificación (arts. 15 CLH 1965/19 Reglamento núm. 1348/2000). Esta suspensión sirve a la buena administración de justicia, ya que la notificación garantiza principios jurídico-naturales del proceso, la dualidad de partes, la audiencia y contradicción, y la igualdad de armas procesales (vide sobre esta clasificación, BERZOSA FRANCO, V., «Principios del proceso», *Justicia*, 1992, pp. 553-620, pp. 553-560), sin los cuales no existe el *processus iudicii*. Pero no armonizan la fecha a partir de la cual es eficaz la notificación regular, es decir, la fecha a partir de la cual comienza el cómputo de los plazos y que, además, va a servir para medir el principio de temporalidad. Por ello, aun cuando existen pronunciamientos del TJCE de los que se desprende que mide si el demandado ha tenido tiempo para defenderse a partir de la notificación en forma regular (vide STJCE 16.6.1981, As. 166/80, *Klomps c. Michel*, punto 21), es decir, a partir de que el demandado ha recibido la notificación, ello sólo sirve a calibrar si ha habido indefensión material, pero no implica la armonización de la fecha de inicio del cómputo en los distintos Estados miembros. Este razonamiento sí es útil, en cambio, para justificar el que, en caso de acumulación de notificaciones, se atienda a la primera realizada en forma regular (vide STJCE de 9 de febrero de 2006, punto 31).

El artículo 9 Reglamento núm. 1348/2000 podría inducir a pensar que, efectivamente, se ha producido la armonización y depende de la ley del Estado requerido determinar el momento de inicio del cómputo (vide sobre la interpretación de este precepto, MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, pp. 279-285; ídem, «La fecha y el idioma en la notificación internacional: perspectivas de futuro», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 299-309, pp. 300-303), o, directamente, fija el inicio del cómputo en la entrega de la notificación (vide CARELLA, G., *loc. cit.*, p. 142, para la que se trata de una norma material uniforme). Ahora bien, este precepto limita su ámbito de aplicación a la Sección 1.ª del citado Reglamento, en tanto que la notificación por correo se regula en su Sección 2.ª y a ésta se aplica la ley del Estado requirente en tanto que ley rectora del proceso en el que se ordena la notificación. En el supuesto de hecho, la ley aplicada es la belga, para la que rige el sistema *au parquet*, de manera que el cómputo del plazo comienza en el momento mismo en que se entrega en correos la cédula de emplazamiento. La aplicación de esta ley no es objeto de cuestión prejudicial alguna: de acuerdo con el Derecho portugués, artículos 1.1 y 1.3 del Decreto-Ley núm. 121/1976, de 11 de febrero, la notificación de decisiones no exige aviso de recepción, pero sí registro postal, porque las notificaciones así practicadas se presumen hechas en el tercer día posterior al del registro o en el primer día útil siguiente a ese, cuando no lo sea, produciendo efectos anteriores. Aplicando estas reglas al caso concreto, el plazo hubiera vencido el día 15 de diciembre, de manera que, aun aplicando la ley del Estado requerido, el plazo había precluido.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

2006-7-Pr

**NOTIFICACIONES Y TRASLADOS DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—Resolución por la que se otorga la ejecución de una resolución judicial dictada en otro Estado contratante. Notificación inexistente o irregular. Conocimiento extraprocesal. Plazo para recurrir.**

*REDI*, vol. LVIII (2006), 1

Preceptos aplicados: Artículos 26, 27.2, 31, 34, 35, 36 y 40.1 del Convenio relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968.

**[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 2.<sup>a</sup>, de 16 de febrero de 2006, As. C-3/05, Gaetano Verdoliva c. J. M. Van der Hoeven BV, Banco di Sardegna, San Paolo IMI SpA. Ponente: Excmo. Sr. D. J. Klučka.]**

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, TJCE 2006/42.

**Nota:** 1. La indefensión derivada de una incorrecta notificación de la cédula de emplazamiento o documento equivalente es la causa más alegada a la hora de objetar el reconocimiento de una decisión extranjera. Sorprendentemente, la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), de 16 de febrero de 2006, no discute sobre el artículo 27.2 del Convenio relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (en adelante, CB), sino sobre su artículo 36, aunque la doctrina del TJCE a propósito del mencionado motivo de denegación del reconocimiento juega un papel decisivo en la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas. En el supuesto de hecho el Sr. Verdoliva había sido condenado por un Tribunal belga a pagar a Van der Hoeven una cantidad, cuya ejecución se intenta en Italia. A estos efectos, se inicia el procedimiento de exequátur ante la Corte d'appello de Cagliari, que declara la ejecutividad de la decisión. Intentada la notificación de la resolución de exequátur en el domicilio del deudor, ésta resulta infructuosa por cuanto se hace constar en el acta de notificación que, a pesar de que sigue censado en Capoterra (Italia), se había mudado a otro lugar hacía más de un año, sin que conste el nuevo domicilio. La segunda notificación se realiza de acuerdo con lo prescrito en el artículo 143 del *Código de procedura civile* italiano, por lo que el agente judicial deposita una copia del acta en el Ayuntamiento de Capoterra y coloca una segunda copia en su propio tablón de anuncios. Como el Sr. Verdoliva no presenta recurso dentro del plazo de 30 días contado a partir de dicha notificación, la declaración de ejecutividad de la decisión belga se convierte en firme y Van der Hoeven insta ejecución, interviniendo en el proceso que ya habían iniciado frente a él el *Banco di Sardegna* y *San Paolo IMI SpA*.

El Sr. Verdoliva se opone a la ejecución alegando, de una parte, que no le había sido notificada la resolución de exequátur, de otra, que esa resolución no había sido depositada en el Ayuntamiento de Capoterra, como alega el acta de notificación, falsa en consecuencia. La oposición a la ejecución es desestimada por el Tribunale civile di Cagliari, para el que ha prescrito: el artículo 650 del *Código de procedura civile* italiano permite que se interponga extemporáneamente si el recurrente demuestra que no ha tenido conocimiento en tiempo oportuno de la resolución de exequátur como consecuencia de una notificación irregular; pero el mismo precepto dispone como plazo máximo para hacer valer la irregularidad de la notificación y la oposición a la ejecución, diez días contados a partir del primer acto de ejecución que permitió al condenado conocer de la referida resolución de exequátur. Frente a esta decisión, el ejecutado plantea recurso de apelación, añadiendo a lo ya alegado que la notificación realizada conforme al artículo 143 de la Ley rituarial italiana era nula, por cuanto el agente judicial no realizó las indagaciones necesarias para verificar si el destinatario se encontraba efectivamente en paradero desconocido, indagaciones que, por tanto, no constan en el acta de notificación, tal y como exige la *Corte Suprema di Cassazione* italiana. Es el Tribunal de apelación el que decide plantear tres cuestiones prejudiciales ante el TJCE, reconduciéndose todas ellas a una sola, la de si el hecho de que la parte frente a la que se solicita el reconocimiento ha tenido conocimiento de la resolución de exequátur, a pesar de que la notificación ha sido irregular, basta para que corra el plazo previsto en el artículo 36 CB.

La respuesta a esta cuestión se enmarca en la doctrina sentada por el TJCE a propósito del artículo 27.2 CB (2), sin que quede claro si el Alto Tribunal es consciente del vuelco que en la misma ha producido el cambio en el tenor de su precepto homólogo, el artículo 34.2 del Reglamento núm. 44/2001, de 29 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (3).

2. El artículo 36 CB se limita a señalar que «si se otorgare la ejecución, la parte contra la cual se hubiere solicitado podrá interponer recurso contra la resolución dentro del mes siguiente a la fecha de su notificación», plazo que se amplía si tuviere su domicilio en Estado distinto de dónde se plantea el exequátur. Pero no establece un concepto de notificación ni impone requisitos específicos de cómo se ha de practicar ésta, por lo que este precepto ha de ser interpretado a la luz del sistema y objetivos del CB. Sobre esta notificación, al igual que sobre la cédula de emplazamiento, pesa el derecho de defensa de la parte frente a la que solicita el exequátur, por cuanto es la que le permite interponer el recurso en el que se va a discutir de los motivos de denegación del reconocimiento, recurso al que se traslada el contradictorio en el exequátur (vide sobre la importancia de esta notificación, Conclusiones de la Abogado General Sra. J. KOKOTT, presentadas el 24 de noviembre de 2005, margs. 38-47. Vide sobre el procedimiento de exequátur en Derecho europeo, 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, pp. 717-744, pássim, en esp. pp. 734-744. Desde otra perspectiva, GARAU SOBRIÑO, F. F., «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva teoría general del exequátur?», *AEDIPr.*, t. IV, 2004, pp. 91-116). Como el CB busca facilitar la libre circulación de decisiones, pero no a costa del derecho de defensa, introduce sucesivos controles de la regularidad de la notificación. La notificación ha de ajustarse a una forma (principio de regularidad), que permita al demandado conocer efectivamente el acto que se le notifica (principio de efectividad) en tiempo oportuno (principio de temporalidad) y con el menor coste posible (principio de eficiencia) (vide MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, 2001, pp. 100-106). Esta forma permite, de una parte, presumir que el demandado ha tenido conocimiento efectivo, de otra parte, iniciar el cómputo de los plazos dentro de los cuales tiene que ejercitar su derecho de defensa. Por ello, se establece un primer control en sede de admisión de la demanda (art. 20 CB): si el demandado no comparece, ha de suspenderse el proceso para comprobar que ha sido correctamente notificado y que ha tenido suficiente para defenderse; en otras palabras, que su ausencia es voluntaria.

Como el control de la regularidad de la notificación se practica cuando es internacional, pero no interna, se introduce un segundo control en sede de reconocimiento, donde también ha de controlarse que la notificación ha sido regular (BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La sentencia dictada en rebeldía: notificación y exequátur en el Convenio de Bruselas», *RIE*, 1991, pp. 39-60, pp. 45-46), de manera que se desarrolla la presunción de que, si la notificación es inexistente o irregular, se ha producido indefensión: «el reconocimiento en un Estado contratante de una resolución dictada en rebeldía del demandado en otro Estado contratante deberá denegarse cuando la cédula de emplazamiento no haya sido entregada o notificada al demandado de forma regular, aun cuando posteriormente éste haya tenido conocimiento de la resolución recaída y no haya utilizado los medios de impugnación disponibles» (vide STJCE de 16 de febrero de 2006, punto 29). La importancia de este control viene acentuado por el hecho de que la notificación regular permite establecer con exactitud la fecha de inicio del cómputo de los plazos para recurrir y ello sirve, no sólo a respetar el principio de temporalidad del que depende el derecho de defensa del demandado, sino también el interés en una buena administración de justicia, expresado en este caso en el interés en facilitar la libre circulación de decisiones, para lo que se establece un procedimiento de exequátur con plazos perentorios para la parte frente a la que se solicita el exequátur (vide STJCE 16 de febrero de 2006, puntos 34 y 35). De todo ello, el TJCE concluye que reglas de convalidación como la prescrita en el artículo 650

del *Código di procedura civile* se oponen al efecto útil del CB, del cual se desprende que la resolución de exequátur ha de ser objeto de notificación regular con arreglo a las normas procesales del Estado donde se sigue el proceso (vide CAPATINA, O., «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *R. des C.*, t. 179, 1983-I, pp. 303-412, pp. 332-335; MARCHAL ESCALONA, N., *loc. cit.*, pp. 160-165).

3. *Verdoliva* se inserta en la doctrina del TJCE que exacerba el principio de regularidad, a la luz del tenor del artículo 27.2 CB. Directamente preguntado en *Minalment c. Brandeis* (STJCE de 12 de noviembre de 1992, As. C-123/91), el TJCE contesta, tal y como reproduce en *Verdoliva*, que el vicio en la notificación de la demanda no se sana, aunque el demandado hubiera tenido conocimiento posteriormente de la resolución recaída y no hubiera utilizado los medios de impugnación disponibles con arreglo al Derecho procesal del Estado de origen. En *Hendrikman c. Magenta* (STJCE de 10 de octubre de 1996, As. C-78/95), el TJCE pone también el acento en el efecto útil del CB, para insistir en que el control de la regularidad es otro motivo de denegación del reconocimiento que se acumula a la temporalidad de la notificación; es decir, si el demandado no ha sido correctamente notificado, no importa que hubiera tenido tiempo de defenderse, la decisión ha de denegarse. En el supuesto de hecho que subyace a esta decisión, el demandado había tenido la oportunidad de recurrir la sentencia definitiva, que sí fue correctamente notificada, pero no lo hizo, manteniéndose en rebeldía.

Sin embargo, el legislador comunitario, advertido de los abusos a que podía dar lugar una interpretación de este tipo, ha relativizado el control de la regularidad [vide sobre la discusión que motivó el cambio de redacción, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *loc. cit.*, pp. 54-59; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Art. 27» (CALVO CARAVACA, A. L., ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1995, pp. 478-498, pp. 486-487; RAUSCHER, TH., *Strikter Beklagtenschutz durch Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ*, *IPRax*, 1991, pp. 155-159, pp. 155-159; SCHUMACHER, K., «Zustellung nach Art. 27 EuGVÜ», *IPRax*, 1985, pp. 265-268, pp. 265-268; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2000, pp. 465-466]. El artículo 34.2 Reglamento núm. 44/2001 puntualiza que no se reconocerán las decisiones «cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiere podido hacerlo» [vide sobre este cambio, CARELLA, G., «La disciplina delle notificazioni e comunicazioni intracomunitarie: dalla cooperazione intergovernativa all'integrazione europea?» (PICONE, P., Ed.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padua, 2004, pp. 125-162, p. 160; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Madrid, 2004, p. 219; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El título ejecutivo europeo*, Navarra, 2006, pp. 28-33; JIMÉNEZ BLANCO, P., «La redacción errónea del artículo 34.2) de la versión española del Reglamento (CE) 44/2001, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *REDI*, 2001, pp. 742-745, pp. 744-745; MERLIN, E., «Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento Bruxelles I», *Rivdirproc.*, 2001, pp. 433-461, pp. 438-441; SÁNCHEZ LORENZO, S., «Competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil: del Convenio de Bruselas al Reglamento Bruselas I» (BORRÁS, A., Dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El convenio de Bruselas, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2001, pp. 181-228, pp. 216-217]. Relativiza la presunción de que la notificación irregular equivale a indefensión; sólo si ha producido, efectivamente, indefensión material y, además, el demandado no ha convalidado el defecto en la notificación.

La novedad de este precepto, que se reproduce en otros instrumentos de Derecho comunitario [cfr. artículos 22.b) y 23.c) Reglamento núm. 2201/2003, 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000; 18 Reglamento (CE) núm. 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados], es que impone un deber de diligencia al demandado advertido de la existencia del proceso, del que se deriva que, si permanece inactivo y no denuncia la irregularidad, no puede prevalerse de la irregularidad para impedir el reconocimiento. Ello se opone frontalmente a la doctrina del TJCE aquí reproducida, que no examina el deber de diligencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento, deber que nace con el conocimiento procesal de la resolución de exequátur a través del acto de ejecución. Traslada la nueva filosofía al supuesto de hecho que subyace a *Verdoliva*, surgen dudas razonables sobre si la parte frente a la que solicita el exequátur ha cumplido con su deber de denunciar la nulidad procesal cuando conoció, a través del primer acto de ejecución, de la resolución de exequátur; al menos, surgen dudas razonables de que el artículo 650 de la Ley procesal italiana obstaculice el efecto útil del Derecho europeo.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

### 3. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

2006-8-Pr

**RECONOCIMIENTO SENTENCIA EXTRANJERA.—Sistema general del artículo 954 LEC de 1881. Ámbito material: resoluciones dictadas por Tribunales extranjeros en materia civil y mercantil. Resolución dictada en Argentina resolviendo incidente en proceso penal. Contradicción con lo decidido por los Tribunales españoles. No acreditación de la falta de emplazamiento.**

Precepto aplicado: Artículo 954 LEC de 1881.

**[Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de febrero de 2005. Exequátur núm. 121/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.]**

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR, 2005/95271.

**Nota:** 1. Parafraseando el conocido dicho, podríamos afirmar que lo que mal empieza, mal acaba. En lo forense significaría que un proceso mal planteado acaba por hilvanar un rosario de despropósitos jurídicos. Y esto es lo que, en líneas generales, acabó ocurriendo en el caso al que se refiere la resolución objeto de comentario. Enhebrando ideas sueltas de aquí y de allá del Auto, pueden reconstruirse con mayor o menor fidelidad los hechos que desembocaron en sendos procesos judiciales en Argentina y España. Resumiendo, Ticio inicia ante los Tribunales españoles un procedimiento con el objeto de declarar la inexistencia o nulidad de un acuerdo liquidatorio suscrito entre Cayo y una compañía aseguradora, basándose en la falsedad del poder de representación otorgado por Ticio a favor de Cayo mediante escritura pública suscrita en Buenos Aires en el año 1990. Paralelamente, Ticio interpone en Argentina una querrela criminal contra Cayo por la presunta comisión de un delito de falsificación de documento público en concurso ideal con un delito de estafa. Ticio manifestó ante los Tribunales argentinos que existía un proceso pendiente ante los Tribunales españoles acerca de la declaración de ineficacia del acuerdo de liquidación por falsedad del apoderamiento, alegando que acudía a los Tribunales argentinos a causa de la preclusión de las fases procesales en el procedimiento

español. En febrero de 1997, Ticio obtuvo en Argentina una resolución por la que se resolvía un incidente denominado de redargución y en la que se declaraba falsa e inexistente la escritura pública de apoderamiento de Ticio a favor de Cayo (posteriormente, en 1999 y 2000, se dictarían sentencias en el procedimiento penal de origen). Por lo que se refiere al proceso iniciado en España, Ticio obtuvo resoluciones adversas en todas las instancias (años 1992, 1995 y 1999). Durante la tramitación del proceso ante los órganos jurisdiccionales españoles, éstos no sólo practicaron pruebas acerca de la falsedad e ineficacia de la escritura de apoderamiento, con resultados desfavorables para Ticio, sino que también examinaron a título incidental la concurrencia en la resolución argentina de los presupuestos para su reconocimiento en España, llegando a una conclusión negativa. Finalmente, Ticio solicita al TS el reconocimiento de la resolución argentina de 1997 por la que se resolvía el incidente de redargución y se declaraba la falsedad e inexistencia de la escritura de apoderamiento.

2. De la anterior maraña de procesos y resoluciones judiciales cabe extraer dos ideas básicas. La primera es que la resolución argentina para la que se solicita el exequátur emana de un proceso penal. En segundo lugar, existen hasta tres resoluciones judiciales españolas sobre el tema, que podrían verse afectadas por el reconocimiento de la resolución argentina.

Antes de pasar a comentar estos dos aspectos, me referiré brevemente a algunas afirmaciones remarcables contenidas en el Auto del TS. Dice el Tribunal que con el reconocimiento de la sentencia argentina se trata de «*hacer valer en el foro, ante todo y en primer lugar, el efecto de cosa juzgada que cabe anudar a la resolución extranjera –siempre con el contenido y alcance dispensado por el ordenamiento del Estado de origen, en tanto no sea desconocido por el del foro, y con el límite, claro está, de la adecuación al orden público entendido en sentido internacional–, y después, el efecto prejudicial y de tipicidad que puede derivarse de ella, que supone dotar de eficacia a la declaración de falsedad e inexistencia –en sentido jurídico, se ha de entender– del documento en que se formaliza el acto jurídico del apoderamiento, referida ya no solo a su aspecto extrínseco, sino extensiva también a su aspecto intrínseco*» (FD tercero). La primera frase está reconociendo explícitamente la adscripción del sistema de reconocimiento regulado en el artículo 954 LEC de 1881 a la *teoría de la extensión de los efectos*. En otras palabras, una sentencia extranjera produce en España tras su reconocimiento los efectos que le atribuye el ordenamiento del Estado de origen, y el contenido de dichos efectos es el regulado también por el ordenamiento del país de origen (sobre la teoría de la extensión de los efectos, GARAU SOBRINO, F., *Los efectos de las resoluciones judiciales extranjeras en España*, Madrid, 1992, pp. 30 y ss.). Por lo que respecta a la segunda parte de la cita, tengo ciertas reservas acerca de su significado. Se habla del «efecto prejudicial y de tipicidad», lo que plantea dudas sobre qué entiende el Ponente por dichos efectos. Como además utiliza la conjunción copulativa «y», presumo que se está refiriendo a efectos diferentes, con lo que aumentan mis dudas. ¿Qué es el efecto prejudicial? En el pasado he dedicado tiempo y esfuerzo a estudiar el tema y, a pesar de haber defendido la existencia de hasta cinco efectos derivados del reconocimiento (véase GARAU, F., *op. cit.*) –espero con ello no haberme convertido en el autor del Kamasutra de los efectos del reconocimiento–, ante esta denominación no me atrevo a aventurar si estamos ante el nacimiento de un nuevo efecto o si se trata de un mero *lifting* semántico, pudiendo reconducirlo a alguna de las figuras ya existentes. En cuanto a lo que el Ponente denomina *efecto de tipicidad*, no me parece que tenga cabida en este caso. Con esta denominación se hace referencia a la posibilidad de que una resolución extranjera pueda ser subsumida en el supuesto de una norma para poder aplicar su correspondiente consecuencia jurídica. Así, p.ej., cuando en el artículo 1971 Cc se establece que «el tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme», el término «sentencia» comprende también las extranjeras, debiendo determinarse si éstas precisan ser reconocidas previamente para aplicar la consecuencia jurídica, esto es, la interrupción de la prescripción (sobre el efecto de tipicidad véase GARAU SOBRI-

NO, F., *op. cit.*, pp. 72 y ss.). Dicho lo cual, y leída la sentencia, no encuentro precepto legal en el que encajar la resolución argentina objeto del reconocimiento, no atreviéndome a aventurar interpretación alguna.

3. Hemos visto que la resolución argentina para la que se solicita el reconocimiento emana de un proceso penal y sus efectos, según se deduce de la documentación aportada, se circunscriben estrictamente al ámbito penal, no constando que sus pronunciamientos deban surtir efectos fuera de dicho ámbito. El TS se acoge a ello para denegar el exequátur, argumentando que tanto el sistema autónomo del artículo 954 LEC de 1881 como el sistema contenido en las normas de origen no interno diseñan exclusivamente un sistema de reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil. Aun así, concede que también es posible el reconocimiento de los pronunciamientos civiles emanados de procesos penales (véase FD quinto, *in fine*). El TS, tras citar el Reglamento (CE) núm. 44/2001 –relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil– como argumento de autoridad a favor del carácter civil de las resoluciones objeto de reconocimiento (FD cuarto), lo obvia a la hora de apoyar el reconocimiento de los pronunciamientos civiles emanados de procesos penales. Si bien es cierto que esta norma comunitaria limita en principio su ámbito material de aplicación a las materias civiles y mercantiles, no es menos cierto que en ella tienen también cabida los pronunciamientos civiles emanados de procedimientos penales, tal como se desprende de su artículo 1, ap. 1.º, y de su artículo 5, ap. 4.º [así KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7.ª edic., Heidelberg, 2002, «Artikel 1», núm. 12; en relación con el Convenio de Bruselas, INFORME JENARD SOBRE EL CONVENIO DE BRUSELAS, *DOUE*, C 189, 28 de julio de 1990, p. 130; CALVO CARAVACA, A. L., «Artículo 1», en íd. (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, núm. 5; expresamente sobre este tipo de pronunciamientos, sentencia TJCE de 21 de abril de 1993, Asunto C-172/91 (Sonntag), *Rec.*, 1993, pp. 1963 y ss., núms. 13 a 29].

4. La existencia de procedimientos simultáneos en distintos procesos de diferentes países generó contradicciones. Ambas instancias examinaron por separado la validez del poder en cuestión, llegando a resultados distintos. Es más, en el Auto del TS se afirma que no sólo en el proceso español se practicaron pruebas sobre los hechos objeto de controversia, llegándose a resultados que no favorecían a la parte solicitante del reconocimiento, sino también que el órgano jurisdiccional español «llevó a cabo el examen incidental de la concurrencia de los presupuestos de homologación de los efectos de la resolución extranjera, análisis tras el que se concluyó que no debía dotar de eficacia a la decisión foránea por no darse los requisitos a los que se subordina el exequátur» (FD sexto). El problema que plantea la vinculación positiva del efecto de cosa juzgada, por la cual los órganos jurisdiccionales españoles deben pasar por lo decidido en una resolución judicial firme anterior, es el de si el concreto pronunciamiento forma parte de los límites de la cosa juzgada material; en especial, de su límite objetivo, que son los aspectos del objeto u objetos del proceso sobre los que recae. En este sentido, la cosa juzgada comprende las acciones afirmadas por el actor –y también por el demandado en caso de reconvenición–, expresadas en las distintas pretensiones, junto con los elementos que las delimitan (DE LA OLIVA, A., «La cosa juzgada», en DE LA OLIVA, A. y DÍEZ-PICAZO, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, sfp, § 48, núm. 38). A ello hay que añadir, simplíficamente, que sólo pueden producir cosa juzgada las resoluciones firmes sobre el fondo (DE LA OLIVA, A., «La cosa juzgada», núms. 20 y ss.). En resumen, en el caso que ahora nos ocupa habría que determinar el carácter del pronunciamiento del juez español. Si, tal como se dice en el Auto, el proceso sustanciado en España tenía por objeto «la declaración de inexistencia o nulidad del poder de representación», parece que lo decidido al respecto produciría cosa juzgada y afectaría directamente a la resolución argentina que se pretendía reconocer posteriormente.

Más discutible es el resultado del examen que se afirma realizó el órgano jurisdiccional español acerca de la concurrencia en la resolución extranjera de los presupuestos del reconocimiento (se me escapa cómo se articuló este examen y qué naturaleza tuvo). Solamente se nos dice que el Tribunal llevó a cabo un «examen incidental», por lo que no estaríamos ante una resolución sobre el fondo sino ante un pronunciamiento sobre una cuestión tratada *incidenter tantum* o a efectos exclusivamente prejudiciales y como antecedente obligado de la sentencia sobre el objeto del proceso. En este caso, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional español no produciría cosa juzgada.

Cuestión distinta, aunque relacionada con el efecto de cosa juzgada material, es la denegación del reconocimiento de una resolución extranjera por posible contradicción con una sentencia española anterior. Es éste un motivo de denegación del reconocimiento. Obviamente, si existe una sentencia anterior firme que pudiera entrar en contradicción con la que se pretende ahora reconocer, debe procederse a denegar su reconocimiento, puesto que no pueden existir dos resoluciones válidas con pronunciamientos incompatibles. No es necesario que exista una identidad de objeto entre ambas resoluciones. De este modo, p.ej., puede denegarse el reconocimiento de una resolución extranjera que declara el divorcio entre dos personas, si en España ya se ha dictado entre las mismas personas una sentencia que declara la nulidad de ese matrimonio, puesto que el divorcio presupone un matrimonio válido (véase GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma de Mallorca, 2003, p. 155). Incluso, en el ámbito del artículo 954 LEC de 1881, cabría denegar el reconocimiento ante una eventual inconciabilidad con una resolución que vaya a dictarse en un procedimiento pendiente ante un Tribunal español. El Auto del TS que ahora comento admite expresamente esta posibilidad: «si la pendencia en el foro de un proceso cuyo objeto se encuentra en relación de conexión con el propio de la resolución por reconocer se erige en un obstáculo para otorgar el exequátur de ésta».

Federico F. GARAU SOBRINO

2006-9-Pr

**COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.—Solicitud de declaración de ejecutividad. Aplicación del artículo 22.5 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo que incorpora el «forum executionis». Recurso ante la AP frente a la decisión del JPI.**

Preceptos aplicados: artículo 22. 1.º LOPJ; artículos 22.5, 23.5, 36 y 39 Reglamento (CE) núm. 44/2001.

**[Auto Audiencia Provincial de Madrid núm. 56/2005 (Sección 11.ª), de 21 de marzo de 2005. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Lourdes Ruiz de Gordejuela López.]**

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, AC 2005/882.

**Nota:** 1. El objeto del recurso planteado ante la AP de Madrid fue la interpretación de la eficacia y alcance de una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales ingleses y si dicha sumisión expresa —concebida bajo el amparo del Reglamento 44/2001 como foro exclusivo— entra en conflicto con el foro exclusivo del artículo 22.5 del Reglamento 44/2001. Así se constata en el FD tercero, cuando se afirma que «es indudable que su objeto (del recurso) atañe a la cuestión de competencia internacional y su resolución pasa por la determinación de qué Tribunales son los competentes para conocer de la ejecución de la Orden del Tribunal inglés que homologa el acuerdo transaccional a que llegaron las partes en el litigio que les enfrentaba».

La parte apelante entendía que el Acta de Gravamen Legal que establecía: «Este acta estará sujeta a la Ley inglesa y las partes de la misma se someten irrevocablemente a la jurisdicción de los Tribunales de Inglaterra respecto a todas las controversias que surjan de o en relación con este acta», extendía la competencia a los Tribunales ingleses para conocer de la ejecución de la resolución de forma exclusiva. Por ello, la interpretación de la eficacia y alcance de dicha cláusula de sumisión expresa cobra protagonismo, llegando incluso a ser el objeto principal del recurso. Como se ha mencionado, la cuestión estribaba en determinar si el pacto de sumisión –concebido bajo el amparo del Reglamento 44/2001 como foro exclusivo– entraba en conflicto con el foro exclusivo del artículo 22.5 del Reglamento 44/2001. La AP razona con acierto al afirmar que el juego de la autonomía de la voluntad no puede desvirtuar los foros exclusivos (véase FD segundo: «los contenidos del artículo 22 del R. 44/2001, otorgan la competencia judicial internacional con carácter exclusivo imperativo, aunque las partes hayan pactado la sumisión del litigio, expresa o tácitamente, a favor de otro Estado, careciendo tal pacto de eficacia porque el artículo 16 del Convenio de Bruselas de 7 de septiembre de 1968 que encuentra su análogo en el artículo 22 del Reglamento es imperativo»). Siendo así, los Tribunales españoles hubieran sido competentes en virtud del artículo 22.5 R. 44/2001, dejando sin efecto el pacto de sumisión a los Tribunales de Inglaterra en lo que al proceso de ejecución forzosa de la Orden se refiere. No es que la cláusula atributiva de jurisdicción hubiera quedado sin efectos en su totalidad sino tan sólo en aquellas materias que fueran objeto de competencias exclusivas del artículo 22 R. 44/2001. Al razonamiento de la AP debe añadirse otro argumento de peso: la autonomía de la voluntad solamente es operativa en relación con el proceso principal de declaración, no siendo válida para el posterior proceso de ejecución forzosa ni para su presupuesto: el proceso de exequátur.

La argumentación jurídica del Auto objeto de este comentario versa en todo momento en torno a dicha cuestión pero lo cierto es que, según se deduce de los datos que nos proporciona la resolución de la AP de Madrid, nos encontramos ante un recurso mal fundamentado desde sus inicios, puesto que la competencia de los Tribunales españoles para conocer de una declaración de ejecutividad es basada en un artículo erróneo. La razón no es otra que el desconocimiento de la diferencia entre el *proceso de declaración de ejecutividad* o *exequátur* y el *proceso de ejecución forzosa* de un título ejecutivo. A partir de ahí cabe imaginar lo caótica que resulta la argumentación jurídica que justifica la competencia de los Tribunales españoles.

2. La declaración de ejecutividad es un acto procesal mediante el cual el Estado requerido concede a la resolución extranjera el efecto ejecutivo, convirtiéndola en título ejecutivo. Así, en el caso de que la parte condenada no cumpla voluntariamente lo decidido en el procedimiento extranjero se puede instar a la actividad coactiva del Estado mediante el proceso de ejecución forzosa. Por tanto, la declaración de ejecutividad es presupuesto del proceso de ejecución (véase GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma de Mallorca, 2003, pp. 119 y 120; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J. F., *Derecho Procesal Civil Internacional*, Madrid, 2000, núm. 689).

El R. 44/2001 se ocupa de cada una de estas cuestiones en diferentes preceptos. Así, por un lado, la sección 2.<sup>a</sup>, del capítulo III del R. 44/2001, artículos 38 y ss, regula el proceso de declaración de ejecutividad de las resoluciones extranjeras. El artículo 39 determina la competencia objetiva y territorial en dicha materia, de tal forma que, en el caso de se solicitara en España la declaración de ejecutividad de una resolución extranjera, serían competentes los Tribunales de primera instancia del domicilio de la parte contra la que se solicita la ejecución o los Tribunales de primera instancia del lugar de ejecución. Por otro lado, el artículo 22.5 R. 44/2001 se ocupa de la competencia judicial internacional en materia de ejecución de las resoluciones judiciales. Así, establece que los Tribunales del Estado del lugar de la ejecución de una resolución judicial –recordemos que previamente ha sido declarada ejecutiva– son los únicos competentes para proceder a la ejecución forzosa de dicha resolución judicial. Según

el Informe Jenard, el artículo engloba los litigios a los que pueda dar lugar el «recurso a la fuerza, al apremio o a la expropiación de bienes muebles e inmuebles con vistas a garantizar la ejecución material de las resoluciones, de los actos» (INFORME JENARD SOBRE EL CONVENIO DE BRUSELAS, *DOUE*, C 189, 28 de julio de 1990, p. 154). De esta forma, el artículo 22.5 Reglamento 44/2001 funda la competencia judicial internacional para los procedimientos de ejecución forzosa. Por tanto, los procedimientos de declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales no están comprendidos en el ámbito del punto 5 del artículo 22, sino en los artículos 38 y ss. del R. 44/2001 (véase KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 2002, «Artikel 22», núm. 5).

3. Una vez explicada la diferencia entre el proceso de declaración de ejecutividad de las resoluciones judiciales extranjeras y su proceso de ejecución, resulta sencillo entender que el supuesto contemplado en la resolución de la AP de Madrid no dejaba lugar a dudas: lo que se solicitaba ante los Tribunales españoles era la *declaración de ejecutividad* de la resolución dictada por el Alto Tribunal de Justicia de Londres. En ningún caso se estaba solicitando su ejecución forzosa, porque, como hemos visto, para ello era necesaria su previa declaración de ejecutividad. Si bien en el FD primero se deja constancia de que lo que se solicitaba era «el reconocimiento y ejecución de la resolución dictada el 16 de abril de 2002 por el Alto Tribunal de Justicia (Sala de la Cancillería) sito en Londres y autorizara la ejecución de dicha resolución», lo cierto es que el Auto demuestra que ni el JPI ni la AP utilizan tal distinción, de forma que los fundamentos de Derecho, utilizados en ambas instancias, dan a entender que se desconoce la teoría general del exequátur. Dicha confusión explicaría que, para fundamentar la competencia de los Tribunales españoles para lo que en realidad era un proceso de declaración de ejecutividad se apelase al artículo 22.5 R. 44/2001 así como al artículo 22.1.º *in fine* de la LOPJ, que declaran la exclusividad de los Juzgados y Tribunales españoles para la ejecución forzosa de la resolución extranjera, haciendo caso omiso de los artículos 38 y ss del Reglamento.

Como quiera que en el Auto se justifica la competencia de los Tribunales españoles en el artículo 22.5 R. 44/2001, la competencia territorial no puede fundamentarse en el artículo 39 R. 44/2001, tal y como alega la AP (véase FD primero, apartado 3.º). Como se ha mencionado anteriormente, se trata de preceptos que regulan ámbitos diferentes. El apartado 5.º del artículo 22 R. 44/2001 tan sólo fija la competencia judicial internacional, de tal forma que para determinar la competencia interna (objetiva y territorial) se debería acudir a las normas de origen interno del Estado que conoce del asunto –en España, artículo 545 LEC– y no al artículo 39 R. 44/2001, referido al proceso de declaración de ejecutividad o exequátur.

En aras a justificar la confusión, podríamos alegar que parte de culpa la tiene la terminología empleada en la versión oficial española del R. 44/2001, que utiliza el término «ejecución» indistintamente para referirse tanto al proceso de declaración de ejecutividad (arts. 38 y ss. R. 44/2001) como al proceso de ejecución forzosa de las resoluciones judiciales (art. 22.5 R. 44/2001). Aún así, del propio artículo 38 R. 44/2001 se desprende la diferencia entre la declaración de ejecutividad y la ejecución del título ejecutivo, cuando se afirma que «las resoluciones dictadas en un Estado miembro que allí fueran ejecutorias se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hubiere otorgado su ejecución [es decir, previamente se hubiera declarado ejecutiva] en este último». En este sentido, resultan más esclarecedoras tanto la versión alemana del artículo 38 R. 44/2001 («*Die in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen, die in diesem Staat vollstreckbar sind, werden in einem anderen Mitgliedstaat vollstreckt, wenn sie dort auf Antrag eines Berechtigten für vollstreckbar erklärt worden sind*»), como la versión inglesa («*A judgment given in a Member State and enforceable in that State shall be enforced in another Member State when, on the application of any interested party, it has been declared enforceable there*»). Ambas versiones utilizan un término más apropiado para designar el proceso de declaración de ejecutividad (*vollstrec-*

*kbar erklärt, declared enforceable*). Igualmente, la versión alemana del artículo 22.5 R. 44/2001, utiliza un término más apropiado para designar el proceso de ejecución forzosa de las resoluciones extranjeras (*Zwangsvollstreckung*), a diferencia de la versión española que utiliza el término «ejecución» que, como se ha mencionado, puede llevar a la confusión entre el proceso de declaración de ejecutividad y el proceso de ejecución forzosa.

4. En resumen, el JPI no se hallaba ante un proceso de ejecución dictada por el Alto Tribunal de Justicia de Londres, sino ante un *proceso de declaración de ejecutividad*. No obstante, ni el JPI ni la AP de Madrid dieron importancia a tal distinción. El error de ambas instancias de entender que nos encontrábamos ante un supuesto que caía bajo el ámbito material del artículo 22.5 R. 44/2001, que en materia de ejecución forzosa de las resoluciones judiciales declara la competencia exclusiva de los Tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución, llevó a ambas instancias a centrarse exclusivamente en la validez de una cláusula de sumisión a los Tribunales ingleses frente a la competencia de los Tribunales españoles, basada en el artículo 22.5 R. 44/2001. Y si bien el resultado alcanzado es el mismo –esto es, la competencia de los Tribunales españoles, en concreto el JPI núm. 72 de Madrid– no se puede fundar la jurisdicción de los mismos en el artículo 22.5 R. 44/2001. Así, en primer lugar se debería haber determinado la competencia judicial para conocer de la declaración de ejecutividad de la Orden dictada por el Tribunal inglés en virtud del artículo 39 R. 44/2001. Una vez declarada la Orden ejecutiva y ante el impago voluntario de la deuda por parte de la demandada, se debería haber acudido a la actividad coactiva del Estado español, que previamente había declarado su ejecutividad, instando el correspondiente proceso de ejecución forzosa, para el que eran exclusivamente competentes los Tribunales españoles (art. 22.5 R. 44/2001).

Silvia FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR

2006-10-Pr

**RECONOCIMIENTO Y DECLARACIÓN DE EJECUTIVIDAD SENTENCIA EXTRANJERA.–Solicitud de declaración de ejecutividad. Tramitación procesal del reconocimiento y de la declaración de ejecutividad a través del Reglamento (CE) núm. 44/2001. Recurso ante la AP frente a la decisión del JPI.**

Preceptos aplicados: artículos 32 a 58 Reglamento (CE) núm. 44/2001; Convenio hispano-portugués de 19-11-1997 relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil; artículo 85.5 LOPJ.

**[Auto Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 218/2005 (Sección 3.ª), de 22 de marzo de 2005. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Concepción Marco Cacho.]**

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR, 2005/196678.

**Nota:** 1. Cómo se echa en falta en ocasiones que los Tribunales se apliquen la máxima de Baltasar Gracián «lo bueno, si breve, dos veces bueno, y aun lo malo, si breve, no tan malo». Y no es que la Sentencia que ahora comento sea mala. Sencillamente, le sobran dos terceras partes de los argumentos, por reiterativos y superfluos. Así, en el Fundamento de Derecho segundo se reproducen tres resoluciones judiciales con argumentos concurrentes: el Auto de la AP de Vizcaya de 16 de abril de 2002 –transcrito muy extensamente–, el Auto de la AP de Vizcaya de 17 de octubre de 2002 y la resolución de la AP de Barcelona de 5 de octubre de 2004. En todas ellas se resume la tramitación procesal de las solicitudes de exequátur al amparo del Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución

de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y del Reglamento (CE) núm. 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil –debido a la similitud y relación entre ambos textos, las consideraciones relativas al primero son aplicables en gran medida, aunque no totalmente, al Reglamento comunitario–. Tras ello, el Auto objeto de este comentario pasa a exponer su propio resumen del procedimiento a seguir, que no difiere del realizado en las citadas resoluciones (véase el FD tercero). A mi entender, la argumentación de la AP debería haberse reducido a lo contenido en los FFDD tercero a quinto (el sexto ha desaparecido o jamás ha existido), dispensándonos así de tener que leer casi nueve páginas de fundamentación jurídica que no aporta nada nuevo. Cuestión diferente es que la síntesis que la AP realiza del procedimiento de exequátur contenido en el Reglamento 44/2001 es básicamente correcta y puede ser de utilidad para un lector menos avezado en la cuestión, en cuyo caso su lectura es muy recomendable.

2. Como acabo de decir, la síntesis, contenida en el FD tercero, del sistema de exequátur diseñado por el Reglamento 44/2001 es esencialmente correcta, a pesar de ciertos errores menores, alguno de carácter formal. En este sentido, destacaría la timidez del Tribunal cuando afirma que «el reconocimiento se produce de manera *casi* automática, previo mero [*sic*] control formal de los documentos aportados». Sobre el adverbio «casi», pues el reconocimiento es sin ningún género de dudas automático (no me imagino cómo podría producirse el reconocimiento *casi automáticamente*), no quedando ello contradicho por el control de los documentos presentados por la parte solicitante del exequátur. El reconocimiento ya se ha producido de forma automática, extendiéndose los efectos del Estado de origen al resto de países comunitarios, al margen de la presentación o no de los documentos previstos en los artículos 53 y ss. En caso contrario, la sentencia extranjera no podría ser invocada ante los Tribunales del Estado requerido hasta tanto no hubiera sido sometida a un proceso judicial de reconocimiento. En segundo lugar, y posiblemente a causa de la inercia, la Audiencia cita el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, obviando que, en la fecha de su resolución, ya había sido sustituido por el nuevo Reglamento (CE) núm. 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental –ciertamente, hacía solamente veintidós días que este último era aplicable–. Por lo que se refiere a las formalidades que deben revestir las solicitudes de auxilio judicial –tema del que no acabo de comprender por qué es traído a colación, ni siquiera como argumento *a fortiori*–, el Tribunal alude al convenio hispano-portugués de 1997, relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, sin plantearse en ningún momento su eventual colisión con el Reglamento (CE) núm. 1348/2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (véase, en concreto, el art. 20 del Reglamento). Finalmente, el Tribunal no es muy cuidadoso a la hora de citar la jurisprudencia comunitaria adoptada en interpretación del Convenio de Bruselas. Así, en la sentencia de 28 de marzo de 2000 obvia parte de la numeración del caso (asunto C-7/98); existen reiterados errores en la denominación de las partes de las sentencias de 11 de mayo de 2000 y de 10 de octubre de 1996; en relación con esta última las equivocaciones son de mayor entidad, pues obvia el número de asunto (información importante a la hora de localizar la resolución), yerra la fecha (la data el 13 de julio de 1995) y se equivoca en la denominación de las partes.

Dejando a un lado estos errores de menor entidad, existe una cuestión de fondo sobre la que comete una inexactitud de mayor trascendencia. En el FD cuarto se afirma que «ante la oposición manifiestamente articulada de la parte ejecutada sobre la ausencia de los presupuestos establecidos para el despacho de ejecución instando la desestimación de la ejecución debe analizar el Juzgado si la resolución judicial dictada por el Estado miembro cumple a los efectos de su reconocimientos las previsiones establecidas en el artículo 34 y *siendo competente el propio Juzgado de Primera Instancia conforme se establece en el artículo 33.2 que remite al procedimiento de reconocimiento el establecido en las Secciones 2 y 3 del mismo capítulo*

—que regula la ejecución, otorgando competencia al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del ejecutado—. La Audiencia equivoca *el contenido y significado* del apartado segundo del artículo 33 del Reglamento 44/2001 cuando cree que en este caso estamos ante el supuesto del artículo 33.2, así como cuando entiende que, en caso de que la parte frente a la que se solicita el exequátur se oponga a su concesión, el JPI es el único competente para examinar la concurrencia de motivos de denegación del reconocimiento.

3. El artículo 33.2 del Reglamento 44/2001 —art. 26, párrafo 2.º, de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988; igualmente, artículo 21.3 del Reglamento 2201/2003 y artículo 10.3 del Convenio hispano-alemán de 1983 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil— regula un procedimiento específico que tiene por objeto *controlar a título principal el reconocimiento*, esto es, comprobar que en la resolución —reconocida automáticamente— concurren los presupuestos del reconocimiento y no existen motivos para su denegación. Desde la perspectiva del ordenamiento español, este precepto crea —pues no existe en nuestras normas de origen interno— un *procedimiento declarativo del reconocimiento* pensado básicamente para las resoluciones emanadas de acciones no susceptibles de ejecución —meramente declarativas y constitutivas— [véase, en relación con el Convenio de Bruselas, GARAU SOBRINO, F., «Artículo 26», en CALVO CARAVACA, A. L. (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judicial en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, núm. 13]. Al tratarse de una acción meramente declarativa cuyo objeto es controlar las condiciones del reconocimiento, la sentencia que pone fin al proceso produce cosa juzgada, impidiendo que vuelva a discutirse nuevamente en el Estado requerido acerca de la concurrencia o no en la resolución extranjera de las condiciones del reconocimiento. Ello representa una indudable ventaja frente al control del reconocimiento realizado con carácter incidental (art. 33.3 del Reglamento 44/2001, artículo 26, párrafo 3.º, de los convenios de Bruselas y de Lugano; igualmente, artículo 21.4 del Reglamento 2201/2003, artículo 10.2 del Convenio hispano-alemán) o del control realizado con motivo de la solicitud de la declaración de ejecutividad. En estos dos últimos casos las resoluciones del Tribunal del exequátur acerca del cumplimiento de las condiciones del reconocimiento no producen cosa juzgada, no vinculando su decisión en litigios posteriores, puesto que no es una resolución sobre el fondo, sino sobre una cuestión procesal enjuiciada *incidenter tantum* (véase GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma de Mallorca, 2003, pp. 146 y 147).

Cuando en la versión oficial en español del artículo 33.2 del Reglamento 44/2001 se dice «en caso de oposición», estamos ante una dudosa traducción copiada de las versiones en lengua francesa («*en cas de contestation*») e italiana («*in caso de contestazione*»). Las versiones oficiales en lengua inglesa y alemana, mucho más precisas, obvian dicho inciso: «planteándose a título principal en un proceso la cuestión de si debe reconocerse una resolución» («*Bildet die Frage, ob eine Entscheidung anzuerkennen ist, als solche den Gegenstand eines Streitiges*»; «*Any interested party who raises the recognition of a judgment as the principal issue in a dispute*»). Por tanto, el sentido del precepto no es que exista oposición al reconocimiento, sino que *se planteen dudas sobre si en la resolución concurren las condiciones del reconocimiento* (así Informe Jenard sobre el Convenio de Bruselas, DOUE, C189, 28 de julio de 1990, p. 160).

Está *legitimado activamente* para plantear el proceso declarativo del reconocimiento la parte interesada en obtenerlo («cualquier parte interesada que invocare el reconocimiento»), tratándose de una *solicitud positiva de reconocimiento*. Queda así descartada la petición de denegación del reconocimiento, que solamente será posible si el ordenamiento interno del Estado requerido la prevé —p.ej., el artículo 256 de la ZPO (Ley Procesal Civil alemana) regula una acción negativa— (véase INFORME JENARD, pp. 160 y 161). En principio, poseen legitimación las partes del proceso originario, aunque no se descarta que también puedan instar el

proceso las personas que les hayan sucedido o, incluso, terceros (así KROPHOLLER, J., *Euro-päisches Zivilprozessrecht*, 7.ª ed., Heidelberg, 2002, «Artikel 33», núm. 3).

La acción declarativa del artículo 33.2 deberá desarrollarse según los trámites procedimentales establecidos en los artículos 38 y ss.; esto es, por el procedimiento previsto para la solicitud de declaración de ejecutividad. Ahora bien, en la medida en que ambos procesos tienen funciones diferentes, habrá que adaptar ciertas disposiciones a la acción regulada en el artículo 33.2 (en relación con el Convenio de Bruselas, GARAU SOBRINO, F., «Artículo 26», núm. 15). De este modo, la *competencia territorial* establecida en el artículo 39.2 habrá que entenderla modificada en favor del lugar del domicilio de la parte que solicita la acción declarativa y, en su defecto, por el lugar donde se localicen los intereses de la declaración de reconocimiento (si éstos se sitúan en varios sitios, el solicitante podrá elegir). En relación con los *plazos para la interposición del recurso frente a la decisión del JPI por la que se verifica negativamente el reconocimiento* de la resolución extranjera, su presentación debería quedar sometida al plazo de un mes, previsto únicamente para los casos en que se concede la declaración de ejecutividad (decisión positiva del JPI) (art. 43.5). De este modo, se evitaría la inseguridad que puede provocar en las partes a las que afecta la resolución extranjera el que el Reglamento no establezca plazo cuando el JPI deniega el exequátur, dejando al arbitrio exclusivo del solicitante la interposición del recurso en cualquier momento. Por lo que respecta al *examen de las condiciones del reconocimiento*, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 41 y 45.1, en el sentido de que la determinación de la existencia de motivos de denegación del reconocimiento solamente podrá realizarse durante la tramitación del recurso ante la Audiencia Provincial (igualmente KROPHOLLER, J., «Artikel 33», *op. cit.*, núm. 9).

4. En resumen, de entrada no estamos ante un supuesto de proceso declarativo del reconocimiento del artículo 33.2 del Reglamento sino ante una simple solicitud de declaración de ejecutividad, que fue concedida por el JPI y posteriormente apelada ante la Audiencia por la parte frente a la que se solicitó. En segundo lugar, la AP de Vizcaya podría haber entrado a examinar la existencia de motivos de denegación del reconocimiento y la concurrencia de los presupuestos del reconocimiento, recogidos en los artículos 34 y 35 del Reglamento, en virtud del mandato que le impone expresamente el artículo 45.1. Su error, al malinterpretar el artículo 33.2 y entender que estaba ante un supuesto regulado en dicho precepto, le llevó después a tener que realizar una pirueta con doble salto mortal, forzando el texto del Reglamento, con el objeto de asumir la competencia para examinar las condiciones del reconocimiento. Así hay que entender el inciso final del FD cuarto, donde se afirma que «si bien en este sentido el recurso planteado por el apelante debía ser estimado, *entiende esta Sala que por mor de los principios de seguridad jurídica y economía procesal, el análisis en cuanto al fondo de si procede el reconocimiento, se efectuará por este Tribunal*».

Federico F. GARAU SOBRINO

## II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

### 1. *Protección de menores*

2006-11-Pr

**DERECHO DE LOS MENORES A MANTENER CONTACTOS CON SUS PADRES. Establecimiento de un derecho de visita. Convenio de la Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: artículo 21. Idoneidad del instrumento**

**internacional para la regulación *ex novo* del derecho de visita. Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles.**

Preceptos aplicados: Artículos 1.*b*), 5.*b*), 7.*f*) y 21 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Artículo 22 LOPJ.

**[Sentencia Audiencia Provincial de Madrid núm. 323/2005 (Sección 24.<sup>a</sup>), de 25 de abril. Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María José de la Vega Llanes.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), JUR 2005/157727.

**Nota:** 1. Hace ahora veinte años vi mi mis primeras reflexiones sobre un tema de DIPr impresas en la Revista Poder Judicial [«Secuestro internacional de menores («legal kidnapping») y cooperación internacional: la posición española ante el problema», *Poder Judicial*, 2.<sup>a</sup> época, núm. 4, 1986, pp. 9-32]. Aspectos de intendencia, que nunca llegué a averiguar, hicieron que aquel trabajo sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores apareciese mutilado en referencias bibliográficas y jurisprudenciales que engordaban el pie de página quizá más allá de lo recomendable. No obstante, las ideas fundamentales quedaron reflejadas en el texto, dando una impresión un tanto escéptica y quizá radical en torno a las ¿virtudes? de la normativa internacional estudiada. Escepticismo y radicalidad que se correspondían con la realidad. El tiempo se encargó de mostrarme cómo el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 llegó a ser un «convenio estrella» en todos los aspectos: desde el número de Estados que se obligaron por sus soluciones, hasta la riquísima problemática que ha deparado en todos ellos. España no ha sido una excepción y son conocidos los problemas planteados por la ausencia de desarrollo normativo del Convenio, en un principio, y por la normativa de desarrollo del Convenio (arts. 1901 y siguientes de la LEC 1881) con posterioridad. Incluso el Tribunal Constitucional se ha hecho cargo de la tutela del derecho a la tutela judicial en un caso directamente vinculado con la aplicación del Convenio (STC 120/2002, de 20 de mayo, que comento en «Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pp. 41-63).

Esta histórica introducción no es sino el prólogo a la ratificación sobre alguna de mis conclusiones de entonces y al saludo de la Sentencia comentada que incide indirectamente en una parte sustancial de aquéllas. Me manifesté en contra de mecanismos que trataban de dar solución a un problema cuando ya se había producido; un mecanismo que contemplaba el traslado ilícito *ex post*, cuando a mi juicio la adopción de medidas *ex ante* debía presidir todo nuevo intento de reglamentación del problema. Veinte años después (y sin duda no como consecuencia de mis denuncias), la Conferencia de La Haya trabaja (por fin) sobre «medidas de prevención» (resultado de la Comisión Especial de 2002; un «Document de reference» puede consultarse en [www.hcch.net/ftpDOC/prevmeas\\_backf.doc](http://www.hcch.net/ftpDOC/prevmeas_backf.doc)), aunque, desgraciadamente a mi juicio, dichas medidas se sitúan en el plano de la disuasión, sin abordar la eliminación de la causa o las causas de los desplazamientos (quizá dentro de otros veinte años...); mas no es este el problema que me interesa ahora. La Conferencia de La Haya trabaja, también por fin, en el tema de la organización de los derechos de visita y de mantener un contacto transfronterizo entre padres e hijos [vide Documento preliminar núm. 5 (julio de 2002) que incorpora el Informe Final «El derecho de visita – Derecho a tener un contacto transfronterizo y el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», realizado por W. Duncan, Secretario General adjunto, que puede consultarse en versión española en la página de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado]. Veinte años atrás denuncié lo cutre del Convenio de La Haya con este tema (¡un solo ar-

título sobre el derecho de visita!, el 21) y puse de manifiesto cómo actuar de forma satisfactoria sobre el derecho de visita podría evitar el desplazamiento ilícito. El miedo a no ver más, o no ver lo suficiente, a la persona querida es un motivo más que entendible (no lo estoy justificando) de actitudes como las que conducen al secuestro.

2. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 2005 se centra en la organización de un derecho de visita solicitado a través de la Autoridad Central por el progenitor (parece que residente en el extranjero) que no posee la guarda de su hijo residente en España; aplica ese islole en el entramado del Convenio de La Haya constituido por el artículo 21; y lo hace de manera saludable. Digo saludable desde una perspectiva que fundamento en mis anteriores consideraciones, ajeno a las concretas vicisitudes procesales que el texto que manejo me escamotea. Y digo saludable, también, dentro de un panorama comparado en el que la interpretación del artículo 21 del Convenio dista de ser pacífica y, en un buen número de casos, ocupa en la mente de los jueces la importancia residual que tiene en el convenio. Porque lo cierto es que la Audiencia rechaza la tesis del Juzgado según la cual el Convenio de La Haya citado sólo sería operativo para la adopción de medidas oportunas para la efectividad del régimen de visita establecido por una decisión extranjera y no cuando se pidiese a título principal (pro futuro) el establecimiento de dicho régimen. Y lo hace sobre la base de los objetivos del Convenio, que sitúa tanto en el retorno del menor desplazado, cuanto en la efectividad del derecho de visita. Porque, y esto vuelvo a recalcarlo, una correcta y adecuada articulación de un derecho de visita efectivo es el mejor ungüento contra el desplazamiento ilícito.

Es verdad, por no ser crítico con la sentencia de instancia, que el tema no está claro. Ya lo he adelantado al referirme muy sucintamente a la práctica comparada. Un somero repaso a las 19 decisiones que, a 17 de mayo de 2006, aparecen recogidas bajo la rúbrica del derecho de visita en la base de datos *incadat* (gestionada por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: [www.indadat.com](http://www.indadat.com)), muestra un panorama desolador, desde la perspectiva de lo que cada jurisdicción estatal entiende y resuelve; es decir, cada Estado parte tiene su propia concepción de las posibilidades que abre (o que no abre) el susodicho artículo 21 del Convenio. Y en algunos casos la solución que se da es parecida a la que dio la sentencia de instancia: que el régimen del Convenio se ha de limitar a la adopción de las medidas oportunas para la efectividad de un régimen ya establecido (por ejemplo, *Family Court of Australia at Sydney*, 17 de marzo de 2000) en el extranjero (por ejemplo, *Unites States District Court for the Eastern District of Pennsylvania*, de 15 de diciembre de 1998 y *Unites States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division*, de 22 de noviembre de 2000, rechazaron la ejecución de las medidas ya adoptadas, pero por Tribunales americanos). El particularismo en torno al tema es la nota dominante, aunque se percibe una cierta tendencia a asentar la idea de que el artículo 21 del Convenio no es base legal apropiada para una demanda tendente al establecimiento de un derecho de visita [Tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica, ingleses y alemanes inciden en esta idea: una cierta apertura se ve, sin embargo, en *Court of Appeal* (Inglaterra) de 28 de julio de 2005]; se encuentran también casos en los que se niega la aplicación del precepto en ausencia de un desplazamiento o retención ilícitas (citadas sentencias americanas, por ejemplo); pero también se encuentran casos en los que el Convenio ha sido aplicado y se ha procedido a una «modificación» del régimen de visitas establecido por la sentencia extranjera [*High Court at Auckland* (Nueva Zelanda) de 6 de octubre de 1995; o *Family Court of Australia at Brisbane*, de 13 de julio de 1999]; en los que la sentencia extranjera sobre regulación del derecho de visita ha sido directamente reconocida sin el procedimiento previo de exequátur por el hecho de fundamentarse en el artículo 21 del Convenio [*Arrondissement judiciaire I Courterlary-Moutier-La Neuveville* (Suiza) de 11 de octubre de 1999]; casos en los que el desarrollo normativo interno permite el acogimiento de demandas de modificación de las medidas adoptadas relativas al derecho de visita o, simplemente, demandas tendentes a la organización totalmente distinta de tal derecho (en Escocia, *Outer House of the Court of Ses-*

sion, de 3 de marzo de 1999, ratificada por *Extra División, Inner House of the Court of Session*, de 6 de julio de 1999); y casos, en fin, como el resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid: la Sent. del Tribunal civil regional de Graz (Austria) de 25 de mayo de 1988, estableció que el artículo 21 del Convenio imponía a las Autoridades centrales la cooperación para permitir la ejecución o el ejercicio del derecho de visita, tanto en los casos en los que el derecho de visita hubiera sido previamente acordado, cuanto en los que no se viese aún reconocido, revocando la sentencia de instancia que no consideraba aplicable el Convenio en este segundo caso (un caso paralelo a este y también al español, pero con resultado contrario es el de la *Full Court of the Family Court of Australia at Adelaide*, de 16 de mayo de 1997, según la cual el Convenio no permitiría a la Autoridad Central solicitar el establecimiento de un derecho de visita).

3. La decisión comentada viene pues a sumarse a las minoritarias en la práctica judicial comparada que consideran que los mecanismos del Convenio son perfectamente adecuados para que, al margen o con independencia de un desplazamiento ilícito, la cooperación a través de las Autoridades Centrales pueda determinar el establecimiento directo de un régimen de visitas que garantice el derecho de los menores a tener contactos con sus padres. La sentencia se aliena con el Auto de la Aud. Prov. de Barcelona (Sección 12) de 4 de diciembre de 2001 (*Aranzadi Westlaw*, AC 2002/857) que resolvió un caso parecido en un sentido muy similar. Y creo que esta visión minoritaria es realmente más respetuosa con lo que debe ser la finalidad última del Convenio. No obstante, precisa de alguna matización.

En primer lugar, aunque no creo que existan impedimentos para que se utilice el mecanismo convencional, lo cierto es que el artículo 21 no supone una regulación que por sí misma atribuya derechos o contenga criterios para ello. Como subyace en un buen número de las decisiones que he citado el artículo 21 del Convenio no es base legal para la determinación del régimen de visitas (aunque sí para que se canalice la cooperación que desencadene la misma). La Autoridad Central requerida se habrá de mover dentro de los parámetros «ordinarios» de su DIPr, tanto en lo que atañe a la competencia judicial internacional, cuanto a la ley aplicable y, claro está, al procedimiento. La sentencia austríaca citada es buen ejemplo de este dato: admite que el Convenio sobre secuestro active el procedimiento, pero luego decide en aplicación del Convenio de La Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable a la protección de menores, de 5 de octubre de 1961. La sentencia española también intuye este dato, al menos en cuanto a la competencia judicial internacional (con un discurso en términos de LOPJ y tutela judicial efectiva cuyo comentario obvio en el presente discurso). El tema de la ley aplicable lo soslaya; algo habitual en relación con la adopción de concretas medidas sobre guarda y custodia, que suelen resolverse en términos de decisión judicial al hilo de las concretas circunstancias.

Y en segundo término, consecuencia de lo anterior, habrá que concluir que el procedimiento específico contemplado por los artículos 1901 a 1909 LEC de 1881, sobre medidas relativas al retorno de los menores en los supuestos de sustracción internacional no es aplicable a estos casos [RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador», *La Ley*, 2000, D-29, pp. 1749-1758 (Diario núm. 4986, de 7 de febrero de 2000), p. 1751], aunque quizá sea prematuro, dada la escasez de la práctica, tanto nacional como comparada, exigir un procedimiento ad hoc para la articulación de un derecho de visita auténticamente «internacional» (más matizada sobre la utilización del procedimiento de retorno, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita», *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, pp. 95-96).

4. Con esta resolución y los precedentes conocidos [al citado Auto de la AP de Barcelona habría que añadir el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Hospitalet de Llobregat de 23 de noviembre de 1999 (que cita como inédito GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Internacional Child

abduction in Spain», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2001, pp. 327-349, pp. 334-335, y nota 39)] lo que puede afirmarse es que la práctica española –ciertamente escasa, pero escasa es también la comparada– se orienta en una dirección que aprovecha al máximo la flexibilidad del precepto: la Autoridad Central española recibe y tramita judicialmente solicitudes de organización de los derechos de visita sobre la base del artículo 21, parece que incluso al margen de una vulneración efectiva de los derechos de custodia o visita; y los Tribunales de justicia lo asumen, obviando eventuales objeciones formales que podrían derivar, por ejemplo, de una interpretación estricta del artículo 4 del Convenio de La Haya (recordemos que exige que «El convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita»).

Nada obliga a que así se haga, pero nada lo impide; o mejor, los inconvenientes han de ceder a la necesidad, cada día más acuciante, de una organización verdaderamente «internacional» del derecho de los niños a relacionarse con su padre y su madre (o sus madres, o sus padres) o con otras personas sobre las que confluyan tales derechos (abuelos, hermanos...). Si ello se puede hacer bajo la cobertura de un régimen de cooperación institucional que minimiza costes y facilita la consecución de resoluciones judiciales (o acuerdos extrajudiciales), sin necesidad de costosos desplazamientos, habrá que concluir valorando positivamente la limpieza de obstáculos realizada por las decisiones judiciales españolas que nos sirven de referencia; abogando, a la espera de una respuesta internacional articulada, porque soluciones como las otorgadas por las Audiencias de Madrid y Barcelona se repitan y el legislador estatal (el español) tome nota y nos sorprenda con una iniciativa que facilite un procedimiento ágil y adaptado a la actualidad y frecuencia del problema (vide estas conclusiones amparadas en un desarrollo mayor en mi trabajo, «Derechos de visita y Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: la práctica española», *Dereito. Revista Xurídica de la Universidade de Santiago de Compostela*, 2006, pendiente de aparición).

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

2006-12-Pr

**SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.–Denegación del retorno. Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Calificación de la «ilicitud del secuestro». Interpretación y aplicación de las excepciones al retorno: oposición del menor.**

Preceptos aplicados: Artículos 3, 12 y 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[Auto AP Madrid núm. 606/2005 (Sección 24), de 19 de julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.]

F.: Aranzadi (*Westlaw*), AC 2005/1630.

**Nota:** 1. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de julio de 2005 resuelve un «presunto» supuesto de sustracción internacional de menores de manera, cuando menos, incompleta, confusa, e incorrecta respecto al espíritu y articulado del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, Convenio de La Haya de 1980). La imprecisión en torno a ciertos antecedentes del supuesto de hecho no permite pronunciarnos sobre si procedía o no la devolución de la

menor conforme a la normativa convencional, aunque ello no obsta para que pueda comprobarse la incorrecta interpretación y aplicación que realizó el Tribunal del citado instrumento, contrastando así con la práctica jurisprudencial española en la materia que, en líneas generales, tras la superación de una incorrecta primera etapa, suele ser respetuosa con los objetivos convencionales (vide PALAO MORENO G., «La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española», *Revista de Derecho de familia*, núm. 16, 2002, pp. 251-282).

2. Los datos de los que disponemos son los siguientes: en mayo de 2004 se interpone ante el JPI de Madrid núm. 25 solicitud de restitución a Perú de la menor Fiorella de once años de edad, que había sido trasladada por su madre a España con autorización de la Jueza de Lima. La madre, como suele ser habitual, se opone a la restitución invocando distintos argumentos: integración familiar del menor, grave riesgo de que la restitución exponga a la menor a un peligro psíquico o físico, y oposición de la menor a vivir en Perú. El JPI, aplicando el Convenio de La Haya de 1980, deniega la restitución de la menor invocando la excepción del artículo 13.b) del Convenio. La Audiencia, por su parte, confirma el auto recurrido, reforzando la denegación de la devolución con dos confusas líneas argumentales: la inexistencia de traslado ilícito conforme al Convenio de La Haya de 1980 y la concurrencia de las excepciones al retorno previstas en los artículos 12 y 13 del citado Convenio.

Dos son las principales cuestiones que plantea el asunto: en primer lugar, determinar la «ilicitud» de la sustracción conforme al artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980, como presupuesto de la aplicación del Convenio; en segundo lugar, la interpretación y aplicación realizada de las excepciones al retorno previstas en los artículos 12 y 13 del Convenio, prestando especial atención a la excepción relativa a la «oposición del menor», que fue la única en la que el Tribunal hubiera podido fundar correctamente su decisión.

3. Respecto a la primera de las cuestiones, aparte que el Tribunal antes de acudir al Convenio de La Haya de 1980 debió haber comprobado que el supuesto de hecho caía dentro de su ámbito de aplicación personal y espacial (labor que no llevó a cabo pero que sí concurría conforme a su artículo 4, pues la menor tenía menos de 16 años y tenía su residencia habitual inmediatamente antes de la sustracción en Perú, Estado parte del Convenio), la aplicación que hizo del artículo 3 del Convenio en cuanto a la apreciación de la inexistencia de traslado ilícito fue absolutamente incorrecta, al igual que incorrectamente tampoco aplicó las consecuencias que se derivaban de su calificación de «falta de ilicitud» en la *litis*.

La Audiencia fundamenta la inexistencia de traslado ilícito en el sentido del artículo 3 del Convenio en tanto considera que no existe infracción del derecho de custodia del padre, «pues no consta que la custodia la tuviera atribuida de manera definitiva y válida, y debe constituirse previamente antes de plantearse estas cuestiones». Dos son, al menos, las irregularidades que comete el Tribunal en esta fundamentación.

La primera es que el Tribunal parece desconocer que, como indica el artículo 3 *in fine* del Convenio, el derecho de custodia presuntamente infringido no sólo puede derivar de una decisión judicial o de un acuerdo *inter partes* con eficacia en el Estado de origen, sino también de una atribución por el Derecho del Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención [de este planteamiento deviene precisamente uno de los principales logros del Convenio *versus* el Convenio de Luxemburgo de 1980 que condiciona su actuación a una previa resolución judicial (vide REYMOND, P., «Convention de la Haye et Convention de Strasbourg. Aspects comparatives des convention concernant l'enlèvement d'un enfant par l'une de ses parents», *ZSR*, 1981-I, pp. 341-342], incluyendo también sus normas de DIPr (ANTON, A. E., «The Hague Convention on International Child Abduction», *ICLQ*, 1981, vol. 30, p. 545).

La segunda irregularidad del Tribunal en este previo proceso calificador de la conducta de la progenitora es que no tuvo en cuenta que la autorización judicial que la madre tenía para traer a la menor a España era el elemento clave en la determinación de la licitud o ilicitud de su

actuación. La Audiencia alude a tal autorización como un argumento más para rechazar el retorno de la menor a Perú, pero no la introduce (o no sabe introducirla) en el proceso calificatorio. Conforme a los parámetros interpretativos autónomos del concepto de «derecho de custodia» retenido por el texto (art. 5), es de sobra conocido que el derecho de custodia está especialmente referido a la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del niño (vide GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Dykinson, 2003, pp. 69-76). Por tanto, el Tribunal español debió haber examinado el contenido de la autorización judicial, pues del mismo dependía, en última instancia, la existencia o inexistencia de retención ilícita. Si la autorización a la que se refiere la sentencia concedía a la madre la facultad de que la hija residiera junta a ella en España sin otorgar facultad alguna al otro progenitor en relación con la determinación de la residencia de la menor, no habría existido un traslado ilícito, pues la madre tendría atribuido un derecho de custodia en exclusiva limitado territorialmente a nuestro país en virtud de una decisión judicial del Estado de la residencia habitual de la menor, debiendo haber sido sólo comprobado por la Audiencia la validez de dicha decisión conforme al Derecho peruano, sin ser necesario entrar a comprobar a fondo la «regularidad» en su obtención [vide JIMÉNEZ BLANCO, P., «Nota a la SAP de Castellón de 24 de diciembre de 1994, *REDI*, 1996, p. 289]. Por el contrario, si la decisión judicial peruana sólo autorizaba a la progenitora a traer a su hija a España durante un período de tiempo limitado, el Tribunal sí hubiera debido apreciar la existencia de «retención ilegal» en el sentido del artículo 3 del Convenio, desde el momento en que la madre no procedió a la devolución de la niña una vez cumplido el plazo previsto en la decisión judicial, infringiendo así el reactivado derecho de custodia del padre.

Como se ha dejado constancia anteriormente, al no conocer el contenido de la citada autorización judicial peruana no podemos pronunciarnos sobre si existió *in casu* de una sustracción internacional de menores en el sentido del Convenio de La Haya de 1980, aunque sí podemos continuar apreciando la incorrecta aplicación del Convenio por parte de la AP de Madrid, en cuanto que una vez estimó la falta de ilicitud de la conducta de la demandada conforme a la normativa convencional procedió a examinar la posible concurrencia de las excepciones al retorno de la menor previstas en la norma. El Tribunal español ignora con esta errónea argumentación que la puesta en marcha del Convenio de La Haya de 1980 impone como presupuesto material indispensable la existencia de una sustracción ilícita en el sentido del artículo 3 del Convenio (vide PÉREZ VERA, E., «Rapport explicatif», *Conférence de La Haye, Actes et Documents de la Quatorzième Session*, t. III, La Haya, 1982, núm. 64). Por tanto, si la Audiencia había dado por probado en su FJ 1.º la ausencia de una sustracción internacional de menores por falta de ilicitud de la conducta de la demandada conforme al artículo 3 del Convenio de La Haya, no procedía la aplicación de la normativa convencional, debiendo haber denegado la solicitud de retorno con la exclusiva fundamentación de falta de los presupuestos de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 [como acertadamente realiza *ad ex.*, el AAP de Baleares de 13 de marzo de 2003 (*Aranzadi Westlaw*, JUR 2003/197519)]. La AP de Madrid se equivocó al entrar a aplicar la normativa convencional, llevando a cabo, además, una interpretación y aplicación confusa e incorrecta de los motivos de denegación del retorno previstos en el Convenio.

4. La segunda cuestión que plantea esta decisión enlaza efectivamente con el espíritu y finalidad del texto convencional, en relación con las posibilidades que se otorgan al Juez del Estado requerido para denegar el retorno del menor. Todo el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 se basa en la idea matriz de que en los supuestos de sustracción internacional de menores el interés del menor en aras a su estabilidad consiste en su restitución inmediata al Estado de su residencia habitual, cuyos Tribunales serán competentes para resolver sobre los derechos de custodia y visita (vide PÉREZ VERA, E., *op. cit.*, núms. 16-19). Junto a esta regla general, el Convenio reconoce que el propio interés del menor puede exigir en ocasiones su no

restitución prevé al efecto una serie de circunstancias que apreciadas por el Juez del Estado requerido facultan (que no obligan) a no proceder a la devolución del menor. Mientras la doctrina ha venido insistiendo desde la entrada en vigor del Convenio de La Haya en que el logro de los objetivos convencionales sólo puede lograrse si los Tribunales realizan una interpretación y aplicación restrictiva de las excepciones al retorno previstas en el texto convencional, nuestra jurisprudencia, por el contrario, no ha sido siempre ejemplo de esta filosofía restrictiva, y el auto que nos ocupa es muestra una vez más de la interpretación generosa y ajurídica que, en ocasiones, nuestros Tribunales realizan de los motivos de no retorno, desvirtuando así la fuerza convencional disuasiva de los secuestros internacionales de menores. En concreto, son tres los motivos de rechazo al retorno que se manejan en el asunto y dos los acogidos en apelación. Pasaremos a un breve examen crítico de la interpretación que se hizo de ellos:

En primer lugar, la progenitora que se opone al retorno se funda en el conocido artículo 13 b): «grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable». Se trata de la causa de denegación más frecuentemente empleada para denegar la restitución, generando una prolija jurisprudencia al respecto [en nuestro país, vide, FACH GÓMEZ, K., «Restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980», *AEDIPr*, t. II (2002), pp. 1014-1016]. En el caso que nos ocupa en modo alguno concurría esta causa de rechazo conforme a los criterios interpretativos convencionales (peligro extremo, elevado y actual) y, por supuesto, no quedó probada por la progenitora (como exige el Convenio) ni fundamentada en el auto de primera instancia donde se acogió. No existía siquiera indicio alguno de peligro o conflictividad en el entorno de origen de la menor, el Juez de instancia únicamente apreció la excepción en su generosa interpretación de que el peligro para la menor consistía en «ser separada de su progenitora a la que se siente unida y feliz». El artículo 13.2.b), al menos, no prosperó en segunda instancia.

En segundo lugar, ambas instancias acogen con bastante peso en su argumentación al rechazo del retorno el motivo previsto en el artículo 12.2 del Convenio referido a la integración del menor a su nuevo medio. El Convenio exige, sin embargo, de manera taxativa para que pueda operar esta excepción ex artículo 12.1 que haya transcurrido más de un año entre la fecha en que se produjo el secuestro o retención y la iniciación del procedimiento, plazo temporal que *in casu* no concurría. Efectivamente, aunque el momento inicial del cómputo no puede concretarse (pues ni siquiera se ha podido comprobar que concurrió una retención ilícita), y todavía no existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en cuanto al momento final del cómputo [sobre todo en cuanto si el procedimiento al que se refiere el art. 12 coincide con la primera solicitud de retorno o con el posterior procedimiento administrativo o judicial de retorno en el Estado requerido (sobre la cuestión, y a favor de la segunda interpretación conforme a la práctica comparada, vide, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Observaciones a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 20 de septiembre de 2000», *AEDIPr*, t. II, 2002, p. 1028], de los datos de los que disponemos se comprueba que la menor no llevaba un año en nuestro país en el momento de la tramitación del procedimiento en instancia. Por tanto, con independencia que la integración de la menor quedara escasa y dudosamente probada en la litis (se echa en falta un informe pericial y se acuden a documentos tales como una certificación de la parroquia o un buen informe del colegio), y que la Audiencia intentara «camuflar» este dato, la decisión de no retorno no podía jurídicamente ampararse en el artículo 12 del Convenio de La Haya al no concurrir el presupuesto convencional para su operatividad.

En tercer lugar, finalmente, se acude a la oposición de la menor al retorno como motivo de denegación de la devolución (art. 13 2.º en párrafo separado). Si bien en el caso en concreto podía haber sido la única excepción al no retorno convencionalmente correcta (en el supuesto que hubiera existido retención ilícita), una vez más, la interpretación y aplicación que realiza el Tribunal de la misma es generosa y queda insuficientemente probada. El Convenio mediante esta excepción reconoce efectivamente el derecho del menor a ser oído en los procedimientos

que le afecten [sobre la opinión del menor en estos casos a favor de una interpretación restrictiva, MOYA ESCUDERO, M., «Nota al AAP de Cádiz de 17 de mayo de 2005», *REDI*, vol. XLVIII (1996), 2, pp. 292-297], pero exige una serie de condiciones para que la excepción pueda operar: debe quedar probado que el menor ha alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Es cierto que la lectura de la decisión desprende la voluntad de la menor de no querer regresar a Perú, pero esta voluntad sólo se deduce de una exploración efectuada a la niña, al parecer por el propio Juez de instancia que le tomó declaración. La menor no había alcanzado siquiera la edad de 12 años por la que nuestro Ordenamiento jurídico presume que tiene suficiente juicio y exige preceptivamente que deba ser oído en los procedimientos que le afecten. Esta circunstancia acrecentaba en este caso la importancia de la prueba en torno al grado de madurez. Para que la excepción de oposición del menor al no retorno hubiera podido operar conforme a los parámetros convencionales debería haber quedado sobradamente demostrado y probado la madurez de la menor para que su opinión fuera decisiva, pues no concurría ninguna otra excepción, y también su oposición tajante a regresar a su Estado de origen y no sólo, como se deduce, su preferencia por quedarse en España. Debería haberse acudido a un informe pericial realizado por psicólogos que acreditaran contundentemente la madurez de la menor y haberse recabado los informes de las autoridades de la residencia habitual del menor sobre la situación de la niña exigidos por el artículo 13.3 del Convenio (informes cuyo olvido parece ser una práctica habitual en nuestra jurisprudencia, vide, JIMÉNEZ BLANCO, P., «Nota...», *op. cit.*, p. 290).

En definitiva, se trata de una decisión que, desafortunadamente, demuestra las desviaciones e inflexiones que todavía experimenta la práctica judicial en España en materia de sustracción internacional de menores. Si en tiempos pasados se criticaba a la jurisprudencia española por su prisma nacionalista en la resolución de los casos de Legal Kidnapping, esta decisión parece colocarse en otra tendencia igualmente peligrosa, que consiste en la resolución de los supuestos de sustracción desde el prisma personal del juzgador, en detrimento de los planteamientos convencionales y de la objetivización que exige el interés del menor en estos casos.

Sandra GARCÍA CANO

## 2. *Matrimonio*

### A) Celebración

2006-13-Pr

**MATRIMONIO: NULIDAD.—Derecho fundamental de la persona al matrimonio. Matrimonios simulados. Falta de consentimiento: matrimonio de complacencia. Requisitos del matrimonio: derecho internacional privado. Prueba de la simulación: presunciones.**

[Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de complacencia. Ponente: La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.]

F.: *BOE* núm. 41, de 17 de febrero de 2006.

**Nota:** 1. En el contexto de una feraz actividad ordenadora de los aspectos registrales de situaciones internacionales, la DGRN se ha dirigido a los Encargados de los Registros para establecer orientaciones también en relación con los matrimonios «de complacencia». En concreto, a tenor de la doctrina que ha venido desarrollando en esta materia en los últimos años,

todo indica que con esta nueva Instrucción la DGRN perseguiría una doble finalidad. En primer lugar, pretendería justificar la adecuación de su práctica registral a las soluciones jurídicas del sistema español. Con ello, quizás podría aplacar las críticas de que ha sido objeto tal práctica por parte de la doctrina civilista y, especialmente, internacional privatista españolas; pero no es de esperar que tales críticas remitan, pues el tratamiento que la DGRN propone de los matrimonios de complacencia desde el punto de vista del DIPr no resulta ni convincente ni coherente con sus propios desarrollos (§2). En segundo término, procuraría poner coto a la proliferación de tales matrimonios, a cuyo fin se apartaría de su doctrina anterior en lo que respecta a ciertos matrimonios celebrados entre extranjeros ante autoridades extranjeras (§ 3) y dotaría a los operadores jurídicos registrales de medios más concretos o más definidos para la aplicación de la práctica que postula. Sin embargo, tampoco puede afirmarse que este objetivo pueda ser alcanzado con los medios que la Instrucción dispone (§ 4).

2. La DGRN dedica ocho de los nueve apartados en que se divide la Instrucción a fundamentar jurídicamente –primero desde el punto de vista del Derecho material, y después del DIPr– la práctica registral que viene desarrollando. En este sentido, puede verse como un complemento a la anterior Instrucción de 9 de enero de 1995, sobre normas relativas al expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero (*BOE* núm. 21, de 25 de enero de 1995), por cuanto ésta no entraba en el análisis de los aspectos sustantivos ni en los propios del DIPr, y conservará toda su vigencia a raíz de la publicación de la nueva. En la Instrucción de 31 de enero de 2006 la DGRN ahonda en ambas materias, pero, como he indicado, al hacerlo no termina de acertar. No lo hace, primero, porque ignora la principal consecuencia que deriva de la necesaria distinción –a efectos de su tratamiento jurídico– entre los matrimonios que se celebran con arreglo al Derecho español (que erróneamente denomina matrimonios celebrados en España) y los matrimonios celebrados al amparo de ordenamientos jurídicos extranjeros (a los que, también equivocadamente, llama «matrimonios celebrados en el extranjero»). Así, reconocer, como lo hace la DGRN, que éstos (los matrimonios «extranjeros») plantean un «problema de validez extraterritorial de *decisiones extranjeras*» (*sic*: sólo la cursiva es mía) conduce, de forma obligada, a negar que tal problema pueda resolverse en sede de Derecho aplicable. Las «decisiones» extranjeras han de sujetarse, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, a normas de reconocimiento, y por tanto no es correcto postular un único tratamiento para ambos tipos de matrimonios. Pero, además, ni siquiera resultaría posible mantener la doctrina de la DGRN (*i.e.* el tratamiento conflictual que propone) únicamente en lo que respecta a los matrimonios «españoles», que sí plantean un problema de ley aplicable, puesto que cuando desarrolla tal doctrina incurriría en otra incoherencia, al calificar la cuestión controvertida.

En efecto, cuando la DGRN analiza qué leyes han de aplicarse a la celebración de un matrimonio español con elemento extranjero, sigue la distinción clásica entre capacidad, consentimiento y forma, y afirma que el consentimiento matrimonial debe regirse por la ley personal de cada contrayente, en tanto que cuestión vinculada al «estado civil», al que se refiere expresamente el artículo 9.1 CC. Y es en este punto en el que se contradice doblemente. Primero, porque con ello obvia que en los primeros apartados de la Instrucción ha incidido en la relación que existe entre el consentimiento *matrimonial* (y su inexistencia es lo que comporta que determinados matrimonios sean calificados de «simulados» o «de conveniencia») y el contenido del matrimonio. Y es que, como ocurre con cualquier otro negocio jurídico, para la válida conformación de un matrimonio no sólo han de concurrir unos determinados requisitos de capacidad y forma, sino también –o, más bien, especialmente en el matrimonio– de contenido (o fondo) [cf. ARENAS GARCÍA, R., «Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en los supuestos internacionales (Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr.)», *Dona i Vulneracions internacionals dels drets*, Barcelona, 2006, en prensa; vide, por otra parte, en este mismo trabajo una convincente explicación de las razones que pueden

subyacer a esta tradicional indiferencia por el contenido]. La propia DGRN pone de relieve que el matrimonio es un negocio jurídico en el que no cabe un consentimiento abstracto o descausalizado (vide Apartado IV de la Instrucción), sino que ha de referirse a una determinada caracterización legal. No hay matrimonio, conforme al Derecho español (es nulo, *ex* artículos 45 y 63 Cc) si no hay causa *matrimonial*, y la causa sólo es *matrimonial* si se refiere a los concretos derechos y deberes que un determinado ordenamiento jurídico anuda al vínculo matrimonial. Así, dicha causa concurre cuando los contrayentes asumen esos derechos y deberes, con independencia de los *motivos* que les mueven para celebrar el matrimonio. Resulta indiferente, en este sentido, que el vínculo se celebre porque los contrayentes quieren contentar a la familia o asegurar al otro una pensión de viudedad o una vía acelerada de obtener la nacionalidad española o la regularización de su situación en territorio español; y tampoco es causa de nulidad, en sí, que el matrimonio sea fruto de un acuerdo entre los familiares (o matrimonio convenido: cf. *ibidem*). En todos estos casos el matrimonio será válido –por lo que a la concurrencia de consentimiento matrimonial respecta, y conforme a lo previsto en nuestro Derecho– si los cónyuges no simulan cuando afirman, ante la autoridad pública competente, que cumplirán con los derechos y deberes a que ésta previamente ha hecho referencia. Por consiguiente, si el consentimiento recae necesariamente sobre un contenido, y éste lo ha de determinar un ordenamiento jurídico, el contenido del matrimonio que se celebre con arreglo al Derecho español (y la caracterización del consentimiento como *matrimonial*) sólo puede regirse por la ley española, en calidad de ley de conformidad con la cual se contrae el vínculo. De otro modo expresado, al contenido del matrimonio sólo le puede ser de aplicación la *lex auctoritatis* (cf. *id.*, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 206-207 y 215-219). Por ello, en este punto, la DGRN incurriría en una segunda contradicción, al apartarse injustificadamente de su propia doctrina. Obsérvese que en su Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 defiende la aplicación de la ley española (si bien es cierto que no como único argumento: vide la «Nota» a esta Resolución-Circular de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., en el número anterior de esta *Revista*: REDI-2005-30-Pr) a un aspecto del matrimonio, cual es el sexo de los contrayentes, porque se refiere a «la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio», a pesar de que tradicionalmente se haya calificado tal cuestión como «de capacidad». De esta manera, reconoce que existen aspectos vinculados al contenido del matrimonio, y que han de sujetarse a una *lex matrimonii* (vide en este sentido, la «Note», también a esta Resolución-Circular, de QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, A. en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 855-858, esp. p. 857). Si la DGRN hubiese atendido al análisis de la problemática de la concurrencia de consentimiento matrimonial que efectuó en esta misma Instrucción, habría calificado la cuestión como de contenido; y si hubiese tenido presente su propia doctrina, esbozada en esa Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, habría llegado a la conclusión antes apuntada: la concurrencia de consentimiento *matrimonial* ha de sujetarse a la *lex auctoritatis*, de forma que, en la celebración de un matrimonio español, tal concurrencia es un requisito necesario, en tanto que dispuesto en la ley española.

Ciertamente, la DGRN también reclama la aplicación de la ley española a esta cuestión, pero, a mi juicio, lo hace a través de una argumentación jurídica que resulta errada desde sus propias raíces. Defiende que, en primer lugar, se aplique la ley nacional de cada contrayente (*ex* art. 9.1 CC), y que, sólo si ésta es extranjera y no contempla la nulidad del vínculo por simulación, sea desplazada por la ley española, en aplicación de la excepción del orden público (art. 12.3 CC). Para evidenciar el error de base de esta construcción, basta dejar apuntada la siguiente pregunta: ¿en qué consiste la aplicación de las respectivas leyes nacionales de los contrayentes al consentimiento matrimonial en el momento de la celebración del matrimonio? Para tratar de darle una respuesta, se ha de tener presente una distinción que puede parecer elemental, pero que la DGRN no toma en la debida consideración: se trata de la diferencia que

existe entre la autorización de un matrimonio y el eventual pronunciamiento judicial sobre su nulidad o validez. Se llegará, ciertamente, al absurdo de sostener que la aplicación de las leyes extranjeras ha de realizarse sólo para comprobar si existe un elemento (la nulidad del vínculo por simulación) que, de no existir, se aplicará igualmente, en atención a lo dispuesto en la ley española (vide un estudio de otras distintas respuestas a dicha pregunta –todas ellas descartables– en mi trabajo «Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006», pendiente de publicación en *La Ley*).

3. Si se intenta dar una respuesta a esa misma pregunta, pero trasladada al trámite del reconocimiento de los matrimonios celebrados ante autoridad extranjera (y diferenciando también su problemática de la propia de la declaración de su nulidad o validez a través de un procedimiento judicial *ad hoc*), se comprobará que el enfoque es igualmente desafortunado en lo que respecta al tratamiento del consentimiento matrimonial. Sin embargo, es el que asume la DGRN, que apunta a que se han de aplicar las respectivas leyes nacionales de quienes contrajeron matrimonio ante una autoridad extranjera, para determinar la validez del consentimiento matrimonial (¿?), pero que estas leyes se verán desplazadas por la española en caso de que no sancionen con la nulidad la simulación del vínculo. Como en el caso de la autorización del matrimonio ante autoridad española, lo que la DGRN pretende es que se aplique en todo caso la ley española, aunque previamente haya rechazado y criticado «soluciones legeforistas». Obsérvese que no es más «legeforista» el tratamiento del matrimonio contraído ante autoridades extranjeras en clave de reconocimiento. Éste comportaría que el matrimonio se sujetase a las condiciones que el ordenamiento español prevea en aras de reconocer su eficacia. Así, cabría disponer su no-reconocimiento en caso de que se detecte que es simulado, es decir, que los contrayentes fingieron al afirmar que asumían los derechos y deberes que ese ordenamiento establece, aunque quepa presumir su validez con arreglo a tal Derecho extranjero. El resultado puede ser el mismo, pero la argumentación jurídica, a mi juicio, es incontestable bajo esta perspectiva, y equivocada desde la perspectiva conflictualista.

Respecto del tratamiento de los matrimonios extranjeros, en todo caso, conviene destacar que la DGRN altera la doctrina que venía sosteniendo en lo que respecta a algunos de ellos. En efecto, afirmar que si la(s) ley(es) extranjera(s) correspondiente(s) a la(s) nacionalidad(es) del (o de los) contrayente(s) no prevé(n) la nulidad del vínculo, el orden público reclama la aplicación de la ley española en su lugar, conduce a denegar la inscripción del matrimonio celebrado entre contrayentes de la misma nacionalidad extranjera (p.e., dominicana), correspondiente con el Estado bajo cuyo ordenamiento se celebró el matrimonio (República Dominicana), si se prueba su simulación. Bajo esa anterior doctrina, sin embargo, el Centro Directivo consideraba que la certificación registral de ese Estado permitía presumir la validez del vínculo de conformidad con la ley aplicada a la celebración (en el ejemplo, la dominicana) y, en consecuencia, al corresponderse esta ley con la de la nacionalidad de ambos contrayentes, no cabía sino inscribir estos matrimonios, con independencia de que se detectara que eran de complacencia [vide entre las más recientes, las Ress. de (1.ª) y (2.ª) de 13 de noviembre de 2003, *BIMJ*, núm. 1960, 2004, pp. 308-309 y 309-311; (4.ª) de 2 de junio de 2004, *ibidem*, núm. 1969, 2004, pp. 2927-2928; (3.ª) de 23 de febrero de 2005, *ibidem*, núm. 1992, 2005, pp. 2778-2780; (3.ª) de 25 de febrero de 2005, *ibidem*, núm. 1992, 2005, pp. 2799-2800; (2.ª) de 14 de junio de 2005, *ibidem*, núm. 2000, 2005, pp. 4263-4240; y de 3 de septiembre de 2006, *ibidem*, núm. 2006, 2006, pp. 602-604]. El cambio puede ser saludado, en la medida en que, al menos proporciona un tratamiento uniforme a todos los matrimonios extranjeros, pues la diversidad de nacionalidades en el momento de la celebración ya impedía la aplicación de la presunción y la aplicación del requisito español de concurrencia de consentimiento matrimonial.

4. Aunque mi interés apunte más a los aspectos de DIPr –y por ello les he dedicado una atención preferente en este comentario–, es probable que la cuestión de mayor repercusión en

la Instrucción sea la tratada en su Apartado IX, por lo que finalizaré con una breve referencia a ella. No cabe duda de que el problema fundamental que encierra cualquier intento de regular los matrimonios de complacencia es la prueba de la simulación, ya sea en el marco del expediente previo a su celebración, ya en el trámite de la inscripción del matrimonio celebrado. Y, al respecto, la DGRN mantiene su doctrina, consistente en el empleo de presunciones. Así, comienza justificando jurídicamente su empleo, y proporciona («hace públicas») tres orientaciones prácticas. La primera se refiere a los datos que han de tener en cuenta los Encargados de los Registros para inferir la simulación, la segunda recoge reglas adicionales de funcionamiento de las presunciones, y la tercera recuerda que el rechazo de la autorización o la inscripción del vínculo no empece a la posibilidad de volver a instarlos, al no regir el principio de cosa juzgada. En el marco de la primera orientación la DGRN clasifica los dos datos de los que cabe deducir que el matrimonio es de complacencia (el desconocimiento de los datos personales y familiares básicos del otro contrayente y la ausencia de relaciones previas entre sí), particularizando la manera de alcanzar cierto convencimiento de que ambos datos concurren; y añade una serie de elementos que también pueden ser denotativos de la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien: a mi juicio, al margen de lo absurdo que resulta entrar en algunos de esos detalles («las relaciones personales pueden referirse a antes o después de la celebración del matrimonio...»; «el hecho probado de que los contrayentes... tienen un hijo en común es un dato suficiente que acredita la existencia de relaciones personales»), su excesiva concreción puede tener un efecto doblemente perverso. Por una parte, puede facilitar la preparación de la prueba a los simuladores (ahora saben qué datos son relevantes y cuáles no, y qué pruebas son «concluyentes» y qué otras sólo han de tomarse en cuenta). Por otra, encorsetan en exceso la realización de una prueba que, por definición, exige cierta discrecionalidad en el operador jurídico. La prueba de presunciones siempre entraña cierto peligro de que quien la aplica yerre; pero este riesgo se incrementa si la aplicación se realiza a partir de elementos prefijados y jerarquizados. Es cierto que la DGRN hace hincapié en la necesidad de que el Encargado del Registro «alcance una certeza moral plena de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para acordar la denegación de la autorización o de su inscripción», pero no lo es menos que el mínimo exceso de trabajo de estos funcionarios puede convertir la entrevista personal y por separado de los contrayentes en un mero trámite, en el que se persigue constatar la existencia de algunos de esos indicios para resolver en sentido negativo. En suma, como adelantaba al inicio de este comentario, no creo que con esta Instrucción la DGRN vaya a conseguir adhesiones entre los detractores de su práctica; pero tampoco la más mínima reducción del número de matrimonios de complacencia.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

## B) Nulidad, separación y divorcio

2006-14-Pr

**DIVORCIO. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.**—Solicitud de modificación de medidas acordadas en sentencia dictada en el extranjero. Competencia judicial. Improcedente declaración de incompetencia de la jurisdicción española por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo los Tribunales españoles pronunciarse sobre el presupuesto de la jurisdicción a la luz del principio *pro actione*. Necesidad de obtención del *exequatur* para que la sentencia extranjera pueda ser reconocida en España y obtener eficacia civil.

Preceptos aplicados: Artículo 955 LEC, artículo 775 LEC, artículo 61 LEC.

[Auto de la AP de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>) de 30 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D.<sup>a</sup> Rosario Hernández Hernández.]

F.: Aranzadi (Westlaw), AC 2006/49.

**Nota:** 1. De nuevo nos encontramos con el tema de modificación de medidas dictadas en resoluciones extranjeras, cada vez más frecuente en los Juzgados y Tribunales españoles. Los problemas que se generan en torno a estos procedimientos son diversos y las respuestas judiciales adoptadas hasta el momento carecen de cualquier criterio uniforme, produciéndose un importante déficit de seguridad jurídica que empieza a necesitar una urgente corrección. Los citados problemas son dos. El primero de ellos, aparentemente ya superado, es la inadmisión a trámite de la demanda de modificación de medidas por carecer los jueces españoles de competencia para la modificación de una sentencia extranjera, correspondiendo la competencia a Tribunales extranjeros que dictaron la misma. El segundo, es la necesidad de obtención del exequátur de la sentencia extranjera para proceder a la modificación de los efectos en ella recogidos.

2. Acerca de la primera cuestión, competencia de los Tribunales españoles para conocer de la modificación de los efectos de sentencias extranjeras, no hay mucho que añadir tras la ya veterana sentencia del TC (Sala 1.<sup>a</sup>) de 13 de marzo 2000 y las referencias bibliográficas al respecto (vide entre otras, CARBALLO PIÑERO, L. «Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 463-482). En la citada sentencia, los argumentos aportados por el TC ante un supuesto similar a éste son muy claros: el rechazo de estas demandas vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva teniendo además los jueces españoles, en función de las normas de competencia judicial internacional existentes en nuestro ordenamiento, competencia para conocer de estos supuestos.

No parecen tener tan clara esta competencia el Juzgado núm. 75 de Madrid, ni el Ministerio Fiscal, que vuelven de nuevo a argumentos ya superados utilizando los artículos 771 LEC y 61 LEC para señalar que del procedimiento de modificación de medidas debe conocer el Tribunal que conoció del proceso principal, en este caso el ecuatoriano. Por su parte la AP de Madrid, se muestra dubitativa: en su «primer» Fundamento de Derecho cuarto, «comparte, suscribe y hace propio íntegramente» el criterio de la primera instancia y del Ministerio Fiscal, desestima el recurso y confirma el auto disidente. Posteriormente, en «otro» Fundamento Jurídico cuarto analiza la sentencia del TC señalada, que, por cierto, también surge a raíz de una resolución de la AP Madrid, concluyendo esta vez, en «su segundo» Fundamento Jurídico quinto que sí tienen competencia los jueces españoles pero que al no haber obtenido la sentencia el exequátur, se desestima el recurso y se confirma la resolución apelada (que recordemos decía: «se inadmite la demanda por falta de competencia internacional correspondiendo la competencia a los Tribunales de la República de Ecuador»). Es decir, como no se ha pedido el exequátur, no tienen competencia los Tribunales españoles. La confusión entre las dos cuestiones y la falta de rigor son evidentes ya que, si bien podía tener fundamento la necesidad de exequátur, debería haberse estimado el recurso admitiendo la competencia de los Tribunales españoles y advirtiendo a las partes de la necesidad de obtener el exequátur previo a la modificación de los efectos. Por tanto parece que estamos ante otro nuevo supuesto de vulneración a la tutela judicial efectiva garantizada a través del artículo 24 de la Constitución.

3. Superada, como hemos señalado la cuestión de la competencia judicial internacional y siendo de aplicación las normas de competencia judicial internacional existentes al efecto, no figura tan resuelto el segundo de los problemas señalados; la vía concreta para modificar los

efectos y la exigencia por parte del Tribunal de la solicitud de exequátur de la sentencia extranjera cuyos efectos pretenden ser modificados. En este punto surgen posturas tanto doctrinales como jurisprudenciales para todos los gustos. Doctrinalmente se han apuntado varias vías; se puede iniciar un procedimiento *ex novo*, a través de una nueva demanda, por ejemplo de alimentos, evitando el trámite del exequátur (vide ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, p. 227 y ss.) o se puede solicitar la modificación de medidas de sentencia extranjera previo exequátur de la misma o la modificación de medidas sin necesidad del exequátur por entender que no hay nada que ejecutar [cf. ESPINOSA CALABUIG, R., «Nota a la Sentencia AP Barcelona de 30 de septiembre de 2003», *REDI*, vol. LVI, 2004, 1, p. 382, y bibliografía allí citada]. Jurisprudencialmente esta cuestión también ha recibido respuestas diversas: en ocasiones los jueces han tenido en cuenta la sentencia extranjera, modificando sus efectos sin exequátur previo –al menos a través del procedimiento existente al efecto en la LEC– (AP Barcelona de 30 de septiembre de 2003 o AP de la Rioja, de 7 de octubre de 2004), mientras que en otras ocasiones, como en la sentencia aquí comentada, consideran imprescindible la homologación de la resolución.

4. Las vías por tanto para modificar el contenido de una sentencia extranjera parecen ser dos, solicitud de procedimiento *ex novo* o solicitud de modificación de medidas, con el problema en ambos casos de la necesidad o no de petición previa del exequátur. Sin pretender aportar solución novedosa alguna debido al detallado tratamiento doctrinal que han tenido estas cuestiones, vamos no obstante a analizarlas de manera algo más detenida.

5. La solicitud *ex novo* a través de una nueva demanda puede ser más ventajosa, aunque no más correcta, que la solicitud del exequátur de la sentencia extranjera para posteriormente pasar a un procedimiento de modificación de medidas. De hecho, esta vía se busca porque la segunda alternativa es demasiado larga y gravosa, sobre todo para procedimientos de alimentos y de relaciones paternofiliales, que son los que habitualmente aparecen en la pretensión de modificación de sentencia. Esta vía *ex novo* parece eximir del exequátur de la sentencia pudiendo el Tribunal simplemente «tomar en consideración» la misma (vide ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 227 y ss) o como «*effet de fair*», según la terminología francesa (vide GARAU SOBRINO, F. F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992, p.126).

Esta vía, sin embargo, ni es la correcta, ni tiene por qué eximir del exequátur, por lo que su utilización debería quedar para casos concretos donde la sentencia extranjera sea necesitada únicamente como prueba de hechos y no como constitutiva de relaciones jurídicas, y estos casos, son los menos.

Que no es la vía más correcta ya ha sido puesto de relieve por algún autor. Se ha hecho referencia a que se promoverían conductas fraudulentas, a que al no poder tener en cuenta el efecto vinculante de cosa juzgada el Juez nacional deberá entrar en cuestiones ya decididas en vez de limitarse a la modificación y además podrían plantearse problemas de reconocimiento de la sentencia modificadora en el Estado de origen de la decisión modificada [vide con más detalle, MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)», *REDI*, vol. LIV, 2002, 2, pp. 641-668].

Por otro lado, si bien la doctrina ya citada deja claro que los objetos de los procesos son distintos (y así lo ha corroborado el ATS de 6 de junio de 2000, aunque en un supuesto real de modificación), este objeto es precisamente distinto porque en el segundo proceso se modifica el primero partiendo ya de circunstancias sustancialmente diferentes en ambos casos. Precisamente, las circunstancias son diferentes en la parte del objeto cuya modificación se solicita. Ahora bien, si en vez de una modificación es un proceso nuevo, y hay que entrar en cuestiones

ya decididas, el objeto sí sería coincidente y la inmunidad de la nueva demanda frente a la cosa juzgada dejaría de existir en el nuevo procedimiento.

Por último, también se puede afirmar que, en muchas ocasiones, el inicio de un procedimiento nuevo no exime de exequátur. Esa «toma en consideración» de la sentencia extranjera evitando el exequátur, que parece resolver todos los problemas, en realidad sólo permite utilizarla como documento probatorio de su existencia, su fecha, su autenticidad y los hechos a los que se refiere. Salvo eso, la resolución extranjera carecerá de todo valor sin que pueda ser tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional español ante el que se haya presentado (vide GARAU SOBRINO, F. F., *Los efectos de las resoluciones...*, pp. 125-126). Como es obvio, la obligación que se reclama surge de una relación jurídica que da lugar a dicha obligación (pensemos en una acción de filiación iniciada en el extranjero que concluye con la declaración de paternidad del demandado y por tanto con la obligación por parte de éste de pagar alimentos al hijo). Si la sentencia extranjera no tiene validez en España, no existe la situación jurídica (que no es un simple hecho, sino una relación de paternidad constituida a través de sentencia judicial), y si no existe la situación jurídica, no puede haber un efecto vinculado a la misma (ni *ex novo*, ni modificado). Ni siquiera sería posible la admisión del procedimiento *ex novo*. El propio Cc requiere para la concesión de alimentos que tengan causa, al señalar su artículo 143 la relación previa de parentesco. Igualmente, el artículo 250.1.º.8 LEC introduce la necesidad de alimentos debidos por disposición legal u otro título y el 266.2.º LEC exige que se acompañen a la demanda los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden los alimentos, que, en nuestro ejemplo, sería la sentencia extranjera de declaración de paternidad, y que, obviamente, no vale con tenerla en cuenta sino que hay que dar efecto a la relación jurídica constituida por el Tribunal extranjero. Sin esa «relación jurídica previa» generada a través de la sentencia extranjera la vía de solicitud deviene ineficaz, al menos en algunos casos. Igualmente en unas visitas *ex novo* o en una custodia *ex novo*, es indispensable, según los artículos 90 o 91 CC, que exista una sentencia de separación o divorcio, sin la cual, tiene poco sentido reclamar unas visitas.

Es, por tanto, una vía, que, además de los inconvenientes que ya hemos señalado, puede estar próxima al fraude ya que busca modificar sentencias por una vía distinta a la existente en nuestro ordenamiento, para evitar con ello trámites legales incómodos.

6. Parece por tanto más correcta la vía de solicitud de modificación de efectos, planteándose aquí nuevamente la cuestión de si necesitamos exequátur de la sentencia extranjera o no. La necesidad del exequátur, además de ser la postura doctrinal más defendida (vide bibliografía citada por MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., *loc. cit.*, p. 654, nota 44), se puede argumentar con las mismas razones expuestas en el párrafo anterior: si no existe la situación jurídica en España, no puede modificarse ningún efecto vinculado a la misma. Esta solicitud de homologación tiene sin embargo un efecto perverso, cual es la excesiva dilación del procedimiento, dado que hay que instar un procedimiento aparte y distinto. Debido a las materias tratadas, alimentos, muchas veces para menores y relaciones parentales, podría considerarse que esta dilación afecta al interés del menor que debe de primar sobre cualquier otro interés legítimo. Aparte de la dilación, también puede señalarse la incoherencia que supone tener que solicitar el exequátur de una sentencia cuando lo que se pretende es dejar sin efecto parte de su contenido (cf. MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., *loc. cit.*, p. 654).

7. Ambos motivos, la dilación en una materia como la que nos ocupa así como la contradicción que supone dotar de efecto permanente a una sentencia a la que el reclamante quiere quitar efecto, nos conduce a tener que buscar una vía diferente, más rápida (que podría conseguirse uniendo ambas cuestiones en un solo procedimiento) y que no produzca los efectos permanentes propios del exequátur tradicional, en los que nadie está interesado y que nadie está solicitando. La solución podría pasar por alguna suerte de reconocimiento incidental (idea que ya ha sido apuntada por varios autores, CARBALLO PIÑEIRO, L., *loc. cit.*, p. 470; MICHINEL

ÁLVAREZ, M. A., *loc. cit.*, p. 656, entre otros). Como es sabido, éste no sería un reconocimiento nuevo en nuestro ordenamiento (está previsto en los Reglamentos comunitarios así como en algunos convenios bilaterales firmados tanto con Estados comunitarios como con terceros Estados (vide el artículo 10.2.º del Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales entre España y Alemania de 14 de noviembre de 1983 o el art. 24.1 del Convenio entre España y la URSS de 26 de octubre de 1990 sobre asistencia judicial en materia civil). Estos textos, que prevén el reconocimiento incidental, no contienen, sin embargo, procedimiento específico para llevarlo a cabo. Esto implica que hay que acudir a nuestra regulación interna como vía de aplicación de estas previsiones normativas. El cauce procesal utilizado normalmente debería de ser el creado para las cuestiones incidentales (arts. 387 y ss. LEC).

Una vez utilizada esta vía para implementar el reconocimiento incidental recogido en regulaciones internacionales, todo aconseja y nada impide, a la vista de las motivaciones expuestas, que la misma vía sea utilizada para el reconocimiento incidental de sentencias procedentes de países no comunitarios o con los que no hay convenio internacional. El reconocimiento incidental de estas sentencias podría, además, encajar en el procedimiento citado de nuestra LEC, que requiere que la cuestión surja en un proceso como mero antecedente lógico de su objeto y que esté en conexión inmediata con la pretensión principal del proceso, ambas condiciones cumplidas por la sentencia extranjera. Por otro lado, hay que añadir a favor de la posibilidad de un reconocimiento incidental que uno de los mayores problemas que existían, el de la competencia, ha quedado resuelto con la modificación del artículo 955 LEC tras la Ley 62/2003 que otorga la competencia para el exequátur a los jueces de primera instancia. Por último, señalar que toda cuestión incidental lo es con relación a un proceso, de modo que ese procedimiento no otorgaría valor de cosa juzgada a la sentencia extranjera, lo que eliminaría, además, la incongruencia señalada entre la cosa juzgada y la modificación de la misma y colmaría los intereses de las partes. La cuestión sólo sería resuelta como antecedente lógico para resolver, ahora sí con efectos de cosa juzgada, sobre el objeto del proceso de modificación de medidas (vide MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 170 a 176).

8. En estas condiciones se respetarían los deseos de las partes que únicamente pretenden modificar los efectos de la sentencia extranjera y no ejecutar el conjunto de la misma, se conseguiría la armonía de soluciones, no se facilitaría el fraude y no se incurriría en vicio alguno que impidiera el reconocimiento de las modificaciones en el Estado de procedencia de la sentencia que se modifica. Podría, por los motivos expuestos, ser ésta una vía para aclarar y solucionar un tema frecuente cuyo resultado es, en el mejor de los casos, un procedimiento excesivamente largo que perjudica, dentro de la legalidad, los intereses jurídicos de las partes y, en el peor, sentencias insostenibles como la que, de nuevo, nos ocupa.

Yolanda DUTREY GUANTES

2006-15-Pr

**NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.—Divorcio de matrimonio marroquí residente en España. Determinación de los efectos respecto a los hijos y pensión alimenticia de la esposa. Aplicación del derecho español en primera instancia. Aplicación del nuevo Código del Estatuto Personal marroquí (Mudawana, 2004), en apelación.**

Preceptos aplicados: Artículos 9.2 y 107 Código Civil.

[**Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Civil) núm. 718/2005 (Sección 12.<sup>a</sup>), de 17 de noviembre de 2005.** Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2006/66471.

**Nota:** 1. *Primeras aplicaciones del Nuevo Código de Familia marroquí (2004):* La sentencia que comentamos estima el divorcio de un matrimonio de nacionales de Marruecos residentes en España conforme a las disposiciones del nuevo Código del Estatuto Personal y de la Familia marroquí (*Mudawana*, 2004). Es esta, pues, una de las primeras aplicaciones del nuevo Código, y en el ámbito polémico del divorcio y sus efectos respecto a la guarda de los hijos y las pensiones de alimentos. Hay otra decisión, pero sólo menciona el nuevo texto. Es el caso de la SAP de Huesca, de 14 de diciembre de 2005, relativa a los efectos sobre el régimen económico matrimonial de una separación, ya declarada, entre ciudadanos de Marruecos. En ésta última decisión, el Tribunal atiende al Derecho extranjero marroquí, sobre la base del artículo 9.2 del Código Civil, conforme al cual los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo. Invocando el nuevo Código de la Familia y del Estatuto Personal marroquí (2004) considera que rige entre los cónyuges el régimen de separación, lo que excluye el régimen de gananciales; y, por ende, impide incorporar al inventario, para la liquidación de los bienes, el inmueble comprado constante matrimonio. Esta era ya la interpretación sostenida (entre otras, la SAP Tenerife 7 de febrero de 2000) con anterioridad a la reforma del Código marroquí (2004) O, mejor dicho, la interpretación a la que se viene recurriendo, a falta de otra mejor. Y es que, se habla de «separación de bienes absoluta», no porque haya un régimen económico matrimonial sino, al no existir siquiera el concepto de régimen económico matrimonial. Lo que tiene hasta cierto punto su lógica, si pensamos que el sistema islámico permite la poligamia y el repudio, y que estas instituciones pueden hacer añicos cualquier patrimonio marital si hubiere que dividirlo o liquidarlo. Breve, cuando se quiere buscar un equivalente a nuestros términos jurídicos, se recurre a la idea de la más absoluta separación de bienes entre los esposos. En consecuencia, el que la vivienda adquirida durante el matrimonio corresponda a ambos esposos –o a uno de ellos– es, en tal contexto, en definitiva, una cuestión de prueba acerca de la propiedad del bien. Pienso, empero, que se podría haber tirado del hilo que ofrece el nuevo artículo 4 del Código marroquí (2004), que establece la dirección conjunta de la familia por parte de los esposos para tener en cuenta la gestión y compra común de los bienes durante el matrimonio, olvidando la falacia legal, anterior, de que sólo al marido, como «mantenedor de la esposa y los hijos», corresponde hacer frente a tales cargas, mientras que la mujer que administra sus propios bienes sin hacerse cargo de las necesidades comunes de la familia ni responder frente a terceros (a fin, en cierto modo, de preservar la dote y sus bienes privativos para el caso de que fuere repudiada). La realidad corrobora que tal lógica anterior es obsoleta y falaz, pues la mujer compromete sus haberes y su trabajo en la compra de bienes tan importantes como la vivienda familiar que, además, debe merecer una especial protección. Estas consideraciones, empero, no se desprenden de la SAP de Huesca de 14 de diciembre de 2005 que se limita a constatar la equivalencia con el régimen de separación haciendo mención al Código reformado marroquí.

La AP de Barcelona, en la decisión que nos ocupa, también tiene en cuenta el nuevo Código marroquí, sin entrar en la cuestión de que estuviera o no vigente al tiempo de presentarse la demanda. De hecho, aplica el derecho extranjero marroquí cuando no se tuvo en cuenta en primera instancia, pues es éste un caso, no infrecuente, en el que el juzgador aplica la ley española, sin tener en cuenta la ley nacional común, reclamada por los artículos 9.2 y 107 del C. civil. La aplicación, en apelación, del artículo 98.2 del CEP marroquí permite declarar el divorcio al concurrir una de las causas por las que puede solicitarlo la esposa: el perjuicio. Perjuicio consistente en violencia o malos tratos y sevicias, probados por sentencia penal. La Audiencia invoca

el nuevo Código y, en concreto el «... artículo 99 de tal legislación que proclama la justificación del divorcio por comportamiento infamante por parte del esposo, frente a su consorte, y contrario a los buenos modales...». Sin embargo, tal divorcio por sevicias o malos tratos también hubiera podido obtenerse al amparo del Código marroquí anterior a la reforma. No es ésta, pues, la razón que motivó al Juez de Primera Instancia a omitirlo. Fue seguramente el hábito de invocar el derecho español por parte del abogado (quizás de oficio) y del Juez de Primera Instancia que tomaron el atajo más fácil del derecho español, que, hoy, facilita el artículo 107 del Código Civil, si se quiere soslayar el recurso al derecho extranjero de corte islámico para disolver el matrimonio, aunque tal proceder pueda tener consecuencias negativas *a posteriori* (como ya apuntamos en nuestra nota conjunta a varias decisiones de AA PP en esta Revista, 2003-1, pp. 418-422) Respecto a los efectos, la decisión se limita a corroborar las medidas adoptadas en primera instancia (atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija y concesión del uso del domicilio familiar en favor del esposo), dada la conformidad de las partes, y procediendo a mantener la pensión en favor de la esposa de acuerdo con el artículo 84 del CEP marroquí. Pero se incurre, aquí, en error, pues este último precepto es aplicable al repudio, y sirve para frenar su carácter abusivo. Error, no es del todo imputable a la Audiencia, pues las autoridades de Marruecos para convencer de las bondades de la reforma en Europa han procedido a ofrecer «traducciones oficiales» del Código (es el caso de la traducción oficial al francés) que suprimen la palabra «repudio» (aun que éste no se ha suprimido) por las de «divorcio judicial». Proceder que lleva a confusión (vide nuestra traducción por repudio y sus razones en, GRUP D'ADVOCATS JOVES/DONES ADVOCATES, *La Mudawana. El nou Codi de Família marroquí*, texto bilingüe árabe/catalán, Ed. Mediterránea, 2005, en la nota introductoria, pp. 7-8).

En todo caso, la Audiencia podría haber llegado a una conclusión parecida atendiendo al artículo 101 del nuevo Código («En el caso de que se dicte resolución otorgando el divorcio por perjuicios, el Tribunal habrá de fijar en la misma resolución el importe de la indemnización a la que tenga derecho la esposa por causa de los perjuicios»). También podría haberse tirado de ese hilo, para no olvidar –lo que la aquiescencia de la esposa ha podido hacer pasar inadvertido– que hay disposiciones que afectan a la vivienda familiar tras la disolución del matrimonio, y que van destinadas a evitar que los menores se vean privados de un techo (la vivienda familiar u otra adecuada) lo que corresponde garantizar al padre como tutor legal. A través de esta exigencia, la madre no propietaria de la vivienda puede beneficiarse, indirectamente, de la misma al atribuírsele por ley, prioritariamente, la guarda (cuidado) de los hijos.

2. *Ultimas reflexiones*: Lo dicho hasta aquí, va destinado a espolear la lectura atenta (u otra lectura) del Código marroquí, a fin de dar a los interesados –si es posible– decisiones justas y eficaces en ambas orillas del Mediterráneo, pero sin pretender que el lector se quede con la idea (o, peor, la propaganda) de que el nuevo texto eliminará todos los problemas de orden público internacional en el futuro (lo que ha llegado a decirse no sin ligereza en España). Tal conclusión sería una simplificación tan errónea y peligrosa como la de optar por inaplicar el Código por considerarlo en bloque contrario al orden público internacional (lo que se ha llegado también a decir). Sin duda el esfuerzo y la voluntad reformadora han sido considerables, pero los resultados son modestos (SAHERANE, F., «Le nouveau Code marocain de la famille», *Gaz. Pal.*, 2004, p. 2. Manifestando cierta prudencia a la espera de su aplicación práctica FLOBETS, C. y CARUER, J.-Y., *Le Code marocain de la famille*, Bruylant 2005, p. 129, y, aunque con tono moderado, indicando que se «enorme progreso» LAROCHE-GISSEROT, F., «Le nouveau Code marocain», *RDI et Comp.*, 2005, pp. 335-336). Cabe recordar que no ha colmado las expectativas iniciales, pues poco después de acceder Mohamed VI al trono de Marruecos, se elaboró un *Plan nacional de acción en vistas a la integración de la mujer en el desarrollo*, que reemplazaba realmente el repudio por el divorcio judicial, y ampliaba el concepto de pensión alimenticia a fin de comprender el domicilio conyugal cuando la madre tiene atribuido (con carácter prioritario por ley) el derecho de guarda de sus hijos, y se acordaba a la mujer

divorciada la mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Si tal reforma hubiera claramente llegado a ver la luz (lo que no era fácil) los llamados «conflictos de civilizaciones» hubieran dejado de plantearse con Marruecos. Tales expectativas no se han colmado suficientemente. Pero, entre la «propaganda oficial» y la realidad de la reforma, es posible alentar una interpretación sabia y adaptada del Código marroquí, si necesario, con la mira puesta en los derechos individuales. Esta conclusión podría desprenderse de la decisión que hemos seleccionado para este comentario.

Pero el debate no está cerrado sino abierto de par en par. El TEDH (*D.D. c. Francia*, 8.2.2006) ha reforzado recientemente la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* francesa con respecto al reconocimiento (mejor dicho el rechazo) de los repudios marroquíes o argelinos (QUIÑONES, A., «La réception du nouveau Code de la famille marocain en Europe», *RDIPP*, 2004, pp. 891), acaecidos al amparo del anterior Código, pero por motivos que no es evidente que desaparezcan con el nuevo. Como apuntamos en otras ocasiones, cabe ser beligerante, teniendo en cuenta cierta función pedagógica del derecho, con instituciones que conculcan el principio de igualdad como el repudio y la poligamia, pero sin perder de vista los intereses de las personas que *in casu* acuden a los Tribunales, y que, cuando viajan a uno u otro país, pueden verse, a su pesar, atrapadas por dos lógicas jurídicas distintas.

Ana QUIÑONES ESCÁMEZ

### 3. *Documentos públicos extranjeros*

2006-16-Pr

#### **DOCUMENTOS EXTRANJEROS.—Escritura notarial de compraventa otorgada por Notario alemán. Bien inmueble situado en España. Inscripción en el Registro de la Propiedad español.**

Preceptos aplicados: Artículos 49, 53 y 56 del TCE; 9.3 y 24 de la CE; 1, 3, 4.3, 9 y 11 del CR; 4, 19 bis, 325, 326, 327 de la LH, 17 bis de la LN, 1.5.º, 9, 10, 609, 1216 y 1462.2 del CC; 36, 37 y 38 RH.

**[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006. Magistrado-Juez Ilmo. Sr. D. Juan Luis Lorenzo Bragadol.]**

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, AC 2006/244.

**Nota:** 1. En el mes de febrero de 2005 la DGRN nos sorprendía con una Resolución en la que ratificaba una decisión del Registrador de la Propiedad de Puerto de la Cruz, en Tenerife, por la que éste denegaba la inscripción de una escritura de compraventa de un inmueble sito en el ámbito de su Registro y que había sido otorgada por un Notario alemán. El Registrador justificó su decisión en dos circunstancias: que el documento alemán carecía de plena fuerza legal en España y que el sistema español de transmisión de la propiedad por contrato es muy diferente del alemán. Esta decisión fue recurrida ante la DGRN quien, resolvió mediante Resolución de 7 de febrero de 2005 (*BOE*, 6 de abril de 2005, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2005/2452), en la que mantuvo el mismo criterio que el Registrador, aunque con un desarrollo argumental mucho más elaborado. La doctrina sentada en esta Resolución, y reiterada en la de 20 de mayo de 2005 (*BOE*, 1 de agosto de 2005, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2005/5645), ha sido causa de un intenso debate doctrinal, siendo ya varias las contribuciones que se han ocupado de estas Reso-

luciones (vide GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Traditio y escritura pública (Reflexión crítica a propósito de la doctrina de la DGRN contenida en las Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005)», *La Ley*, núm. 6322, de 20 de septiembre de 2005, D-208, vol. 4, pp. 1585-1589; SÁNCHEZ LORENZO, S., «La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección general de los Registros y del Notariado», *ibídem*, núm. 6425 de 20 de febrero de 2006, pp. 1-14; AÑOYEROS TERRADAS, B., «Effects in Spain of a deed of sale and Purchase of a Property, Located in Spain, Authorised by a German Notary Public», *Yearbook Private International Law*, 2005, vol. 7, pp. 277-282; ARENAS GARCÍA, R., «Denegación de la inscripción de un documento en el Registro de la Propiedad español por el hecho de ser extranjero», *AEDIPr*, 2005, vol. V, pp. 337-349; HEREDIA CERVANTES, I., *CCJC*, 2006, núm. 70 (enero/abril), pp. 122-138). La causa del interés despertado por estas Resoluciones es que en ellas se ha formulado con claridad la doctrina de que no es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad español de documentos públicos extranjeros, a salvo de aquellos supuestos en los que el documento se limite a realizar una mera constatación fáctica. Tal como se ha destacado este resultado choca con nuestra tradición jurídica y plantea no pocos problemas en la práctica. Además, y aunque de forma tangencial, esta doctrina incide en un debate largo y profundo que se viene desarrollando desde hace años en el mundo jurídico español: las relaciones entre Notarios y Registradores o, más precisamente, la forma en que debe articularse el doble control de legalidad que deben realizar ambos en las operaciones que acceden al Registro a través de un documento público.

El iter procesal del caso que dio origen a la Resolución de 7 de febrero de 2005 siguió, sin embargo, su curso, alejado –en principio– del intenso debate que había originado. En el curso de este proceso la parte que había solicitado la inscripción del documento notarial alemán impugnó ante el Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife la calificación hecha por el Registrador y la Resolución de la DGRN que la confirmaba, acudiendo al procedimiento previsto en los artículos 324 a 328 de la LH. La Sentencia que aquí se comenta resuelve en primera instancia sobre dicha petición y a ella se limitará este comentario.

2. Vaya por delante que, tal como habrá advertido el lector que se haya detenido en el extracto de la Sentencia que se encuentra inmediatamente antes de este comentario, el Magistrado encargado del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Tenerife mantiene un criterio contrario a la DGRN en el asunto que nos ocupa, habiendo declarado la nulidad de la Resolución de 7 de febrero de 2005 y ordenando la inscripción del documento notarial alemán en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz, tal como se había pretendido inicialmente. Dada la importancia de esta Resolución, la Sentencia que la anula no puede dejar de despertar un profundo interés jurídico, incluso asumiendo que se trata de una decisión que carece de firmeza. Ahora bien, tampoco cabe desconocer que, curiosamente, pese a que el fallo anula la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005, la argumentación del Tribunal se centra en la calificación del Registrador, y no en la Resolución de la DGRN. Así se mantiene en el Fdo. de Derecho Segundo, donde se afirma que «Se impugna la resolución pero sólo cabe discutir sobre la calificación». Como veremos un poco más adelante, sin embargo, el Juez no sigue estrictamente su propio postulado y en algún punto se refiere a la Resolución de la DGRN; aunque bien es cierto que siempre al hilo del análisis de la calificación negativa del Registrador de la Propiedad de Puerto de la Cruz. Merece, sin embargo, un mínimo comentario esta interpretación del Juez, pues podría ser objeto de alguna crítica, tal como veremos inmediatamente.

La decisión que comentamos anula, por tanto, la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005; pero, tal como se ha indicado, sin cuestionar directamente su contenido, limitándose al análisis de la calificación del Registrador antecedente de la Resolución. Se trata de un resultado sorprendente que encuentra su explicación en el sistema de recursos contra la calificación del Registrador introducidos en la LH por el artículo 102 de la Ley 24/2001, de 27 de diciem-

bre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, 31 de diciembre de 2001). De acuerdo con este sistema (arts. 322 a 328 de la LH) la calificación negativa del Registrador puede ser impugnada ante la DGRN o, bien, ante los Juzgados de la capital de la provincia en que está situado el inmueble al que se refiere la inscripción (art. 324 de la LH). Este recurso ante la calificación del Registrador se regula en los artículos 324 a 327 de la LH, preceptos en los que fundamenta la sentencia que comentamos el que su análisis se limite a la calificación del Registrador. El recurso que se plantea ante el Juzgado de Primera Instancia, sin embargo, no es el regulado en estos artículos de la LH, sino el previsto en el artículo 328 de la LH, resultando dudoso que la limitación que se prevé en el artículo 326 de la LH a la que se refiere la Sentencia del JPI de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo («El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionan directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma») pueda interpretarse como limitativa del examen de la Resolución de la DGRN que confirma la calificación negativa del Registrador, máxime cuando el objeto del recurso es la anulación de dicha Resolución. Esta limitación más bien parece referirse a la imposibilidad de juzgar sobre la cuestión de fondo que se encuentra vinculada a la solicitud de inscripción, manteniéndose de esta forma la distinción entre las cuestiones propiamente registrales, aquellas sobre las que se pronuncia el Registrador y, en su caso, la DGRN, y las relativas al derecho objeto de registro, que deberían ventilarse ante los Tribunales en un juicio ordinario (vide sobre esta distinción en relación al sistema de recursos contra la calificación introducido por la Ley 24/2001 FIGUEIRAS DACAL, M., «Recurso gubernativo *versus* judicial», *RCDI*, 2003, año LXXIX, núm. 680 (nov./dic.), pp. 3291-3335; PARDO NÚÑEZ, C., «La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: problemática del nuevo recurso judicial», *ibídem*, pp. 3337-3360).

Ciertamente, puede aducirse en apoyo de la Sentencia que comentamos que el tenor de los artículos 322 y ss. de la LH dista de ser suficientemente claro, superponiendo la regulación del recurso administrativo contra la calificación con la impugnación judicial de la misma, unida o no a la Resolución de la DGRN que la confirme. En el marco confuso que ofrecen estos preceptos no es extraño que se produzcan ciertas vacilaciones, como muestra esta decisión; pero no debe dejar de señalarse que resulta anómalo que pueda anularse una Resolución administrativa sin que sea dado debatir sobre ella, basándose únicamente en el acto previo a la misma, tal como sostiene la Sentencia que nos ocupa. Resultaría deseable que se consolidase una interpretación que mantuviera que cuando se ha optado por recurrir la calificación del Registrador ante la DGRN (lo que no resulta obligado), si esta confirma la calificación negativa y se hace preciso, por tanto, impugnar judicialmente no solamente la calificación, sino también la Resolución, los órganos jurisdiccionales han de conocer plenamente sobre esta última, toda vez que la anulación de ésta no puede ser solamente un resultado derivado de la rectificación de la calificación del Registrador que realice la sentencia. Una mejor sistemática y redacción de los artículos 322 a 328 de la LH contribuiría a conseguir este objetivo.

3. Entrando ya en el fondo del asunto, la Sentencia que nos ocupa rectifica el criterio del Registrador y de la DGRN, tal como se ha adelantado. A este resultado llega mediante la consideración de los dos argumentos presentes en la calificación negativa realizada por el Registrador de la Propiedad de Puerto de la Cruz. Tales argumentos son el de que la escritura alemana carece de plena fuerza legal en España y que el sistema de transmisión de los derechos reales español es muy diferente del alemán.

En lo que se refiere al primer punto la Sentencia que comentamos acierta al afirmar sin ambages que el argumento del Registrador, desarrollado posteriormente por la DGRN, conduce «en la práctica, a la inviabilidad absoluta de los títulos extranjeros para acceder al Registro de la Propiedad». Este resultado es incompatible con la regulación hipotecaria, tal como señala esta Sentencia (Fdo. de Derecho Tercero) y había destacado la doctrina que se ha ocupado de

la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005 (vide AÑOVEROS TERRADAS, B., *loc. cit.*, pp. 280-281; SÁNCHEZ LORENZO, S., *loc. cit.*, p. 3; ARENAS GARCÍA, R., *loc. cit.*, pp. 340-341). Es interesante destacar este punto, pues supone la anulación concisa y radical de la consecuencia más trascendente de la doctrina sentada por la DGRN en su Resolución de 7 de febrero: la reserva a los Notarios españoles del monopolio en la producción de los documentos que han de acceder al Registro de la Propiedad español. En el Fdo. de Derecho Quinto se incide de nuevo en la falta de fundamento legal para este monopolio al negar que pueda interpretarse que los documentos públicos a los que se refiere el artículo 1216 del C.c sean únicamente los producidos por un Notario español, tal como pretende la DGRN. La Sentencia que comentamos apunta, también, que esta limitación a la eficacia en España de los documentos producidos por Notarios de otros Estados miembros de la UE supone una vulneración de la normativa comunitaria en materia de libre prestación de servicios, extremo que también había adelantado la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión (vide SÁNCHEZ LORENZO, S., *loc. cit.*, p. 13).

El segundo de los argumentos empleados por el Registrador es la diferencia entre los sistemas alemán y español de transmisión de los derechos reales. También aquí el Juez indica con razón que no basta con una referencia genérica a la diferencia entre los sistemas de transmisión del dominio alemán y español para justificar la denegación de la inscripción del documento notarial alemán. La falta de ninguna otra argumentación del Registrador sobre este punto debería ser suficiente para la estimación del recurso, tal como señala la Sentencia que comentamos en su Fdo. de Derecho Cuarto; pero esta ausencia no es aprovechada por el Juez para escatimar en su argumentación, sino que, yendo más allá de lo que sería preciso a la luz de la calificación registral que, en teoría, se limita a enjuiciar, muestra como, pese a lo que parece sobreentender la Res. de la DGRN de 7 de febrero de 2005, no cabe presumir que el Derecho español sea el único que rige el contrato de compraventa documentado por el Notario alemán. Así, explica cómo tanto la capacidad de los contratantes como ciertos aspectos formales habrían de regirse por el Derecho alemán. Es cierto que en el contexto del recurso jurisdiccional que resuelve esta decisión, y dentro de los límites que se ha fijado el Juez a los que nos referíamos en el número 1 anterior, no tiene excesiva transcendencia este excursus sobre la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa que fundamenta la transmisión de la propiedad que pretende acceder al Registro de la Propiedad español; pero resulta muy relevante en relación a la doctrina sentada por la DGRN en sus Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005; ya que en éstas se dio por sentado que tratándose de la transmisión de bienes inmuebles situados en España debería ser el Derecho español el que rigiese el contrato de transmisión de los mismos. Evidentemente, se trata de un error grueso que desconoce la posibilidad de que los contratos relativos a bienes situados en España puedan regirse por Derechos diferentes del español y que indica una cierta confusión entre los aspectos obligacionales y reales que se encuentran presentes en las operaciones de transmisión del dominio y otros derechos reales (vide SÁNCHEZ LORENZO, S., *loc. cit.*, pp. 10-11; ARENAS GARCÍA, R., *loc. cit.*, p. 344). Las consideraciones de la Sentencia en este punto son, desde luego, mucho más acertadas que las vertidas por la DGRN en las mencionadas Resoluciones del año 2005.

4. En conclusión, la Sentencia que comentamos supone la introducción de un nuevo actor, el poder jurisdiccional, en un intenso debate en el que hasta ahora el único punto de referencia había sido la DGRN. Hemos de aguardar a nuevos pronunciamientos de los Tribunales en relación a la cuestión de la eficacia registral en España de los documentos públicos extranjeros; y como no sabemos que dirán esas decisiones futuras conviene que nos apresuremos a loar esta primera que, a juicio de este comentarista, es casi tan buena como mala es la Resolución de 7 de febrero de 2005. En cualquier caso, y sea cual sea el contenido de las decisiones judiciales que sigan a ésta, conviene saludar positivamente que, finalmente, y gracias al sistema de recurso judicial contra la calificación negativa de los Registradores de la Propiedad introducido en la LH, sea posible que los Jueces y Tribunales puedan construir también doctri-

na en materia registral, reduciendo el absurdo monopolio del que en este punto gozaba, dentro del Ministerio de Justicia, el departamento encargado de la administración de los Registros Públicos y del Notariado.

Rafael ARENAS GARCÍA

#### 4. *Sucesiones*

2006-17-Pr

**SUCESIONES.—Pretendida declaración de derechos sucesorios como cónyuge viuda. Marido emigrante a Venezuela país en el que obtuvo la mencionada nacionalidad y donde no reanudó la convivencia marital. Sentencia de divorcio dictada en Venezuela (cuestión previa). Pronunciamiento no reconocido en España.**

[Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.<sup>a</sup> de 29 de julio de 2005, núm. 301/2005. Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup>. María José Pueyo Mateo.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2005/206766.

**Nota:** 1. El interés principal de la sentencia objeto de este comentario radica en las diferentes soluciones que dan al problema de la cuestión previa en primer lugar, el órgano juzgador en instancia que se hace eco, sin razonarlo, de la teoría del «orden competente» y, posteriormente la Audiencia que opta por la aplicación del Derecho español a la misma; si bien es cierto que en ambos pronunciamientos el resultado final es el mismo.

2. Nos encontramos ante un problema de la sucesión de un nacional venezolano, casado con una española el 30 de julio de 1952 y divorciado por sentencia venezolana, dictada en 1975, no reconocida e imposible de que lo fuera en España (según afirma la demandante, por causa de la rebeldía de demandado). La demandante solicita la declaración de sus derechos sucesorios como cónyuge viuda en la sucesión, así como la nulidad de la aceptación, adjudicación de la herencia y simultánea compraventa de los bienes del causante por parte de los hijos declarados herederos abintestato en Venezuela.

3. Ni en primera instancia ni en apelación se cuestiona la competencia judicial internacional del Tribunal español que bien puede ser que sea competente por la existencia de bienes inmuebles en España o por simple sumisión tácita a nuestros Tribunales. En cualquiera de los dos casos previstos en la LOPJ, el primero atendiendo a un foro especial en materia de sucesiones (art. 22.3) y el segundo en atención a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 22.2), el Tribunal español podría tener competencia para conocer. En relación a los demás foros de competencia no se cumple ninguno: ni el domicilio del demandado está en España, ni lo está el último domicilio del causante (art. 22 LOPJ). La demandante reside en España y es nacional Argentina país al que emigró (no se especifica la fecha); si bien es cierto que ninguno de estos puntos de conexión se recogen como criterios de competencia en la LOPJ para la materia objeto del litigio. Por tanto, la vinculación con nuestro país es muy débil, a salvo la existencia de una serie de fincas en Luarca (localidad en cuyo Registro de la Propiedad se ha procedido a las inscripciones de compraventa) conexión que otorgaría competencia al Tribunal español en lo referente a la sucesión.

4. Respecto a la nacionalidad del causante la sentencia al afirmar que de conformidad con el artículo 24 CC «...tenía doble nacionalidad, dado que al adquirir la venezolana no cons-

ta que hubiera renunciado a la española» y que «siendo la primera de las citadas la última adquirida y la coincidente con su residencia habitual – art.9.9 CC–», concluye que la nacionalidad a tener en cuenta es la venezolana y, por tanto, ese ordenamiento el que resulta aplicable. Sin embargo, tomando como referencia la legislación española en materia de nacionalidad en el momento en que el causante adquirió la nacionalidad venezolana (28 de noviembre de 1957) era aplicable la Ley de 15 de julio de 1954 por la que se reforma el título Primero del Libro primero del Código Civil denominado «De los españoles y extranjeros» que disponía: «No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, la adquisición de la nacionalidad de un país iberoamericano o de Filipinas no producirá la pérdida de la nacionalidad española cuando así se haya convenido expresamente con el Estado cuya nacionalidad se adquiera».

Dado que no existía Convenio de doble nacionalidad con Venezuela está claro que el causante (D. Gabino) perdió su nacionalidad española de origen y, además, no consta su recuperación más adelante. Pero incluso en el supuesto de haber mantenido las dos, es dudoso que la nacionalidad preferida fuera la venezolana ya que la DGRN, en varias de sus Resoluciones, ha declarado la prioridad de la nacionalidad española frente a otra en cualquier supuesto excepto cuando exista Tratado de doble nacionalidad. Incluso en el de doble nacionalidad «previsto en las leyes españolas» (art. 9.9 del CC párrafo primero y Resoluciones de la DGRN de 15 de marzo de 2005, de 12 de febrero de 2002, etc.).

Respecto a la nacionalidad de la demandante se entiende que esta ostenta la nacionalidad argentina, no obstante es posible plantear otras posibilidades: *a*) si su adquisición se hubiera producido, como parece deducirse de los hechos, entre el año 1954 y el año 1982 resultaría la misma situación que en el caso anterior, es decir, pérdida de la nacionalidad española a no ser que se hubiera acogido al Convenio de doble nacionalidad con la República Argentina de 14 de abril de 1969; *b*) si la adquisición de la nacionalidad Argentina se hubiera producido con posterioridad a 1982 no hubiera perdido la española en virtud de la redacción del artículo 23 párrafo cuarto del CC tras la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del CC, que extiende la posibilidad de doble nacionalidad (conforme a la Constitución española art. 11.3) a cualquier adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos hubiera o no Convenio con los mismos (ABARCA, A. P.; ESPLUGUES, C.; VARGAS, M., y DE LORENZO, M., *Legislación de derecho de la nacionalidad y derecho de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006).

5. Conforme a lo dicho en materia de nacionalidad queda claro que el causante únicamente ostentaba la venezolana cuando falleció por tanto, en virtud del artículo 9.8 del CC, es el ordenamiento jurídico de este país el aplicable a la sucesión. En el momento de su muerte (1988) todavía no existía en ese mismo artículo el párrafo que se refiere a los derechos que se atribuyen por ley al cónyuge superviviente, y que ordena la aplicación a ese supuesto de la ley aplicable a los efectos del matrimonio (en aquel tiempo ley nacional del marido al tiempo de su celebración, esto es, de la ley española). Sin embargo, la sentencia, haciéndose eco de la Resolución de la DGRN de 11 de marzo de 2003 (que resuelve en un recurso interpuesto a efectos doctrinales una sucesión hereditaria, sin que en principio tenga semejanzas con la que estamos tratando) y refiriéndose a este concreto párrafo incluido en la reforma del Código civil de 1990, afirma que dada la ausencia de disposición transitoria al respecto se han de aplicar las contenidas en el Código civil; en particular, lo previsto para los derechos sucesorios en la disposición transitoria número doce. Conforme a la misma, y siguiendo la postura de la autoridad registral en la mencionada Resolución, el órgano juzgador determina que la normativa aplicable al supuesto en este aspecto será la ley vigente en el momento de aceptación de la herencia. En la sentencia se da por probado que la apertura de la sucesión se produce el 17 de diciembre de 1998, por tanto ya en vigor el párrafo citado. Todo ello resulta confuso ya que, por una parte la citada disposición transitoria no se refiere en absoluto a la norma vigente en *el momento de aceptación de la sucesión* y, por otra, no es de aplicación al caso que ha de resolverse por el derecho aplicable en el momento de la muerte. Pero aún más inexplicable resulta la afirmación

de que «... la ley vigente en el momento de producirse aquella –la apertura de la sucesión 1998– no contenía la excepción introducida por la Ley 11/1990 y, en consecuencia, hay que entender que la sucesión se regía en su totalidad por la ley venezolana». La explicación de este último error del órgano juzgador estriba, a nuestro entender, en una confusión al transcribir la fecha (1998 por 1988).

6. La aplicación por el Tribunal español del artículo 9.8 del CC en su primer párrafo nos remite a la ley venezolana, como ley nacional del causante, para regir toda la sucesión. Si la ley venezolana llamara a suceder a la esposa estaríamos ante una cuestión principal, la sucesión, y una cuestión previa, la existencia o no de un divorcio; por tanto, habría de cuestionarse la validez del mismo bien en Venezuela, donde sí lo es ya que allí se dictó, bien en España, donde no existe al no haber obtenido el reconocimiento de la sentencia. La solución que diéramos a tal cuestión cambiaría el resultado final. En definitiva la pregunta, general a toda cuestión previa de Derecho internacional privado, sería cual de los dos sistemas de Derecho internacional privado debe aplicarse, si a las dos cuestiones el sistema español (a la sucesión y al divorcio), en cuyo caso el divorcio no existe al no haber sido reconocido, o si remitimos esta última al ordenamiento que rige la cuestión principal (el venezolano) y, por tanto, el divorcio es válido y no habría derecho a la sucesión por parte de la ex esposa.

7. Al tratarse en este caso la cuestión previa de un reconocimiento de sentencia dictada en el país al que nos conduce la cuestión principal y no de una cuestión de ley aplicable, la opción para determinar si la ahora demandante es o no cónyuge si lo hiciéramos conforme al derecho español su tratamiento variaría en función de la hipótesis de partida:

a) Para el supuesto en el que ninguno de los cónyuges sea ya español es evidente que la sentencia de divorcio no necesita de inscripción alguna en el Registro y, por tanto, no es necesario el reconocimiento de la sentencia, ni tan siquiera el incidental si lo hubiera. De hecho, el Tribunal que está conociendo de la sucesión, y ante el que se le presenta la sentencia de divorcio como prueba, habría de limitarse a comprobar que se dan los requisitos de los documentos públicos extranjeros (art. 323 LEC).

b) Ahora bien, la cuestión se complica si la ahora demandante conserva la nacionalidad española (junto con la nacionalidad argentina que sí ostenta). En este supuesto sería necesaria la inscripción de la sentencia de divorcio previo reconocimiento de la misma, que podría no otorgarse si, como afirma la demandante, se hubiera dictado en rebeldía.

8. El alejamiento del supuesto con el foro obliga a dar otra solución basada en la aplicación del ordenamiento extranjero para resolver la totalidad de la cuestión. Pues, si bien en el momento de la celebración del matrimonio (1952) ambos eran españoles y el matrimonio se celebró en España y no existía ningún elemento de internacionalidad, con el paso del tiempo sus contactos con el ordenamiento español se limitan a determinados inmuebles situados en nuestro país (y quizá a la doble nacionalidad de la demandante).

Repárese pues que un problema en principio nacional (cónyuges españoles, celebración del matrimonio en España, etc.) se transforma en internacional (cambio de nacionalidad del marido y de la esposa, residencia de ambos fuera de España, testamento en el extranjero). Como ya hemos dicho, la cuestión previa gira en torno a la validez o no de una situación jurídica ya creada por el ordenamiento material aplicable que, conforme a lo previsto en la norma de conflicto, resuelve la cuestión principal. Esta última solución es la que aplica la sentencia en instancia respecto a la condición de casada de la demandante al disponer: «porque la norma de conflicto remite a la ley venezolana y conforme a ella el divorcio del causante es totalmente válido» (sobre esta situación en concreto vide PICONE, P., «La méthode de la référence à l'ordre compétent», *R. des C.*, t. 197, 1986-II, pp. 303-312).

9. La sentencia en apelación otorga al tema del divorcio venezolano un tratamiento diferente al resuelto en instancia. Así, a pesar del reconocimiento de la competencia de la ley

venezolana, al afirmar que «no ha acreditado que conforme a la ley venezolana se le hubiese privado de derecho sucesorio alguno», desestima la pretensión de la demandante en base al Derecho español ya que considera que pierde todo derecho a la herencia por el largo tiempo transcurrido sin convivencia en interpretación del artículo 834 del CC. En definitiva lo cierto es que el órgano juzgador a lo largo de su pronunciamiento no aborda el tema de la sentencia de divorcio venezolana.

Ana Paloma ABARCA JUNCO  
Mónica HERRANZ BALLESTEROS

### III. DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

#### 1. *Quiebra*

2006-18-Pr

**INSOLVENCIA COMUNITARIA.—Reconocimiento y ejecución de una resolución judicial inglesa por la que se declara la insolvencia del deudor así como la designación de un administrador de la misma. Aplicación de los artículos 16 y 25 del Reglamento 1346/2000.**

Preceptos aplicados: Artículos 2, 3, 11, 16, 17, 24 y 25 del Reglamento 1346/2000; artículos. 38-58 del Reglamento 44/2001.

[Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, núm. 1. Núm. 142/2005, 2 de septiembre.]

F.: Aranzadi (*Westlaw*), AC 2005/1250.

**Nota:** 1. La resolución que se comenta tiene como origen la solicitud del reconocimiento y la ejecución de varias decisiones judiciales dictadas por los Tribunales ingleses: una relativa a la declaración de quiebra, otra que designa al administrador del concurso y, por último, la que se refiere al reconocimiento de deuda por parte del quebrado. El solicitante de exequátur invoca la aplicación del Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (*DOCE* núm. 160, 30 de junio de 2000 e *ibid.* núm. L 176, 5 julio 2002) al tratarse, entiende, de un «procedimiento de insolvencia comunitario». Aplicación que, en su caso, se vería reforzada por lo establecido por el artículo 199 de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal (*BOE*, 10 julio 2003).

2. El punto de partida del sistema de reconocimiento del Reglamento de insolvencia es el reconocimiento automático de las resoluciones, judiciales o no, dictadas al amparo del mismo y, por tanto, sólo se reconocerán y ejecutarán conforme a él aquéllas que hayan utilizado como criterio de competencia el previsto en su artículo 3: el centro de intereses principal del deudor. De cumplirse este requisito serán de aplicación el artículo 16 para la declaración de insolvencia y el artículo 25 para el resto de resoluciones. Este último remite a los artículos 31 a 51 del Convenio de Bruselas (que deben entenderse sustituidos por los arts. 38 a 58 del Reglamento 44/2001, conforme a lo establecido en el art. 68 de este texto, si bien en el presente Auto no se hace la mención «ajustada» de los citados preceptos) que establecen las condiciones para la ejecución (declaración de ejecutabilidad) de las resoluciones.

Dicha remisión, sin embargo, excluye la aplicación de las excepciones para el reconocimiento y la ejecución (art. 34. pfo. 2.º del Convenio de Bruselas y art. 45.1.º del Reglamen-

to 44/2001), es decir, las causas previstas en los artículos 27 y 28 del Convenio de Bruselas y 34 y 35 del Reglamento 44/2001. Así, se establece como única excepción al reconocimiento y la ejecución es la prevista en el artículo 26 del Reglamento de insolvencia: que la resolución extranjera sea contraria al orden público del Estado miembro de destino de la misma.

Todo ello conduce a que el Juez español deba limitar su labor fiscalizadora a comprobar que la petición de reconocimiento y ejecución se haya presentado ante el órgano judicial pertinente, conforme a lo previsto en el Anejo II del Reglamento 44/2001, comprobar que concurren los presupuestos de aplicación del Reglamento (materia, tiempo y espacio) y, finalmente, aplicar las normas para dar eficacia a la resolución inglesa.

3. Verificada la primera condición procede examinar el resto. Primeramente, el Tribunal español comprobó que el órgano que dictó la resolución es o no un órgano judicial o asimilado conforme a lo previsto en el artículo 2 del Reglamento. La duda surgió porque en la petición se hacía mención del «Registro del Distrito de Manchester». No obstante, ésta se disipa al entender que éste se encuentra incluido en las previsiones del apartado d) del artículo 2 del Reglamento.

En segundo lugar, se verifica que el objeto del litigio se encuadra en el ámbito material del Reglamento. La conclusión a la que se llega es que, en efecto, se trata de un procedimiento para la declaración de insolvencia. Sin más comprobaciones se considera aplicable el Reglamento a la resolución proveniente de Inglaterra y se acepta el reconocimiento y ejecución en territorio español.

Sin embargo, el Tribunal español obvió la comprobación de que temporal y espacialmente fuese aplicable el Reglamento al presente supuesto. Para valorar convenientemente las cuestiones no afrontadas es preciso analizar algunas de las resoluciones dictadas por los Tribunales ingleses en este asunto en las que se aportan datos reveladores. Así, destacaremos la Sentencia de la *Court of Appeal (Civ. Division)* de 20 de julio de 2004, Asunto *Rio Properties Inc. v. Gibson Dunn & Crutcher and other* y la Sentencia de la *High Court of Justice Chancery Division*, de 7 de diciembre de 2005, Asunto *Buchler v. Al Midani* [ambas en *Westlaw internacional*, 2004 WL 1476784 (CA Civ Div) y 2005 WL 3734079 (Ch D), respectivamente].

4. Del asunto que dio origen a la resolución que comentamos podemos destacar que el procedimiento para la declaración de insolvencia se promueve por un casino situado en Nevada (Estados Unidos) y otros situados en otras partes del mundo. El primero reclama el pago de una deuda que asciende a unos 1,8 millones de dólares. El total reclamado asciende, aproximadamente, a 10 millones de dólares.

Los acreedores acuden a los Tribunales ingleses para que se adopten las medidas oportunas con el fin de que no se dilapiden ciertos bienes situados en Inglaterra y que podrían ser de titularidad del deudor. Por ello presentan en diciembre de 2001 una petición para la declaración de insolvencia así como para el nombramiento, con carácter de urgencia, de un administrador provisional. Se refuerza la situación de riesgo que justificaría esta medida con el hecho de que el deudor es uno de los herederos de una importante fortuna que, en el momento de iniciarse el procedimiento de declaración de quiebra estaba pendiente la asignación de cuotas, a causa de las dificultades encontradas para elaborar el inventario de los bienes de la sucesión (véase la Sentencia *Queen's Bench Division (Commercial Court)* de 22 de febrero de 1999, *Lloyd's Reports*, 1999-1, pp. 923 y ss., en el Asunto *Al Midani and others v. Al Midani and others*). Dicha dificultad obligó a que en el procedimiento de quiebra se solicitase, además, una «disclosure» para consultar los archivos familiares así como para tomar declaración a testigos con el fin de determinar qué bienes pertenecían o podrían ser asignados al quebrado y poder así ejecutar las resoluciones sobre la quiebra.

5. A pesar de la urgencia de la petición, el nombramiento del administrador provisional no se lleva a cabo hasta julio de 2002. Se abre aquí una interrogante: ¿el procedimiento que nos

ocupa entraría dentro del ámbito temporal y espacial del reglamento 1346/2000? Y, en tal caso, ¿qué criterio de competencia se utilizó por los Tribunales ingleses?

Por lo que respecta a la primera cuestión, según se menciona en la sentencia de 2004, la petición para la declaración de insolvencia se presenta en diciembre de 2001, pero los Tribunales ingleses no adoptan ninguna decisión hasta julio de 2002. Según establece el artículo 43 del Reglamento éste se aplicará «únicamente a los procedimientos de insolvencia que se abran con posterioridad a su entrada en vigor», es decir, a partir del 31 de mayo de 2002. Para determinar el momento de apertura del procedimiento debemos considerar el artículo 2.f) del mismo texto en el que se indica que la apertura del procedimiento se concreta en el «momento en el cual la decisión de apertura produce efectos».

Según se ha interpretado recientemente por el Tribunal de Justicia, el artículo 43 debe interpretarse «en el sentido de que se aplica si antes de su entrada en vigor, el 31 de mayo de 2002, no se ha dictado ninguna resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, aunque la presentación de la solicitud de apertura sea anterior a esa fecha» (Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-1/04, de 17 de enero de 2006, en el procedimiento *Susanne Staubitz-Schreiber*, § 21). De lo anterior podemos concluir que en el presente caso sería de aplicación el Reglamento.

6. En relación con el ámbito espacial, la «conexión comunitaria» se establece por la existencia en la Comunidad de un centro de intereses principal del deudor (art. 3), entendido éste como el «lugar donde el deudor ejerce de modo habitual, y, por tanto, reconocible por terceros, la administración de sus intereses» [Informe del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995, elaborado por M. VIRGÓS y E. SCHMIT (en adelante, Informe Virgós/Schmit), § 75]. Por tanto, el Reglamento sólo se aplica respecto de los deudores domiciliados en la Unión. Así, el domicilio/establecimiento del deudor en la Comunidad no sólo define el ámbito de aplicación espacial sino que también se erige como la regla que determina competencia única de los Tribunales del Estado donde aquél se encuentre. En otro caso, para los no domiciliados, se estará, en su caso, a lo dispuesto por las normas nacionales (arts. 10-11 y 200 de la Ley Concursal).

En el presente asunto, de las sentencias mencionadas, podemos concluir que el deudor está domiciliado en un tercer Estado y que carece de actividad económica alguna en la Comunidad (en este caso, en Inglaterra). De todas las circunstancias descritas cabe concluir que fue la petición de la adopción de una medida de urgencia inicial para que se designase un administrador provisional de los bienes situados en Inglaterra lo que, finalmente, justificó la competencia de los Tribunales ingleses para decidir sobre la insolvencia. En efecto, los Tribunales ingleses se consideran competentes para designar un administrador provisional de bienes situados en Inglaterra de un deudor frente al que sus acreedores han planteado un procedimiento de insolvencia. Entienden que existe competencia conforme a la regla de la «inherent jurisdiction» justificada por «the particular circumstances of the instant case» (Sentencia de 2004, § 7) conforme a lo previsto en la Sección 37 (1) de la *Supreme Court Act* de 1981 y a las secciones 285 a 287 de la *Insolvency Act* de 1986, secciones 285 a 287 (texto que puede consultarse en [www.insolvencyhelpline.co.uk/insolvency-act/p09c2x.htm](http://www.insolvencyhelpline.co.uk/insolvency-act/p09c2x.htm)). Posteriormente, el Tribunal «extiende» su competencia también al nombramiento del administrador definitivo y a la declaración de insolvencia.

De todo lo anterior, cabe afirmar que las resoluciones fueron adoptadas conforme a la legislación interna inglesa porque no sería de aplicación el Reglamento a falta de la «conexión comunitaria». En tal caso, el procedimiento de insolvencia dictado al amparo de las normas nacionales no podría beneficiarse de las reglas de reconocimiento y ejecución previstas en los artículos 16 y 25 del Reglamento (Informe Virgós/Schmit, § 145).

8. Si no es aplicable el Reglamento ¿qué otras normas podría haber utilizado el Juez español para dar eficacia a la resolución inglesa? Según establece el artículo 220 de la Ley

Concursal se reconocerán las resoluciones extranjeras relativas a un procedimiento principal de insolvencia que hayan sido adoptadas por los Tribunales del Estado donde el deudor tenga su centro de intereses principales» (art. 220.2.º1). Como hemos indicado anteriormente, no es éste el criterio utilizado. En tal caso, tampoco parece aplicable el régimen de reconocimiento y ejecución previsto por nuestra Ley Concursal. Entonces ¿qué otras opciones habría? Descartada la aplicación de las reglas específica en materia de insolvencia sólo quedaría el régimen común previsto en los artículos 952 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil (en este mismo sentido, véanse el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única), de 17 de junio de 2003; 31 de julio de 2003 y el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1.ª), de 28 de diciembre, todos ellos pueden consultarse en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

9. Por último, quisiéramos hacer referencia al reconocimiento de la figura del fideicomisario como titular registral.

El Juzgado malagueño realiza una labor de «asimilación» de esta figura a situaciones previstas en las normas españolas. Concluye que puesto que nuestro ordenamiento admite la posibilidad de la sucesión fideicomisaria, el fideicomisario, actúe en el supuesto que sea, no infringe nuestro orden público y, por tanto, puede actuar con plenos efectos.

La duda que nos surge es si la cuestión del fideicomisario fue correctamente planteada. Como sabemos en el procedimiento de insolvencia inglés se designa un síndico que puede tener denominaciones diversas, entre ellas la de «trustee». En el Anejo C del Reglamento de insolvencia se nos indica que éste tendrá la consideración «equivalente» del síndico en la quiebra. Si tal circunstancia no se tiene en cuenta y se hace una traducción literal del término indicado el resultado es que en lugar de indicarse la inscripción del administrador de la quiebra en el registro para que éste pueda, en su caso, actuar sobre los bienes del quebrado, se haga referencia al «fideicomisario» con una cierta nota de exotismo.

10. A modo de conclusión, conviene indicar lo «paradójico» del caso que nos ocupa. Por una parte, si valorásemos exclusivamente el Auto por el que se reconoce y se procede a la ejecución de las sentencias inglesas, deberíamos calificar la actuación del Tribunal español como acertada en el modo de aplicar los artículos 16 y 25 del Reglamento comunitario.

Si, por el contrario, el análisis se realiza a partir de la reconstrucción de toda la tramitación del asunto que comentamos, la conclusión a la llegamos es que el Juez español no actuó convenientemente al no verificar la existencia de «conexión comunitaria» y, finalmente, utilizar una norma inaplicable al asunto que se le planteó.

María Jesús ELVIRA BENAYAS

2006-19-Pr

**CONCURSO INTERNACIONAL.–Competencia judicial internacional. Normativa aplicable: ley concursal. Centro de intereses principales: presunción del domicilio social y desvirtuación de ésta.**

Preceptos aplicados: artículo 10 LC.

**[Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 1 de diciembre de 2005. Ponente: Sra. D.ª Carmen María Simón Rodríguez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), AC 2006/108.

REDI, vol. LVIII (2006), 1

**Nota:** 1. Comienzan a llegar a los Tribunales españoles los primeros asuntos relativos a la insolvencia transfronteriza. Los órganos jurisdiccionales españoles deben enfrentarse, al igual que ocurre en otros Estados miembros de la Comunidad Europea, a la noción de «centro de intereses principales» del deudor. El auto objeto de esta nota ofrece un interesante supuesto en el que existe una dispersión de los elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar dónde se localiza el centro de intereses principales de una sociedad que pretende ser declarada en concurso en España. Es precisamente esta dispersión la que lleva a la Audiencia de Las Palmas a declararse incompetente, al entender que la presunción del domicilio social debe ceder a favor del centro de intereses principales de la deudora (v. *infra* 3). Esta negativa a asumir la competencia por la Audiencia está razonablemente motivada y el auto no merecería tal vez ulteriores comentarios si no fuera porque fundamenta la (in)competencia de los órganos jurisdiccionales españoles con base en la Ley Concursal (LC) en lugar de las disposiciones del Reglamento comunitario de insolvencia, 1346/2000 (RI) (v. *infra* 2). La errónea asunción de base legal no sólo es reprochable por el desconocimiento de las normas vigentes sino por las consecuencias que se derivan de una incorrecta aplicación de las normas a efectos del reconocimiento de la decisión española en el extranjero y, en particular, de un potencial conflicto negativo de competencias como el que puede generar este caso (v. *infra* 4).

2. En el asunto planteado ante la Audiencia Provincial de Las Palmas se recurre el auto del Juzgado de lo Mercantil por el que éste se declara incompetente para conocer del concurso frente a *Sissy Verzendhuis S. L.*, sociedad con domicilio social en Puerto del Rosario, Las Palmas. En este auto se había considerado que la deudora carecía de centro de intereses principales en esa localidad, por lo tanto en España, y, en aplicación de la normativa española sobre concurso internacional, *i. e.* la LC en su artículo 10, debía declararse incompetente. El auto de la Audiencia confirma punto por punto el razonamiento del Juez de lo Mercantil. Resulta llamativo que la Audiencia no haya corregido el auto apelado por error en la normativa aplicable. En efecto, si el centro de intereses principales del deudor se localiza en España, estamos en territorio comunitario y, por tanto, no es aplicable la normativa española (LC) sino la comunitaria. Así resulta claramente de la disposición del artículo 199 LC, que abre el título dedicado a las reglas de Derecho concursal internacional en la norma española y que debe extenderse también a las reglas de competencia judicial internacional, ubicadas fuera de dicho título. Pero incluso si no existiera dicha disposición, y aunque las partes no invoquen el Reglamento, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están obligados a aplicarlo. En otros términos, si el centro de intereses principales del deudor se localiza en territorio comunitario, la normativa estatal ‘cede’ su aplicación a favor de la normativa comunitaria: no hay posibilidad de abrir un procedimiento principal en España conforme al artículo 10 LC (o dicho de otra manera, cuando se localice en España el centro de intereses principales del deudor, sólo se podrá abrir un procedimiento de insolvencia universal con base en el artículo 3 del RI). E igualmente se sigue de lo anterior que la declaración de incompetencia porque el centro de intereses principales se localiza en otro Estado miembro tampoco puede derivar de la LC, sino necesariamente del RI.

El hecho de que la norma española se haya elaborado a la luz de la comunitaria y que los criterios de determinación de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales sean los mismos que en el RI podría suscitar un juicio más benevolente sobre la «confusión» de la Audiencia. Pero esta es una falsa impresión: errar en el fundamento normativo de la competencia internacional tiene consecuencias de alcance a los efectos del reconocimiento de la decisión: si se trata de una decisión basada en el RI, el reconocimiento es automático en todos los demás Estados miembros de la Comunidad, no así si el título que fundamenta la (in)competencia de los Tribunales españoles es la LC. En otros términos, cuando un Tribunal comunitario, en nuestro caso, el español, se declara incompetente, los demás Estados reconocen inmediatamente (cfr. art. 16 RI) esa decisión, aceptando que el centro de intereses principales del deudor no está en ese Estado miembro. La decisión del órgano español acerca de su competencia

determina la competencia de los demás Tribunales del espacio judicial europeo. Pero una decisión dictada conforme a la LC no goza del beneficio del reconocimiento automático en los demás Estados miembros. Y en este sentido sí es grave que la Audiencia declare su incompetencia conforme a la LC, en un procedimiento que no puede reconocerse en los demás Estados comunitarios conforme a las reglas del RI. No podemos menos que lamentar el desconocimiento de unas reglas que están vigentes desde hace ya casi cuatro años, así como de la abundante bibliografía que ha explicado la correcta relación entre LC y RI durante este período. Vide en este sentido, VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F. J. «Artículo 10», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (eds.) *Comentario de la ley concursal*, Civitas, 2004, pp. 319 y ss., p. 325; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Las normas de DIPr de la Ley Concursal: algunas pautas para un correcto entendimiento», *Rev. Jur. Cat.* 2004, pp. 301-323; RODRÍGUEZ PINEAU, E., «El Derecho concursal internacional español: unidad en la pluralidad», *Bol. ICAM*, vol. 32, 2005, pp. 120-148; CALVO CARAVACA, A. L., *Derecho concursal internacional*, 2004, pp. 205 y ss., etc.

3. Sentado el error de la Audiencia en cuanto a la base legal aplicable, podemos pasar a analizar la interpretación de la concreta regla que confiere la competencia judicial internacional, es decir, el centro de intereses principales del deudor, entendido como el lugar donde se adoptan las decisiones administrativas y que puede ser reconocido como tal por terceros (cfr. considerando 13 del RI), o en términos más gráficos, el cerebro de la empresa. Este es el criterio que instauró el RI en su artículo 3, con una presunción para las personas jurídicas conforme a la cual, debe entenderse que dicho centro se localiza en el domicilio social de la deudora. Ahora bien, esta presunción puede desvirtuarse si se prueba que no es éste el lugar en el que se está gestionando realmente la empresa. Idéntico criterio adopta el legislador español en el artículo 10 LC, que establece la presunción del domicilio social así como la posibilidad de desvirtuarla. Se verifica así la ya referida concurrencia entre los criterios adoptados por el legislador español, siguiendo de manera estrecha el marco fijado con anterioridad por el Reglamento comunitario. A primera vista, y salvando la errónea elección de base legal, el desarrollo argumental de la Audiencia en este punto resulta correcto, pues se articula en torno a la doble pauta de la concreción de la regla del centro de intereses principales y la desvirtuación de la presunción para los deudores personas jurídicas.

Buena parte de las decisiones que se están produciendo en los países comunitarios en aplicación del RI tienen como punto esencial de discusión la localización del centro de intereses principales del deudor. Ciertamente cuanto más compleja es la estructura empresarial del deudor más posibilidades hay de que exista realmente una divergencia entre el domicilio social y el lugar desde donde se administra la sociedad (así se ha verificado en los grandes asuntos que involucran a grupos de sociedades, como *Parmalat* o *Rover*). Al contrario, cuanto más sencilla es la estructura empresarial del deudor, más difícil resulta desvirtuar la presunción. En cualquier caso, la presunción se impone *salvo que de manera evidente* pueda resultar desplazada por otros elementos. En otros términos, si éstos no son suficientemente contundentes, debe prevalecer la presunción, aunque pueda existir la tentación de «revisarla». La jurisprudencia del TJCE al interpretar el artículo 3 RI en el asunto *Eurofood* (C-341/04 de 2 de mayo de 2006), ha dejado claro este criterio: «al determinar el centro de intereses principales de una sociedad deudora, la presunción *ius tantom* que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social» (FJ 1.<sup>o</sup>). En este sentido, la presencia de intereses de la deudora distribuidos por distintos Estados miembros puede hacer pensar en un primer momento en la necesidad de corregir la presunción, pero esta corrección sólo será razonable desde el punto de vista del artículo 3 RI cuando permita identificar con claridad *un* lugar en el que se localiza el centro de intereses principales. En caso contrario, debe prevalecer la regla del domicilio social.

Pues bien, en el caso planteado ante la Audiencia de Las Palmas, el análisis de los hechos permite asegurar al órgano jurisdiccional que existe esa distribución de elementos por varios Estados miembros: España, donde se localiza el domicilio social, Alemania, donde la deudora tiene sus intereses económicos y donde dispone de los activos patrimoniales, y Bélgica, donde se contrata la publicidad y suministro de catálogos de la empresa y donde tiene su residencia habitual la administradora. Resulta curioso observar cómo la Audiencia valora estos elementos, considerando la primacía de los intereses económicos como reflejo de la administración de los intereses de la empresa y dejando abierta la posibilidad de que, en segundo lugar, sea Bélgica el país donde se localice el centro de intereses principales de la deudora. La Audiencia estima que estos elementos permiten desvirtuar la presunción y que son significativamente más relevantes que la situación del domicilio en España. Ciertamente, en este caso la conexión con el domicilio social parece la más débil y, en consecuencia, debería ceder, dejando inaplicada la presunción para volver a las reglas generales de identificación del centro de intereses principales. Ahora bien, lo que no queda tan claro en el razonamiento de la Audiencia es dónde se localiza *el* centro de intereses principales de la deudora. Es decir, se descarta que dicho centro (*i. e.* el que puede identificarse por terceros como aquel en el que se lleva a cabo la administración de la empresa) esté en España, pero no se decanta claramente por otro Estado. Y tan importante a efectos de la asunción de competencia es desvirtuar la presunción del artículo 3 como la identificación del *único* centro de intereses principales del deudor. Podrá argüirse que para declararse incompetente basta con la constatación de que dicho centro de intereses no se localiza en España, pero cierto es que lo que decida el órgano español trasciende la jurisdicción española.

4. En efecto, al plantearse esta dispersión de centros de intereses principales, la Audiencia puede estar favoreciendo un conflicto negativo de competencias dentro de territorio comunitario. Si la Audiencia se declara incompetente al considerar que la presunción resulta desvirtuada, y la deudora decidiera plantear la solicitud de apertura del procedimiento ante los Tribunales alemanes o belgas, éstos podrían valorar que los elementos identificados por la Audiencia no constituyen base suficiente para abrir el procedimiento en su territorio, generando entonces un conflicto negativo de competencias dentro del territorio comunitario. Cierto es que la hipótesis debería ser reducida en la medida en que el segundo y tercer Tribunal deberían tener en cuenta lo que ya han decidido otros Tribunales de Estados comunitarios, evitando en lo posible que un supuesto claro de insolvencia comunitaria quede sin decidir conforme a las reglas del RI (cfr. VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F. J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, p. 60). En este sentido, el hecho de que la Audiencia se haya declarado incompetente en virtud de la LC introduce un factor de distorsión en el supuesto pues, como se indicó *supra*, la decisión española no debería gozar de reconocimiento (ni siquiera a estos efectos) en el resto de los Estados miembros y ello, *a pesar de que nos hallamos claramente ante un supuesto de concurso comunitario*. En este contexto se aprecia con mayor claridad, si cabe, la importancia de la base legal sobre la que se asume la competencia dentro de la Comunidad. Sólo cabe esperar que los Tribunales alemanes o belgas valoren de manera similar los elementos planteados ante los órganos jurisdiccionales españoles para evitar el conflicto negativo.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU

2006-20-Pr

**DERECHO CONCURSAL INTERNACIONAL.—Reglamento núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. Ámbito de aplicación temporal. Traslado del centro de los**

**intereses principales del deudor después de presentada la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia.**

Preceptos aplicados: artículos 1.1, 2, 3, 4.1, 16.1, 17.1, 38, 43, 44, 47 Reglamento núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

**[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de enero de 2006, As. C-1/04, Susanne Staubitz-Schreiber. Ponente: Excmo. Sr. D. J. P. Puissechet.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), TJCE 2006/19.

**Nota:** 1. La aplicación del Reglamento núm. 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante, RI), se está caracterizando por los conflictos positivos de jurisdicción que genera la interpretación del concepto «centro de los intereses principales del deudor», concepto que sirve como foro de competencia judicial internacional para la apertura de un concurso universal. No ha de extrañar, entonces, que las primeras sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) tengan por objeto esta cuestión (SSTJCE 17 de enero de 2006, As. C-1/04, *Staubitz-Schreiber*; 2 de mayo de 2006, As. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*). La primera de estas decisiones es importante, por cuanto fija, al menos, el momento temporal al que ha de atenderse en la comprobación de la competencia judicial internacional. En el supuesto, Susanne Staubitz-Schreiber, quien regentaba un comercio de apartados de telecomunicaciones y accesorios en Alemania, presenta solicitud de apertura del concurso el 6 de diciembre de 2001 en Wuppertal (Alemania). La petición se deniega por auto de 10 de abril de 2002, al entender el Tribunal de instancia que la deudora carece de activos suficientes para que se pueda autorizar el procedimiento de saneamiento solicitado (*Rechtschuldbefreiung*). La deudora recurre el auto, pero sin éxito, argumentando las siguientes resoluciones, de 14 de agosto de 2002 y de 15 de octubre de 2003, que su centro de intereses principales ya no se localiza en Alemania, sino en España, al haber trasladado allí su residencia desde el 1 de abril de 2002. La deudora llega al Tribunal Supremo alemán y éste decide preguntar al TJCE por su competencia, es decir, si sigue siendo competente para comenzar el procedimiento de insolvencia el Tribunal del Estado miembro al que se haya dirigido la solicitud de apertura, cuando el deudor traslada el centro de sus intereses principales al territorio de otro Estado miembro después de haber presentado la solicitud, pero antes de la iniciación del procedimiento o, en ese caso, si la competencia se transfiere al Tribunal de otro Estado miembro (2). Antes de dar respuesta a la cuestión planteada, el TJCE debe resolver sobre el ámbito de aplicación temporal del RI, por cuanto la solicitud de apertura fue presentada antes de su entrada en vigor, el 31 de mayo de 2002. Sin embargo, por lo que se dirá a continuación, parece más lógico decidir sobre la cuestión prejudicial y luego sobre la aplicabilidad del RI (3).

2. Los términos en los que se plantea la cuestión prejudicial tienen su lógica, ya que el RI carece de reglas de litispendencia. Sólo establece una regla de prioridad, presuponiendo que es suficiente para solventar los conflictos positivos de jurisdicción. Esta regla, confirmada por el TJCE (vide STJCE 2 de mayo de 2006, As. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, punto 43), se construye sobre la base del reconocimiento automático de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia (arts. 16 y 17 RI): en el momento en que un Tribunal de un Estado miembro decida la apertura de un concurso universal, los demás habrán de abstenerse y, en su caso, proceder a cerrar las actuaciones que tuvieren pendientes [sobre el funcionamiento de esta regla, vide Informe sobre el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995, firmado por M. VIRGÓS y E. SCHMIT, marg. 79; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho concursal internacional*, Madrid, 2004, pp. 94-95; DE CESARI, P., «Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni

nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2003, pp. 55-84, pp. 64-65; DUURSMAN, D.; DUURSMAN-KEPPLINGER, H. C., «Gegensteuerungsmaßnahmen bei ungerechtfertigter Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO», *DZWIR*, 2003, pp. 447-452, pp. 447-450; HERCHEN, A., «International-insolvenzrechtliche Kompetenzkonflikte in der Europäischen Gemeinschaft», *ZinsO*, 2004, pp. 61-66, pp. 63-64; *id.*, «Das Prioritätsprinzip im internationalen Insolvenzrecht», *ZIP*, 2005, pp. 1402-1406; MOSS, G., FLETCHER, I. e ISAACS, S. (Eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2002, p. 75; PAULUS, Ch. G., «Zuständigkeitsfragen nach der Europäischen Insolvenzverordnung», *ZIP*, 2003, pp. 1725-1729, pp. 1726-1728; SMID, S., «Vier Entscheidungen englischer und deutscher Gerichte zur europäischen internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Hauptinsolvenzverfahren», *DZWIR*, 2003, pp. 397-404, pp. 400-402; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, 2003, pp. 50-51, 59]. La lógica del sistema pivota, en consecuencia, sobre la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, que el artículo 2.e) RI define como, «en relación con la apertura de un procedimiento de insolvencia o el nombramiento de un síndico, la decisión de cualquier Tribunal competente para abrir un procedimiento o para nombrar un síndico», precisando además como «momento de apertura del procedimiento» «el momento a partir del cual la decisión de apertura produzca efectos, independientemente de que la decisión sea o no definitiva» [art. 2.f) RI].

Sin embargo, para llegar a la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, es preciso que se enjuicie, además de la propia competencia, si concurren los requisitos de apertura del procedimiento dispuestos por la ley concursal aplicable, esto es, si el deudor es sujeto concursal, presupuesto subjetivo, y si existe situación de insolvencia, presupuesto objetivo. Hay, por tanto, un período previo a la apertura del procedimiento de insolvencia y que podríamos denominar «fase de preapertura», en el cual no hay, obviamente, resolución de apertura y, en consecuencia, puede haber Tribunales concurrentes. Esta concurrencia es factible en tanto que el centro de intereses principales del deudor es un concepto fáctico, que exige un análisis de las circunstancias del caso, y que puede dar lugar a conflictos de jurisdicción, positivos y negativos. Para solventar este peligro, la mejor solución apunta al desarrollo de reglas de litispendencia. El diseño de un foro exclusivo de competencia judicial internacional para la apertura de un concurso universal responde a un modelo de insolvencia transfronteriza fundado en los principios de unidad y universalidad (sobre los distintos modelos y sus razones, vide extensamente, ESPLUGUES MOTA, C., *La quiebra internacional*, Barcelona, 1993, *pássim*), que, finalmente, no se plasma en el RI, al permitirse la posibilidad de abrir procedimientos territoriales. Pero sí lo hace en alguna medida, al establecerse un foro exclusivo para el concurso universal, que tiene en cuenta la ineficiencia generada por la división del patrimonio de un único deudor. En estas circunstancias, no arbitrar una regla de coordinación de Tribunales durante la fase de preapertura implica que dos o más Tribunales pueden estar decidiendo sobre la declaración de insolvencia de un mismo deudor, lo que, además, suele conllevar la adopción de medidas cautelares; en consecuencia, se multiplican los costes procesales y se resta eficiencia a los objetivos concursales.

La litispendencia funciona tanto *ad intra* como *ad extra*, esto es, consiste en la fijación temporal de los elementos esenciales del litigio para que la dilación implícita al proceso no conlleve un perjuicio a quien tiene que acudir al proceso para que se le reconozca su derecho, por ejemplo, abriendo otro proceso sobre lo mismo. Concretamente, en lo que atañe al concurso de Susanne Staubitz-Schreiber, el problema que se plantea concierne a la *perpetuatio iurisdictionis* [vide CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, 2005, pp. 80-81, nota 139; MANKOWSKI, P., «Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2003/2004 (Teil 2)», *RIW*, 2004, pp. 587-602, p. 599; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, 2003, p.

57]: el Tribunal ha de decidir sobre su competencia judicial internacional atendiendo a las circunstancias fácticas existentes en el momento en el que se plantea la demanda; en otro caso, atender a circunstancias posteriores, «obligaría a los acreedores a perseguir en cada momento al deudor allí donde tuviera a bien establecerse con carácter más o menos definitivo y, en la práctica, podría traducirse a menudo en una prolongación del procedimiento» (vide STJCE 17.1.2006, punto 26. En general, sobre la *perpetuatio iurisdictionis*, MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, Barcelona, 1999, pp. 207-224). Atender al traslado del centro de intereses principales tras la presentación de la solicitud de apertura del concurso conlleva tolerar el *forum shopping*, lo cual es radicalmente contrario a los objetivos del RI, dictado, precisamente, para combatirlo (vide Considerando 4 RI y STJCE 17 de enero de 2006, punto 25). Por todo ello, el TJCE concluye que ha de atenderse al momento de presentación de la solicitud para determinar dónde se localiza el centro de los intereses principales del deudor (vide STJCE 17 de enero de 2006, punto 29).

En la sentencia comentada se pone el acento en que esta interpretación busca evitar el *forum shopping*, pero evita referirse a la litispendencia. Dado que el concurso se considera en muchos ordenamientos jurídicos un proceso de ejecución colectiva, la litispendencia se presenta, en principio, como innecesaria, ya que la ejecución procesal se caracteriza, precisamente, porque allí no funciona la litispendencia. Ahora bien, desde el momento en que se articula un foro exclusivo de competencia, una regla de litispendencia revela su utilidad (vide desarrollando esta idea, CARBALLO PIÑEIRO, L., Traslado del centro de los intereses principales y protección de acreedores», *ADCo.*, núm. 9, 2006, en prensa). Lo cierto es que no lo entiende así el TJCE que, si bien acepta la *perpetuatio iurisdictionis*, no consagra la litispendencia *ad extra*: en la sentencia dictada tras la que aquí se comenta se trataba, justamente, esta cuestión, ya que dos Tribunales estaban conociendo del concurso universal sobre una filial de *Parmalat, Eurofood*, con sede en Irlanda. Se presenta la solicitud de apertura del concurso en Dublín el 27 de enero de 2004, donde se procede al nombramiento de un síndico provisional, y, el 19 de febrero de 2004, el Tribunal Civil y Penal de Parma, donde se lleva la insolvencia de la sociedad matriz, dicta resolución de apertura de concurso universal sobre *Eurofood* [*I.L.Pr.*, 2004, pp. 273-279. También [www.rws-verlag.de](http://www.rws-verlag.de). Vide el comentario de ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Los procedimientos de insolvencia y los grupos multinacionales: reflexiones a la luz del caso *Parmalat*», *Actas del Congreso sobre La gestión del Riesgo financiero y la nueva Ley Concursal, organizado por la Asociación Española de Contables y Auditores celebrado en Oviedo los días 18 y 19 de noviembre de 2004* (CD-ROM, editado por AECA y Universidad de Oviedo); Resumen en *Revista AECA*, núm. 69, 2004, pp. 38-40, pássim, quien analiza la interpretación que allí se hace de «centro de intereses principales»]. Los Tribunales irlandeses se niegan a reconocer la decisión del Tribunal italiano y abren concurso en Irlanda, porque entienden que su procedimiento es prioritario [vide *High Court Dublín*, de 23.3.2004 ([www.bailii.org](http://www.bailii.org)), *Supreme Court* de Irlanda, 27 de julio de 2004 ([www.bailii.org](http://www.bailii.org))]. El TJCE asume este planteamiento y equipara la resolución irlandesa por la que se nombra síndico provisional a la resolución de apertura del procedimiento, ya que implica el desapoderamiento del deudor. Esta solución renuncia a la litispendencia, a la coordinación de autoridades, y se limita a jugar con la regla de prioridad, lo que implica, en realidad, eludir el problema a través de una solución puntual teniendo en cuenta una legislación concreta. Otro camino hubiera sido aplicar las reglas de litispendencia previstas en el Reglamento núm. 44/2001, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Sección 9.<sup>a</sup>, capítulo II), en tanto que este instrumento es susceptible de ser considerado Derecho supletorio al RI: el propio RI contiene una remisión expresa en su artículo 25 al Convenio de Bruselas de 1968, precedente del actual Reglamento, y el Informe Virgós/Schmit, apunta como vía para solucionar los conflictos positivos de jurisdicción que se tengan en cuenta «los principios generales de Derecho procesal válidos en todos los Estados contratantes. Entre dichos principios se encuen-

tran los derivados de otros convenios comunitarios, como el Convenio de Bruselas de 1968» (vide Informe VIRGÓS, M. y SCHMIT, E., marg. 79).

3. En la medida en que es indispensable para que se pueda dictar la resolución de apertura del procedimiento, la fase de enjuiciamiento previa también ha de calificarse de concursal y, por tanto, entra dentro del ámbito de aplicación material del RI. Aparte no hay otro camino, puesto que es en esa fase donde se ha de decidir qué Tribunal es competente (art. 3 RI) y conforme a qué ley se ha de decidir sobre la apertura del procedimiento (art. 4 RI). Concretamente, este último precepto señala expresamente que «la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia determinará las condiciones de apertura... del procedimiento de insolvencia» y, en particular, «a) los deudores que puedan ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de tales» (art. 4.2 RI), a lo que se añade la posibilidad de adoptar «cualquier medida de conservación o protección sobre los bienes del deudor situados en otro Estado miembro, prevista por la Ley de dicho Estado para el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la resolución de apertura» (art. 38 RI. El subrayado es mío). Como se desprende de esta frase, así como de las disposiciones antes mencionadas, el propio RI reconoce la existencia de la fase preapertura y que también es aplicable a la misma. Siendo así, sorprende que el TJCE señale que el artículo 43 RI «debe interpretarse en el sentido de que se aplica (el RI) si antes de su entrada en vigor, el 31 de mayo de 2002, no se ha dictado ninguna resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, aunque la presentación de la solicitud sea anterior a esa fecha» (vide STJCE 17 de enero de 2006, punto 21). En la fase de enjuiciamiento sobre la apertura del procedimiento de insolvencia también han de aplicarse disposiciones del RI. Seguir lo indicado por el TJCE implica que el Tribunal que conoce debería hacer una prospección de futuro: si considerase que va a dictar la resolución antes del 31 de mayo de 2002, decidir sobre la apertura conforme al Derecho concursal autónomo; si creyese que la iba a dictar después, conforme al RI. Aunque la distancia en el tiempo ya ha prácticamente eliminado esta contradicción, cabe reseñar que el artículo 43 RI también hubiera debido ser interpretado tomando como referencia la fecha de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

2006-21-Pr

**INCOMPATIBILIDAD DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA EN EL ESPACIO EUROPEO.—Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.—Competencia para abrir un concurso principal. Momento de apertura del procedimiento de insolvencia. Ausencia del control de la competencia del Juez de origen en sede de reconocimiento. Vulneración de las garantías procesales: denegación de reconocimiento.**

Preceptos aplicados: artículos 2, 3, 16, 26, 29 y 38 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000.

[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de mayo de 2006 (Gran Sala). Asunto C-341/04, Eurofood IFSC Ltd. Ponente: Excmo. Sr. P. Jann.]

F.: <http://www.curia.eu.int>

**Nota:** 1. Aunque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpreta cuestiones relativas a la competencia judicial internacional para la apertura de un concurso principal, al momento de apertura de dicho procedimiento, y al reconocimiento de decisiones concursales en el marco del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, sobre

procedimientos de insolvencia (*DOCE* núm. L 160, 30-VI-00; corr. err., *ibídem* núm. L 176, 5 de julio de 2002), todas ellas se subsumen en un único problema. Éste no es otro que la pendencia de dos concursos incompatibles en distintos Estados, concretamente, sendos procedimientos de insolvencia sobre la sociedad *Eurofood*, uno de liquidación forzosa en Irlanda y otro de administración extraordinaria en Italia. Con la finalidad de dar orden y claridad a la Sentencia, debe partirse de las distintas situaciones que se pueden originar y que, de hecho, se originaron en este litigio: una única solicitud de concurso principal como situación «lógica» dada la exclusividad del foro, y ya como «anomalías», la pendencia de dos solicitudes incompatibles de concurso y la denegación del reconocimiento de una resolución de apertura del procedimiento si es inconciliable con una solicitud de concurso u otra resolución de apertura.

2. *Una única solicitud de concurso en Irlanda de 27 de enero de 2004.* En el espacio de justicia europeo sólo puede existir un único procedimiento principal, es decir, un concurso que afecta a los bienes del deudor dondequiera que se encuentren. En este sentido, el Tribunal de Justicia parte de que el concurso principal debe abrirse allí donde el deudor tiene su centro de intereses principales, presumiendo que éste se encuentra en el Estado del domicilio social (art. 3.1 Reg. Insolv.); pero también admite que hay excepciones a esta regla de base, respecto de las sociedades «fantasmas» cuya localización real no se corresponde con el Estado en el que se halla el domicilio social (FFJJ 34-35). La cuestión a determinar es si, en el presente caso, la sociedad *Eurofood* puede calificarse como fantasma, dada la divergencia en la calificación de los hechos: el Tribunal dublinés entiende que se trata de una sociedad con plena autonomía empresarial y que, por tanto, es exclusivamente competente al encontrarse el domicilio en Irlanda (vide la Resolución de la Corte Suprema de 27 de julio de 2004, *In Re Eurofood IFSC, Riv. dir. int. priv. proc.*, XLI, 2005, pp. 209-230), mientras que el órgano parmesano asume que *Eurofood* es una mera apariencia vacía y totalmente absorbida por la gestión de *Parmalat Spa* desde Italia, de modo que decae la presunción a favor del Estado del domicilio social (vide su Sentencia de 19 de febrero de 2004, texto en *I.L.Pr.* núm. 5, 2004, pp. 273-279). Atendiendo a la definición del centro de los intereses recogida en el Considerando 13 de la norma comunitaria, el Tribunal italiano no debía estimarse competente, pues no se observaba ninguna circunstancia suficiente para destruir la presunción del domicilio social. No concurría una disfunción material que podría atribuir competencia a los Tribunales del Estado en el que opera la matriz como empresario oculto; ni una disfunción orgánica que permitiera estar al lugar desde el que el administrador de hecho gestionaba habitualmente y de forma reconocible por terceros la actividad social, dada la manifiesta inactividad de los administradores legales de la sociedad; ni una disfunción espacial que dejara entrever que los administradores de derecho realizaban sus funciones habituales desde Italia (por más que el Tribunal parmesano recordara de forma superflua que dos de los cuatro administradores eran italianos y residían habitualmente en Italia).

Pero la «prevención» de conflictos de competencia falló en el caso por las divergencias en la interpretación de las normas y en la calificación de los hechos, de modo que se solicitó un segundo concurso principal en Italia sobre un mismo deudor —no sólo sobre otras sociedades vinculadas—. A partir de este hecho debió articularse una serie de soluciones «reparadoras» de la incompatibilidad, proceder que ni siguieron los Tribunales implicados ni el Tribunal de Justicia ha recordado convenientemente.

3. *Solicitud pendiente en Irlanda y nueva solicitud en Italia de 5 de febrero de 2004.* Pendientes dos solicitudes de concursos en dos Estados miembros, debió estarse a una solución similar a la litispendencia. En efecto, el Tribunal ante el que se interpuso la segunda solicitud debió suspender su tramitación hasta que el Tribunal que conocía de la primera decidiera sobre su competencia: si éste se declarara competente, el segundo Tribunal debería archivar su solicitud; cuando éste se considerase incompetente, el segundo Tribunal podría seguir conociendo de la solicitud (vide VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario*

al Reglamento europeo de insolvencia, Civitas, Madrid, 2003, p. 59; CAMPUZANO DÍAZ, B., *Aspectos internacionales del Derecho Concursal*, Laborum, Murcia, 2004, p. 113). A tal fin, debe darse una interpretación uniforme sobre la fecha de presentación de la solicitud, quizás extraíble del artículo 30 del Reg. 44/2001 (CARBALLO PIÑEIRO, L., «Traslado del centro de los intereses principales del deudor y protección de acreedores», *ADCo.*, 2006, en prensa). En el caso, además, concurre un matiz especial, como es que el procedimiento de insolvencia abierto en Italia parte de una tramitación administrativa. En este sentido, la fecha de solicitud por la que se inicia esta tramitación administrativa, *in casu*, 5 de febrero de 2004, puede ser tomada como referencia, siempre que con posterioridad se completen los actos necesarios ante el órgano jurisdiccional. Esta interpretación sería coherente con el ámbito material del Reglamento, que sí se aplica al procedimiento de administración extraordinaria, aunque presuponga un acto administrativo. También sería conforme a la naturaleza mixta de esta regulación, pues la actuación administrativa deriva necesariamente en un procedimiento jurisdiccional [vide arts. 2 a 4 del Decreto Ley núm. 347, de 23 de diciembre de 2003, *Gazzetta Ufficiale* núm. 298, 24 de diciembre de 2003, convertido en Ley núm. 39, de 18 de febrero de 2004, *ibídem*, núm. 42, 20 de febrero de 2004]. Evitaría, además, comportamientos oportunistas y en particular que, decretado administrativamente el procedimiento y publicado en el diario oficial del Estado, rápidamente se presentara una segunda solicitud en otro Estado que resolviera de forma más ágil el procedimiento.

Pero la solución expuesta falló en el caso y seguirá fallando, dado el silencio del Tribunal de Justicia al respecto, por lo que el litigio entró en una nueva fase cuando el Tribunal Civil y Penal de Parma abrió el procedimiento de administración extraordinaria respecto de *Eurofood*, estando todavía pendiente la solicitud cursada en Irlanda.

4. *Resolución italiana de apertura de 19 de febrero de 2004 pendiente la solicitud en Irlanda.* A partir de ese momento el asunto debe ser analizado desde la perspectiva del reconocimiento (vide Cdo. 22 del Reglamento comunitario de insolvencia y, en la doctrina, HERCHEN, A., «Das Prioritätsprinzip im internationalen Insolvenzrecht», *ZIP*, vol. 26, 2005, pp. 1401-1406; ISRAËL, J., *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Intersentia, Antwerpen y Oxford, 2005, pp. 261-262) y, en este sentido, la solicitud pendiente en el foro o en otro Estado miembro susceptible de un hipotético reconocimiento puede obstaculizar el reconocimiento de la decisión de apertura siempre que sea anterior a la que originó la resolución que se trae al reconocimiento. Debe, entonces, suspenderse el reconocimiento hasta que se declare o no la apertura del concurso; la resolución extranjera podría tener plenos efectos sólo en el caso de no admitirse la apertura de un procedimiento en el Estado requerido. Bien es verdad que esta solución ni se recoge en otros instrumentos comunitarios ni se desprende claramente del tenor literal del Reglamento de insolvencia; es más, obliga a flexibilizar su artículo 16, que extiende los efectos del concurso en los demás Estados desde el mismo momento de apertura, y su artículo 26, que señala que el reconocimiento de la resolución de apertura sólo puede ser denegado por manifiesta vulneración del orden público del Estado requerido. Aun así, debe ser sostenida porque previene comportamientos estratégicos que inciten a presentar una segunda solicitud en otro Estado con la esperanza de que se resuelva antes y, en consecuencia, pase a ser preferente (vide BUREAU, D., «La fin d'un îlot de résistance. Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité», *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 91, 2002, pp. 613-679, p. 633).

No obstante, el Tribunal de Justicia tampoco recoge esta solución porque no se solicitó el reconocimiento de la decisión italiana estando pendiente la solicitud en Irlanda, sino que, una vez que el Tribunal irlandés decidió la apertura de la liquidación forzosa, el síndico del procedimiento italiano recurrió dicha decisión alegando el reconocimiento de la resolución italiana.

5. *Resolución irlandesa de 23 de marzo de 2004 incompatible con la decisión italiana.* Comparto con el Tribunal de Justicia que la resolución irlandesa de 23 de marzo impedía el

reconocimiento de la decisión italiana de 19 de febrero con independencia de las respectivas fechas de aprobación, pero discrepo en los fundamentos. El argumento definitivo era que la decisión irlandesa incompatible tenía su origen en una solicitud anterior a la del procedimiento a reconocer (27 de enero de 2004 y 5 de febrero de 2004 respectivamente); lejos de ello, el Tribunal de Justicia basa la prioridad temporal del procedimiento irlandés en una criticable lectura funcional del concepto de «apertura del concurso». De un lado, en virtud del artículo 2.f) del Reglamento comunitario, remite a la legislación irlandesa que retrotrae la apertura del concurso al momento de la solicitud del concurso, lo que dista de los objetivos de interpretación uniforme de la norma comunitaria y obliga a analizar las distintas legislaciones al respecto. De otro, entiende que la solicitud de concurso unida al nombramiento de un síndico provisional que pasa a gestionar la sociedad (toma posesión de los activos, abre una cuenta en nombre de la sociedad deudora y contrata un abogado) equivale a la propia apertura de un procedimiento de insolvencia. Esta argumentación es discutible porque ignora que esa medida provisional no guarda identidad de objeto y causa con un procedimiento de insolvencia *stricto sensu*. Prueba de ello es que la medida provisional no supone una liquidación de los activos sino su gestión hasta que se acuerde la apertura del procedimiento de liquidación. Iguales conclusiones se extraen de estar a la legislación irlandesa: si ésta establece la retroacción de la apertura del procedimiento de liquidación hasta la fecha de solicitud (Sec. 220.2 del Acta sobre Compañías de 1963) es porque las medidas provisionales, en sí mismas consideradas, no equivalen a la apertura de un procedimiento de insolvencia.

El Tribunal completa su argumentación con una declaración de que la vulneración de las garantías procesales y, en concreto, del derecho a ser oído puede ser motivo para denegar el reconocimiento si es contrario a los principios fundamentales del Estado requerido (FFJJ 66-68). Acaso en tal interpretación falta una alusión a que la vulneración del derecho a ser oído de un síndico en otro Estado también afecta al «orden público comunitario». Aunque esta afectación no aparece expresamente recogida en el Reglamento comunitario de insolvencia, de él se desprende un claro deber de cooperación entre síndicos que avalaría esta conclusión.

6. En resumen, ante distintas manifestaciones de un mismo problema, la incompatibilidad concursal, se requiere una misma solución en función de la solicitud presentada en primer lugar. Ello implica dar prioridad a la primera solicitud frente a posteriores y negar el reconocimiento de una decisión si es incompatible con un procedimiento solicitado con anterioridad en el Estado requerido o en otro Estado miembro. Con ello se evitan comportamientos oportunistas y soluciones particulares a la luz de las distintas legislaciones nacionales, si bien es verdad que obliga al Tribunal a indagar en los «recovecos» del Reglamento comunitario de insolvencia, lo que no ha hecho en esta ocasión.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ