

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

I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

1. *Competencia judicial internacional*

2009-1-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y COMPETENCIA TERRITORIAL EN PROCESO MONITORIO.—Aplicación de la regla de competencia territorial para declarar inexistencia de competencia judicial internacional a efectos de conocer de proceso monitorio con demandado en Italia.

Preceptos: 36.1, 38, 398.1, 496.2, 813, 816.1 Ley de Enjuiciamiento Civil; 21.1, 22.3 Ley Orgánica del Poder Judicial; 5 Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil; 6, 33 Reglamento (CE) núm. 1896/2006, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; 65 Tratado constitutivo de la Unión Europea.

* Esta crónica es continuación de la publicada en REDI, 2008-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en los años 2008 y 2009. Colaboran en la presente crónica Santiago Álvarez González, Vésela Andreeva Andreeva, Rafael Arenas García, Laura Carballo Piñeiro, Ángel Espiniella Menéndez, Albert Font i Segura, Federico Garau Sobrino, Javier Maseda Rodríguez, Pedro de Miguel Asensio, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Cristian Oró Martínez, Paula Paradela Areán, Ana Quiñones Escámez, Marta Requejo Isidro, Elena Rodríguez Pineau e Isabel Rodríguez-Uría Suárez, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid, Illes Balears, Oviedo, Pompeu Fabra y Santiago de Compostela.

Ocurre sin embargo, que el Reglamento 44/2001 establece esos fueros alternativos, distintos del natural (domicilio del demandado), teniendo en cuenta únicamente criterios tales como la materia litigiosa o la autonomía de la voluntad de las partes, mas no la clase de procedimiento, lo que permite concluir que sus disposiciones presuponen un litigio común u ordinario, es decir, aquella clase de procesos en los que por lo común la rebeldía del demandado no despliega efecto alguno perjudicial para él, salvo la pérdida de ciertas facultades procesales (art. 496.2 LEC).

Ello a su vez explica que un tipo de procedimiento muy singular como es el monitorio, inspirado en el principio clásico «paga o da razones», en que el silencio del deudor requerido de pago es interpretado como asentimiento total y motiva el subsiguiente despacho de la ejecución (art. 816.1 LEC), cuente con reglas propias e inderogables de fijación de la competencia, regidas por el principio de máxima aproximación del litigio al deudor requerido de pago, a fin de facilitar su hipotética defensa. Exponente de ese criterio legislativo es el ya citado artículo 813 de la LEC española.

Buena prueba de que el legislador comunitario ha entendido que las reglas de determinación de la competencia judicial contenidas en el Reglamento 44/2001 tienen su campo de actuación propio en los litigios civiles o mercantiles ordinarios, es que ha creído conveniente acometer la regulación integral de un proceso monitorio europeo, superpuesto al proceso de esa naturaleza que regule el ordenamiento de cada Estado miembro, fijando en esa regulación las normas de competencia específicas que ha creído más adecuadas a la naturaleza de los asuntos que deban ventilarse a través de él (asuntos civiles y mercantiles transfronterizos).

[Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 196/2008, de 9 de octubre. Ponente: Ilmo. Sr. don Jordi Seguí Puntas.]

F.: AC/2008/2070

Nota 1. La discusión que ha generado el polémico Proyecto de Ley de reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial [BOCG, Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 17-1 (Ref. 121/000017), pp. 1-148], por razones que no conciernen al proceso monitorio, ha conseguido ocultar que la reforma también alcanza a este procedimiento especial. Entre las modificaciones propuestas en los artículos 812 a 818 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil destaca la que atañe a la cuantía del crédito que puede tramitarse a través del proceso monitorio: a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el Reglamento (CE) núm. 1896/2006, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, el legislador español persiste en fijar una cuantía máxima (vide art. 389 del citado Proyecto y la crítica de ROSILLO FAIRÉN, A., «Observaciones en torno al marco actual del proceso monitorio y su proyecto de reforma», *La Ley*, núm. 7195, 12.6.2009, consultado electrónicamente), más alta que la vigente, pero límite cuantitativo al fin y al cabo, y que introduce un incentivo para acogerse al mentado Reglamento. El Proyecto descuida, sin embargo, supuestos como el que da pie al Auto objeto de esta nota: una sociedad española presenta proceso monitorio contra un domiciliado en Milán (Italia), petición que tanto el órgano de instancia como el de apelación solventan al modo de una ya conocida jurisprudencia, esto es, apreciando de oficio su incompetencia de acuerdo con el artículo 813 LEC (AAP de Salamanca, 16.6.2003 y Badajoz, 4.11.2003, con nota de CARBALLO PIÑEIRO, L., *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 617-619). El nudo gordiano de esta interpretación reside en que dicho precepto contiene una norma de competencia territorial, que no de competencia judicial internacional (2), como bien ha puntualizado el Tribunal Supremo en una decisión casi contemporánea de ésta que se comenta (vide ATS 21.7.2008, con nota de CARBALLO PIÑEIRO, L., *REDI*, 2008, pp. 588-591). Esta decisión tampoco ignora el problema, pero da una respuesta opuesta a la del Alto Tribunal, lo que podría solucionarse si la anunciada y citada reforma llega a aprobarse, puesto que modifica la

notificación del requerimiento de pago, estableciendo un incremento en la protección del demandado que acabaría con las objeciones a la aplicación del sistema de competencia judicial internacional (3).

2. El artículo 813 LEC es configurado como una norma imperativa, que obliga a acudir al «domicilio o residencia del deudor o, si no fueren conocidos, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el tribunal, salvo que se trate de la reclamación de deuda a que se refiere el número 2.º del apartado 2 del artículo 812, en cuyo caso será también competente el Juzgado del lugar en donde se halle la finca, a elección del solicitante». Su objetivo es proporcionar un tribunal próximo al deudor, para garantizar que el requerimiento de pago llega a su conocimiento, cuestión trascendental en un procedimiento que liga silencio a conformidad con la deuda. Teniendo en cuenta esta trascendencia, hubieran debido habilitarse reglas específicas en sede de notificación del requerimiento de pago, pero, como ya se ha preocupado de asegurar un tribunal próximo, no regula especialidad alguna en lo que concierne a cómo ha de ser notificado el deudor.

Este planteamiento es sometido a una grave tensión cuando el demandado tiene domicilio, residencia o se encuentra en el extranjero. El artículo 813 LEC es una regla de competencia territorial, pero la incongruencia con la línea de flotación del proceso monitorio español sustenta decisiones como la plasmada en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de utilizarlo también como regla de competencia judicial internacional. El razonamiento acaba de ser desmontado por el Tribunal Supremo, en un supuesto que también concernía a un demandado en Italia: el asunto ha de someterse al sistema de competencia judicial internacional que, en el caso como en éste, obliga a acudir al Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil. Esta conclusión, impecable desde el punto de vista del Derecho internacional privado, pone en grave riesgo el derecho de defensa del demandado, situación que el Tribunal Supremo intenta paliar recordando la vigencia del Reglamento (CE) núm. 1348/2000, de 29 de mayo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (ya derogado por el Reglamento núm. 1393/2007). Sin embargo, este Reglamento no proscribía, por ejemplo, las notificaciones ficticias, siendo insuficiente su aplicación para asegurar el derecho de defensa del demandado. La mejor prueba es que el propio Reglamento núm. 1896/2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, contiene sus propias normas sobre notificación.

La preocupación subyacente al refuerzo de la tutela del crédito en que consiste el proceso monitorio prevalece en el Auto aquí comentado, que persiste en la aplicación del artículo 813 LEC. Ello se hace con pleno conocimiento de que es una regla de competencia territorial, como demuestra el cuidadoso análisis del Reglamento Bruselas I: a pesar de aceptar la aplicación al caso del artículo 5.1 de dicho Reglamento, a efectos de determinar la propia competencia judicial internacional, descarta su aplicación concluyendo que sólo se ocupa de juicios ordinarios. El razonamiento es interesante porque opera sobre el ámbito de aplicación material de este instrumento, jugando con dos órdenes de razones: en primer lugar, proyecta la idiosincrasia del proceso monitorio español, que funda la tutela del demandado en el criterio de competencia, sobre el sistema de foros del Reglamento, cuya alternancia rompe la protección esperada de la regla de jurisdicción; en segundo lugar, apela al Reglamento núm. 1896/2006 para poner de relieve que el proceso monitorio no es objeto del Reglamento Bruselas I. El intento de arrojar luz en esta espinosa cuestión ha de agradecerse, aunque desconoce que el Reglamento núm. 1896/2006 remite la cuestión de competencia para entablar un juicio monitorio europeo al Reglamento Bruselas I; relevante a efectos de garantizar la defensa del deudor es que tenga conocimiento del requerimiento de pago y, para ello, ha de ponerse el acento en el modo en que ha de practicarse su notificación.

3. *Tutto sommato*, el problema generado por el silencio legislativo sólo puede ser solventado por el propio legislador. La oportunidad está sobre la mesa y algún paso se ha dado aunque el citado Proyecto también reforma el artículo 813 LEC, sólo lo hace para suprimir la proscripción de la sumisión expresa y tácita en este ámbito (lo que abriría dudas sobre su imperatividad). La auténtica novedad se encuentra en el artículo 815.1,II LEC, dedicado a la notificación del requerimiento de pago. En su actual redacción este precepto admite cualquier modalidad de notificación; en cambio, la modificación propuesta proscribía la notificación por edictos, salvo en «notificaciones y citaciones de toda índole relacionadas con los asuntos de la comunidad de propietarios» (art. 815.2 LEC). Esta reforma ignora las peticiones de que se aclare la cuestión de la notificación del requerimiento de pago en el extranjero (ALIAGA CASANOVA, A. C., «El proceso monitorio ante las recientes e inminentes reformas legales y el desafío de los avances tecnológicos», *RPJ*, núm. 71, 2003, pp. 125-172, p.154; CORREA DEL CASSO, J. P., «Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC, reguladores del proceso monitorio», *La Ley*, t. V, 2002, pp. 1481-1490, p. 1486; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a A., *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2005, p.101), pero limita los problemas que plantea el empleo de un sistema de competencia judicial internacional que no ha pensado en la especificidad del proceso monitorio, como apunta el tribunal del caso comentado; por ello, es de esperar que, de ser aprobada, sólo quede una interpretación, la más respetuosa con las enseñanzas de Derecho internacional privado. La propuesta alinea la protección dispensada al demandado con la otorgada por el Reglamento núm. 1396/2006, donde perviven polémicas modalidades de notificación, como el simple depósito del requerimiento en el buzón del demandado. Ello no ha entenderse como un límite a la propia mejora del sistema autónomo, sino que las críticas que merecen normas como la citada deben inspirar al legislador español para profundizar más en la tutela del demandado, a través de limitar las modalidades de notificación a aquellas que, efectivamente, puedan garantizar que el requerimiento de pago ha llegado a su conocimiento.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

2009-2-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento (CE) núm. 44/01, sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil.—Orden conminatoria contra demandados que amenacen con iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado miembro, por considerar que tal procedimiento es contrario a un convenio arbitral (*anti-suit injunction*).—Ámbito material: exclusión del arbitraje. Efecto útil.—Principio de confianza comunitaria.—Incompatibilidad.

Preceptos aplicados: artículo 1 Reglamento (CE) núm. 44/01.

«Mediante su cuestión, la House of Lords pide (...) que se dilucide si la adopción, por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de una orden conminatoria por la que se prohíbe a una persona iniciar o proseguir un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro por considerar que tal procedimiento es contrario a un convenio arbitral, es incompatible con el Reglamento núm. 44/2001 [...].

A este respecto, debe recordarse que, para determinar si un litigio está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 44/2001, debe tenerse en cuenta únicamente el objeto del procedimiento [...].

(...) Un procedimiento (...) que aboca a la adopción de una «anti-suit injunction», no puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 44/2001.

No obstante (...) puede, tener consecuencias contrarias a su efecto útil [...].

(...) Debe examinarse si el procedimiento entablado por Allianz y Generali contra West Tankers (...) está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 44/2001 y, además, cuáles son los efectos de la «anti-suit injunction» sobre dicho procedimiento.

A este respecto [...] si [...] ese procedimiento está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 44/2001, una cuestión previa relativa a la aplicabilidad de un convenio arbitral que incluya, en particular, su validez, está igualmente comprendida en ámbito de aplicación de dicho Reglamento [...].

De ello se deduce que la excepción de incompetencia propuesta por West Tankers ante el Tribunale di Siracusa [...] está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 44/2001 y que, por tanto, corresponde exclusivamente a dicho órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la referida excepción y sobre su propia competencia [...]

Por consiguiente, una «anti-suit injunction», como la del asunto principal, no es compatible con el Reglamento núm. 44/2001.

Corroborra esta conclusión el artículo II, apartado 3, de la Convención de Nueva York [...].

[STJCE (Gran Sala), de 10 de febrero de 2009, as. C-185/07. Abogado General: Sra. J. Kokott.]

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

Nota: 1. El 2 de abril de 2007 la *House of Lords* presentó cuestión prejudicial al TJCE, a propósito de una *antisuit injunction* otorgada sobre la base de un acuerdo arbitral. Los datos del caso son los siguientes: hay un contrato de fletamento que contiene una cláusula arbitral; a raíz de un accidente en Siracusa (Italia), el fletador se dirigió a sus aseguradores (Allianz y Generali) para obtener una indemnización hasta el límite cubierto por su seguro, y entabló en Londres un procedimiento de arbitraje contra los propietarios del buque (West Tankers), en cuanto al resto. Allianz y Generali interpusieron acción contra West Tankers ante el Tribunal de Siracusa para reclamar las cantidades pagadas; West Tankers propuso una excepción de incompetencia basada en el convenio arbitral, y al tiempo inició un procedimiento ante la *High Court of Justice* (Reino Unido), solicitando que se declarara que el litigio debía someterse a arbitraje, y que se dictara una orden conminatoria prohibiendo a Allianz y Generali instar un procedimiento que no fuera el de arbitraje, así como proseguir el proceso entablado en Siracusa. El contencioso llegó por vía de apelación a la *House of Lords*, que elevó cuestión prejudicial al TJCE. La Abogada General J. Kokkot publicó sus conclusiones al asunto el 4 de septiembre de 2008, aconsejando al TJCE que respondiera que «an anti-suit-suit injunction which restrains a party in that situation [existence preliminary issue based on an arbitration clause] from commencing or continuing proceedings before the national court of a Member State interferes with proceedings which fall within the scope of the Regulation», y no es compatible con él. El TJCE se ha pronunciado el 10 de febrero en ese mismo sentido, a través de una sentencia que ya ha sido profusamente comentada (vide las notas de ARENAS GARCÍA, R., REQUEJO ISIDRO, M., y SIERRA NOGUEROL, E., en *RACI*, 2009,2; y de REQUEJO ISIDRO, M., en la *La Ley*, 30 de abril de 2009).

2. El TJCE llega a su fallo en varios pasos. En primer lugar afirma que la inclusión de la orden *antisuit* en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 44/01 depende de la naturaleza de los derechos salvaguardados por el procedimiento en que tal orden se adopta; conforme a ello, la orden conminatoria que emana de un Estado miembro por la que se prohíbe iniciar o proseguir en otro Estado miembro el procedimiento considerado contrario a un convenio arbitral, no está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento (núm. 22 y 23). El TJCE continúa señalando que pese a tal exclusión, la adopción de la orden puede tener consecuencias contrarias al efecto útil del Reglamento, y ser por ello incompatible con él. Se atenta contra el

efecto útil cuando desde un Estado miembro se impide que el órgano jurisdiccional de otro ejerza las competencias que atribuye el Reglamento; para poder concluir que la *antisuit injunction* pro arbitraje despliega esta consecuencia, el TJCE debe convencer de que el procedimiento italiano es uno «del» Reglamento (núm. 24 y 25). No hay duda de que lo es la discusión entre Allianz y Generali contra West Tankers, relativa a las cantidades pagadas por los primeros; en cuanto a la excepción de incompetencia planteada por West Tankers, que incluye la cuestión relativa a la validez del acuerdo arbitral contenida en el contrato de fletamento, opina el TJCE, apoyándose en las conclusiones de la AG Kokkot y el Informe *Evrigenis/Kerameus*, que también está comprendida en el ámbito del Reglamento, al haberse formulado como una cuestión previa en el seno de un proceso de fondo materialmente incluido (núm. 26). O dicho de otra manera: el efecto útil del sistema queda afectado si la orden *antisuit* tiende a impedir a los tribunales de un Estado pronunciarse acerca de su competencia según las reglas que establece el Reglamento (*in casu*, el art. 5.3). En este sentido, el obstáculo se produce ya desde el momento en que la orden impide decidir sobre la aplicación del instrumento, delimitándolo [*in casu*, pronunciándose sobre el art. 1.2.d)]. Para el TJCE, esta delimitación llega a abarcar actividades que superan los términos habituales de la operación (básicamente, interpretar): resolver el conflicto sobre la validez de un acuerdo arbitral también forma parte de ella, cuando se ha planteado a título de cuestión previa.

3. El razonamiento así descrito nos suscita algunas observaciones. Coincidimos con el TJCE en que ejercer la competencia judicial que establece el Reglamento comprende, como antecedente necesario, la facultad de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la norma. A cada juez llamado a conocer de una controversia corresponde decidir si la materia litigiosa pertenece o no al ámbito del Reglamento, como le corresponde decidir si se dan las circunstancias que determinan la aplicación de la norma en el tiempo; o sobre el domicilio del demandado, como criterio general de conexión comunitaria que desencadena la vocación de aplicación del instrumento. Sin embargo, cosa distinta es que esta facultad, que es la de delimitar el Reglamento, conlleve la de resolver cualquier disputa dotada de consecuencias potenciales sobre su aplicación: por ejemplo, el debate acerca de una cláusula arbitral (validez, límites objetivos o subjetivos del acuerdo). Es verdad que el TJCE no afirma esto con carácter general, sino sólo refiriéndose al supuesto en que la pregunta de la que depende la aplicación del Reglamento se presenta a título de «previa» o «incidental». Así, la extensión de la aplicabilidad del Reglamento se debe sólo a la manera en que surge la otra cuestión: en la terminología del TJCE, como incidental o previa. Pero aún con tal diseño la opinión nos parece discutible. Cabe resaltar su escaso apoyo argumental (sólo una afirmación de la Abogada General y en Informe *Evrigenis/Kerameus*). Se echa en falta un razonamiento último, incluso aunque se redujera a una consideración pragmática –una llamada a la rapidez en el desarrollo del litigio–. Ya en otro lugar rebatimos los motivos en que la Abogada General fundaba la opinión que ahora retoma el Tribunal (REQUEJO ISIDRO, M. «West Tankers: the Advocate General's opinion», *European Legal Forum*, 2008, 5/6, pp. I-250 a I-256): la afirmación según la cual la cuestión previa sobre una cláusula arbitral sigue el régimen de la cuestión principal cuando a esta se le aplica el CBr/Reglamento, del Informe *Evrigenis-Kerameus*, ha sido objeto de contestación en la doctrina, incluyendo también la opinión de algún AG (M. Darmon, en su opinión al as. C.–266/01, *Marc Rich*, par. 43 a 48; VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, 2007, p. 100). Falta una justificación satisfactoria para ella.

En realidad, a día de hoy no hay seguridad acerca de qué tratamiento dar en el seno del régimen comunitario a lo que el TJCE llama «cuestiones preliminares». A nuestro juicio, la lectura que supedita la suerte (por lo que se refiere al régimen aplicable a la competencia judicial) de la cuestión incidental a la de la principal es sólo una posible; aceptándola como buena, la pregunta pasa a ser si también vale cuando la materia es «arbitraje». La afirmación que liga

las cuestiones previa y principal se hace en otros asuntos donde también un contencioso sobre materia excluida se plantea a título incidental: pero tiene lugar respecto a otros puntos del artículo 1.2. Nos preguntamos si sirve cuando la cuestión preliminar es relativa a una cláusula arbitral. Tenemos motivos para responder que no: la falta de homogeneidad entre la exclusión del artículo 1.2.d) y las demás del artículo 1.2 Reglamento (CE) núm. 44/2001, es uno de ellos. En la misma línea va nuestra convicción de que no todas las cuestiones previas son iguales cuando de lo que se trata es de saber si se les aplica el sistema de normas procesales comunitario: no son asimilables aquellas sobre materia excluida cuya solución afectará al sesgo de la resolución en cuanto al fondo, y una cuestión preliminar sobre materia excluida que, como ocurre por la pregunta sobre la validez de un acuerdo arbitral, encierra una duda anterior y condicionante del ejercicio de la facultad jurisdiccional de los Tribunales (y por lo tanto, de la necesidad misma del Reglamento para concretar las circunstancias de ese ejercicio).

4. El TJCE apuntala su opinión añadiendo otros argumentos más. El primero, en el núm. 31, es que la orden *antisuit* facilitaría actitudes fraudulentas de las partes. La afirmación es excesiva: suponiendo que todo demandado ante un órgano jurisdiccional europeo se dirija a los Tribunales ingleses en busca de una *injunction* cuando haya una cláusula arbitral, imaginar que la va obtener en todo caso supone falta de confianza en el sistema inglés. Por otra parte, si de estrategias hablamos, la orden *antisuit* sirve para evitar estrategias: la de quien demanda ante Tribunal estatales a pesar de haber concluido un acuerdo de arbitraje.

5. Para acabar, en el núm. 33 el TJCE afirma que el CNY corrobora su postura. Entendemos que tal opinión sólo es verdad forzando el artículo II.3 CNY (por lo tanto, interpretándolo: lo que no es función del TJCE) para obligarle a decir algo que no es seguro que diga: que el conocimiento de la cláusula corresponde exclusivamente al tribunal al que se ha planteado la cuestión en cuanto al fondo.

6. De la decisión del TJCE en el as. C-185/07 se derivan consecuencias. La primera es la incompatibilidad de la *antisuit injunction* pro arbitraje y el sistema. A este respecto, como ha denunciado algún autor (FENTIMAN, R., «Arbitration and the Brussels Regulation», *Cambridge Law Journal*, 2007, pp. 493-495, esp. p. 495), con una decisión del tenor de la adoptada por el TJCE se están restringiendo los instrumentos nacionales (de Estados comunitarios) concebidos para asistir al arbitraje. En otros términos, se establece un control comunitario sobre la práctica arbitral de los Estados miembros; lo que no es, desde luego, tarea del Reglamento ni del TJCE.

Finalmente, de las afirmaciones que sustentan la construcción argumental del TJCE nacen posibles interferencias con los instrumentos convencionales de arbitraje - cuando, precisamente, la exclusión en el artículo 1.2.d) del CBr se produjo con el fin de evitar tal colisión. Pensamos en particular en el núm. 30: en la *mutual trust* como debida también a los pronunciamientos sobre el ámbito de aplicación del Reglamento, incluyendo, a juicio del TJCE, la pregunta por la validez de una cláusula arbitral. Para negar la intromisión con el CNY no es suficiente decir que éste carece de normas de competencia, o que no tiene reglas explícitas sobre la reacción de unos Estados frente a las decisiones judiciales de los otros, relativas a una cláusula arbitral; las hay implícitas. El artículo V.1.a) es prueba de que el CNY tolera discrepancias de opinión a propósito de una cláusula arbitral; que un juez haya remitido a las partes al arbitraje no impide a otro cuestionar la validez de la cláusula en el momento del reconocimiento del laudo. El hecho de la interferencia se percibe claramente en el siguiente supuesto: en un Estado se pide el reconocimiento de un laudo, y al tiempo, el de una decisión de fondo de un órgano jurisdiccional de otro Estado comunitario, que la dictó convencido de que el convenio arbitral era inválido o inexistente; opinión que (al parecer) tiene que ser aceptada, por razón de confianza comunitaria.

2009-3-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–Procedimientos de insolvencia. Ámbito material del Reglamento (CE) núm. 1346/2000.–Competencia de los tribunales del Estado de apertura del concurso para conocer de una acción revocatoria concursal.

Preceptos aplicados: artículos 3.1, 16 y 25.1 del Reglamento 1346/2000.

[...]

22 *Esta concentración de todas las acciones directamente asociadas a la insolvencia de una empresa ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente para abrir el procedimiento de insolvencia también resulta conforme con el objeto de mejorar la eficacia y la rapidez de los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas, objetivo contemplado en los considerandos segundo y octavo del Reglamento núm. 1346/2000.*

23 *Además, esta interpretación encuentra confirmación en el cuarto considerando de dicho Reglamento, según el cual, para el buen funcionamiento del mercado interior, es necesario evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable (forum shopping).*

24 *Así, la posibilidad de que diversos foros fueran competentes en lo que se refiere a las acciones revocatorias ejercitadas en diferentes Estados miembros conduciría a dificultar la consecución de dicho objetivo.*

25 *Por último, la interpretación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento núm. 1346/2000 expuesta en el apartado 21 de la presente sentencia se ve corroborada por el artículo 25, apartado 1, de dicho Reglamento. En efecto, el párrafo primero de esta última disposición establece una obligación de reconocimiento de las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por el tribunal cuya resolución de apertura del procedimiento deba reconocerse en virtud del artículo 16 de dicho Reglamento, es decir, un tribunal competente con arreglo al artículo 3, apartado 1, de este mismo Reglamento.*

26 *De conformidad con el párrafo segundo del artículo 25, apartado 1, del Reglamento núm. 1346/2000, el párrafo primero de dicho apartado 1 se aplica asimismo a las resoluciones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste. Dicho de otro modo, esta disposición acoge la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto un procedimiento de insolvencia al amparo del artículo 3, apartado 1, de dicha Reglamento también conozcan de una acción del tipo de que se trata en el litigio principal.*

27 *En este contexto, la expresión «incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional», que figura en el artículo 25, apartado 1, párrafo segundo, de este mismo Reglamento no implica que el legislador comunitario haya querido excluir la competencia, para el tipo de acciones de que se trata, de los órganos jurisdiccionales del Estado en cuyo territorio se abrió el procedimiento de insolvencia. Esta expresión denota, en especial, que corresponde a los Estados miembros determinar el órgano jurisdiccional competente desde los puntos de vista territorial y material, el cual no ha de ser necesariamente el que procedió a la apertura del procedimiento de insolvencia. Además, esta expresión se refiere al reconocimiento de las resoluciones de apertura de un procedimiento de insolvencia según lo establecido en el artículo 16 del Reglamento núm. 1346/2000.*

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

El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento

de insolvencia tienen competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia dirigida contra un demandado cuyo domicilio social se encuentra en otro Estado miembro.

[Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 12 de febrero de 2009, Asunto C-339/07, C. Seagon c. Deko Marty Belgium, Ponente: Sr. D. P. Jann. Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer.]

F.: <http://curia.europa.eu>.

Nota. 1. En el caso se discute la competencia de los tribunales alemanes, Estado donde se ha abierto un concurso, para conocer de una acción por la que el administrador concursal solicita la revocación de una transferencia dineraria efectuada por el concursado en beneficio de una sociedad con domicilio en Bélgica. El Tribunal de Justicia declara que estas acciones vinculadas al concurso caen en el ámbito material del Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo, y, como consecuencia de ello, que los tribunales del Estado de apertura del concurso son competentes para su enjuiciamiento. Nada cabe objetar a este razonamiento, porque el doble test de calificación concursal -acciones que se fundamentan en la legislación concursal y que guarden una estrecha relación con el procedimiento de insolvencia- muestra tales vínculos con el juez del concurso, que difícilmente cabe negar su competencia. Quizá sí pueden destacarse las consecuencias colaterales de pronunciamientos de este estilo, porque a día de hoy la calificación concursal probablemente vete la certificación como títulos ejecutivos europeos de los créditos no impugnados que se pudieran derivar de ciertas acciones relacionadas con el concurso e impida la utilización de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.

Pero existe otra conclusión, que si bien no se ha incorporado expresamente en el fallo, sí que inspira gran parte del razonamiento del Tribunal y es clave para responder a uno de los aspectos más controvertidos del Reglamento comunitario 1346/2000: saber si caben tribunales alternativos a los del Estado del concurso (al respecto, vide CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, pp. 160-167). En concreto, la Sala se muestra muy reticente a los foros alternativos al concursal en estas materias porque dificultarían el funcionamiento del mercado interior y generarían riesgos de *forum shopping* (apdos. 23 y 24). Se vislumbra con ello una solución prudente y ajustada al estado actual del Derecho procesal comunitario, que, aunque minoritaria en España, ya adelantamos algunos autores. Sin cuestionar que existan otras soluciones interesantes *de lege ferenda*, el Tribunal difícilmente podría apuntar otra interpretación *de lege lata* distinta a la de la competencia exclusiva de los tribunales del Estado del concurso, sin admitir foros alternativos. Ninguno de los posibles fundamentos de la competencia exclusiva es concluyente. Así, si se basa en el Reglamento «Bruselas I», cae en flagrante contradicción con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 1979 (Asunto 133/78, *Gourdain c. Nadler*), que determinó la exclusión del Convenio de Bruselas de 1968 y, por extensión, del Reglamento «Bruselas I». Si se basa en la legislación estatal, se desvirtúa la intención del legislador comunitario, muy reactivo a dejar zonas grises entre el Derecho procesal general y el Derecho concursal. Si, por último, se basa en la propuesta del Abogado General, según la cual el foro concursal es exclusivo para el demandante-tercero, pero es alternativo cuando la demanda la presenta la administración concursal, se crea una regulación «paralela» y «ajena» a cualquier norma vigente.

2. Es verdad que gran parte de la interpretación tan dispar a la que había dado lugar la admisión o no de foros alternativos en el Reglamento comunitario de insolvencia tiene que ver con una expresión desafortunada de su artículo 25, aquella que se refiere al reconocimiento de resoluciones «incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional». Al respecto, el Tribunal recuerda que expresiones de este estilo utilizadas en singular, se refieren a la competencia interna, es decir, a un juez alternativo al del concurso, pero perteneciente al mismo Estado.

Ocurriría, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que los juzgados de lo social del Estado de apertura del concurso conservan ciertas competencias respecto de los efectos de la insolvencia sobre los contratos de trabajo. A mayor abundamiento de los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Justicia en contra de foros alternativos al concursal, dicha alternatividad puede plantear algún problema de inadaptación de la legislación procesal de turno. Por centrarnos en el Derecho español, si se pretendiera interponer la acción revocatoria concursal en España aun cuando no fuera el Estado de apertura del concurso, no existiría procedimiento legal habilitado a tal efecto, por lo menos de forma expresa. En la Ley Concursal la acción de impugnación concursal se tramita por un incidente concursal (art. 72.3), figura que sólo se entiende en el marco de un concurso abierto ante el mismo juez.

3. Sea como fuere, la Sentencia cierra un interrogante pero abre otros. El fallo del Tribunal, no tanto su parte argumentativa, se centra en acciones vinculadas al concurso frente a demandados –distintos del concursado, que también lo puede ser– con domicilio social en un Estado miembro o en un tercer Estado. La primera duda es en qué influye que el tercero demandado tenga su domicilio dentro o fuera de la Comunidad, si el Reglamento comunitario de insolvencia se aplica de todos modos, cuando el concursado –no el tercero demandado– tenga su centro de intereses principales en la Comunidad. La segunda duda es si con ello se está dejando una puerta abierta para reconocer decisiones de terceros Estados que, basándose en el domicilio del demandado no concursado, no respeten la competencia de los tribunales del Estado del concurso.

En definitiva, el Tribunal de Justicia tendrá que aclarar en un futuro si su argumentación se orienta hacia un foro exclusivo *stricto sensu* a favor de un Estado miembro, impidiendo así el reconocimiento de la decisión de un tercer Estado que lo vulnere; o si se pretende articular un foro «único» entre Estados miembros, sin muchos precedentes en el Derecho procesal comunitario, compatible con el reconocimiento de decisiones de terceros Estados dictadas sobre la base de otros criterios de competencia razonables.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

2009-4-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–Artículo 22.3. LOPJ. Reclamaciones patrimoniales derivadas de fin de la convivencia *more uxorio*.–Pensión compensatoria del artículo 97 CC.–Alimentos debidos entre los convivientes: pacto verbal.

Preceptos aplicados: Artículo 22.3 LOPJ; artículo 97 CC.

Fundamentos de derecho

Primero.–Doña Yolanda alega infracción del artículo 22.3 de la LOPJ considerando que son los órganos jurisdiccionales españoles los competentes para conocer de su demanda interpuesta contra don Sebastián con domicilio en México D. F. en reclamación de pensión compensatoria tras el cese de su convivencia *more uxorio*, siendo al efecto, de aplicación analógica el artículo 97 del CC. Esta cuestión queda, pues, limitada a determinar la competencia jurisdiccional en función de la acción ejercitada que es la citada de reclamación de pensión compensatoria teniendo el demandado su domicilio en México, razón por la que el Sr. Sebastián, promotor de la declinatoria, sostenía la falta de competencia de los Tribunales españoles en una materia que no es la específicamente prevista en el citado artículo 22.3 de la LOPJ.

Segundo.–Planteado el recurso en los términos que en síntesis antecede, es preciso recordar el criterio jurisprudencial a propósito de la aplicación analógica del artículo 97 del CC a los supuestos de convivencia *more uxorio*. Entre otras, la SAP de Madrid (Sección 14.ª) de 19

de febrero de 2008 recoge expresamente la doctrina del T.S. que establece con claridad cómo la ruptura de una convivencia de esta clase puede dar lugar al pago de una compensación económica cuando el cese de la relación genera una situación de desigualdad en un miembro de la pareja estable no casada citando la STS de 16 de julio de 2002 que a su vez cita las S.S. de 27 de marzo y 5 de julio de 2001: «en estos casos de uniones de hecho (la aplicación analógica) encuentra su semejanza con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio (en referencia al art. 97 del CC); hay que concluir señalando que el precepto de aplicación es el artículo 97 del CC a través de la analogía». También las SSAP de Madrid de 30 y 19 de noviembre de 2007 (Sección 19.^a) acogen idéntica solución aplicando la STS de 23 de noviembre de 2004 sobre la misma cuestión: «se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia...». Atendiendo a este criterio jurisprudencial de aplicación del artículo 97 del CC por analogía, se está en el caso de sostener la competencia de los Tribunales españoles para conocer de la demanda interpuesta por D^{ña}. Yolanda, procediendo estimar el recurso.

La Sala acuerda.—Estimar el recurso de apelación interpuesto por doña Yolanda contra el auto de 26 de junio de 2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid dictado en procedimiento 945/07 y revocar dicha resolución. En su lugar y con desestimación de la declinatoria promovida por don Sebastián declaramos la competencia de los Tribunales españoles para conocer de la demanda formulada por doña Yolanda a que se contrae dicho procedimiento, con imposición de las costas de la primera instancia al promotor de la declinatoria, el citado don Sebastián y sin pronunciamiento sobre las costas en esta alzada.

[Auto A.P. de Madrid, de 20 de febrero de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. don José María Guglieri Vázquez.]

F.: Cendoj: 28079370252009200017.

Nota. 1. Entre lo que dice y lo que dijo el Auto de instancia del que trae causa el presente, nos encontramos ante un supuesto ciertamente interesante de interpretación de nuestro sistema autónomo de competencia judicial internacional ante los problemas suscitados por una realidad ampliamente regulada en Derecho comparado y por comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho civil y sorprendentemente ausente (al menos desde una perspectiva global) en la mente del legislador estatal, tanto para sus implicaciones sustantivas, cuanto, lo que es más sorprendente, para sus implicaciones de Derecho interregional o de Derecho internacional privado (GARCÍA RUBIO, M. P., «Parejas de hecho y lealtad constitucional», *Libro homenaje al Profesor Javier Serrano García*, Valladolid, Ed. Universidad de Valladolid, 2004, pp. 35–63, pp. 54–57).

En el caso se resuelve sobre la reclamación de una nacional española residente en España contra un demandado domiciliado en México D. F. La estimación de la declinatoria internacional en primera instancia es revocada por la Audiencia. La situación de la demandante la supongo, aunque no deriva de forma taxativa de la letra de los autos a que he tenido acceso: el de instancia y el que comentamos. En ellos sólo se hace alusión a su residencia habitual en España, aunque el contexto y la afirmación final de la competencia de los tribunales españoles, me hacen derivar su nacionalidad. El supuesto, limitado en el auto comentado a la competencia judicial internacional, planteaba problemas de interés ante las reclamaciones por parte de la demandante de sumas en concepto de pensión compensatoria (con base en el CC), en concepto de alimentos contractuales y, subsidiariamente, en concepto de alimentos. La acumulación de tales pretensiones no está muy bien definida en el auto de primera instancia, pero en cualquier caso, sí lo están las bases jurídicas en las que la demandante consideraba que eran competentes los tribunales españoles: tratándose de la cuestión contractual (abono de 3000 euros mensua-

les) al ser España el lugar de cumplimiento; y, subsidiariamente, la pretensión de la actora como acreedora de alimentos, por su residencia habitual en España. En ambos casos, con alegación directa del artículo 22.3 LOPJ.

Como adelanté, el Juzgado estima la declinatoria, dado que no existe sumisión expresa o tácita del demandado y éste está domiciliado fuera de España. Además, desestima la valoración de los foros contractual o alimenticio, al considerar que la pretensión es exclusivamente matrimonial, puesto que así lo habría determinado la propia demandante en el encabezamiento de la demanda (reclamación de pensión compensatoria tras el cese de la convivencia *more uxorio*). Siendo así, considera que la inexistencia de matrimonio implica la inaplicación de los fueros que contempla el artículo 22 LOPJ para las relaciones derivadas del matrimonio.

2. Resuelta en estos términos la declinatoria, la Audiencia entra a valorar exclusivamente la competencia judicial internacional en términos de la reclamación sobre pensión compensatoria, proyectando la analogía jurisprudencial asentada desde el punto de vista *sustantivo* a la dimensión que ahora nos ocupa y, consecuentemente, considerando aplicable por analogía las normas de la LOPJ sobre competencia judicial internacional en materia matrimonial al caso enjuiciado (es cierto que tal aseveración no es explícita en el Auto, aunque de toda su tramitación así parece derivarse).

La cuestión tal cuál se suscitó (posiblemente *ad cautelam*) en la demanda de primera instancia evoca inevitablemente la opción que separa a Juzgado y Audiencia: la aplicación analógica de las normas sobre matrimonio o una aplicación analítica de otras normas más «neutras» (vide ambas dimensiones en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4.ª ed., Cizur Menor, 2007, pp. 387-389). Allí donde sea necesario realizar una interpretación depurada del sistema (o, incluso, una integración del mismo por existir efectivamente una laguna legal), yo ya me definí en su día por considerar que una calificación funcional de algunos de los problemas suscitados en este ámbito conducían a la aplicación de las normas (o de algunas normas) previstas para el matrimonio (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Comentario al artículo 12.1. CC», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T. I, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid, 1995, pp. 842-880, pp. 872-874). Mas lo cierto es que tal necesidad de decidir por un estatuto matrimonial u otro no siempre existe: por ejemplo, los derechos sucesorios, se determinan por la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento cualquiera que sea la relación de quien los pretende con el causante; y lo mismo ocurre con la competencia judicial internacional en materia sucesoria. En el caso que nos ocupa, de haber asumido la calificación alimenticia de lo solicitado (lo que con carácter subsidiario pedía la demandante), también podríamos haber zanjado el tema de la competencia judicial internacional sin más recurso que a la letra del artículo 22.3 LOPJ: en materia de alimentos son competentes los tribunales españoles cuando el acreedor (tenga la relación que tenga con el deudor, añado yo ahora) tenga su residencia habitual en España. Si además nos inspiramos en la jurisprudencia del TJCE para saber quién es el acreedor (sería el demandante de alimentos) tendríamos una competencia nítida de nuestros tribunales para el caso enjuiciado (sobre la posibilidad de una doble calificación en materia de alimentos entre cónyuges pero que extendiendo ahora al problema aquí tratado ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, pp. 96-98). Sólo nos quedaría decidir la ley aplicable y saber si la alegación del artículo 97 CC español efectuada por la demandante era eficaz o no. Yo también hubiera aplicado analógicamente el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre esta materia, a pesar de que o por causa de que, en este caso, sí está limitado a obligaciones alimenticias derivadas de relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio. Mas, por no hacer depender la solución de tantos condicionamientos, de tantas interpretaciones doctrinales y planteamientos posibilistas, pero ciertamente discutibles ¿por qué el legislador estatal no hace frente a sus obligaciones y toma cartas en el asunto?

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

2009-5-Pr

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.–Procedencia: cláusula de sumisión no exclusiva a los tribunales de la ciudad de Munich

Preceptos aplicados: artículo 23 del Reglamento 44/2001.

«La parte demandada ha planteado declinatoria de jurisdicción, por entender que las partes pactaron en el contrato la sumisión expresa a favor de los tribunales de Munich (Alemania). La cuestión debe resolverse, inicialmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento del Consejo CE 44/2001, de 22 de diciembre, que proclama la validez de los pactos de prórroga de competencia [...]. La doctrina comunitaria ha defendido con rigor el principio de autonomía de la voluntad en la determinación del tribunal competente, de manera que no admite que, establecido el pacto, ninguno de los contratantes lo incumpla. En este sentido, se ha dicho que el fuero no es renunciable, ni siquiera para quien presenta la demanda ante los Tribunales del domicilio del demandado y que las partes están sometidas a la cláusula de sumisión expresa, aunque no exista ningún criterio de vinculación [...].

En el supuesto analizado concurre, sin embargo, una circunstancia especial... las partes incluyeron esta cláusula: «This letter agreement shall be governed by and construed in accordance with German law and we agree to submit to the non-exclusive jurisdiction of the courts of the city of Munich» (esta carta de acuerdo se regirá e interpretará conforme a la ley alemana y aceptamos someternos a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales de la ciudad de Munich).

La mención de «no exclusividad» en la sumisión a los tribunales alemanes debe interpretarse, en lógica correspondencia con la sumisión expresa de las cláusulas anteriores, como la designación de un fuero alternativo, opción de los contratantes que deja sin efecto sus previsiones anteriores. En tales condiciones cobra plena vigencia el artículo 3 del Reglamento 44/2001, de manera que al no concurrir ninguna de las reglas de las Secciones 2 a 7 del propio texto, la competencia se difiere a favor del domicilio del demandado, en Hospitalet de Llobregat.

[Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 14.ª), Auto 42/2009 de 26 de febrero 2009, recurso 909/2008. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Rosa M.ª Agulló Berenguer.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/2009/170250.

Nota: 1. El Auto 42/2009 de 26 de febrero de 2009 de la Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia sobre el carácter exclusivo o no de la cláusula de sumisión pactada a favor de los Tribunales alemanes. El caso enfrenta a una sociedad con domicilio en Alemania, *Constantin Film Produktion GMBH*, y una sociedad domiciliada en España, *Castelao Productions, S.A.* Las partes implicadas celebran un contrato el 2 de mayo de 2005. Posteriormente en el contrato de préstamo que se celebra el 3 y 9 de mayo de 2005 introducen una cláusula de elección de tribunal. Sin embargo, en un documento posterior las partes establecen que el acuerdo se regirá por la ley alemana y que la competencia judicial internacional no exclusiva para resolver una posible controversia la tendrán los tribunales de Munich («This letter agreement shall be governed by and construed in accordance with German law and we agree to submit to the non-exclusive jurisdiction of the courts of the city of Munich»).

En el transcurso de la relación contractual se produce un conflicto en relación con la devolución del IVA. La sociedad alemana *Constantin Film Produktion GMBH* presenta una demanda contra la sociedad española *Castelao Productions, S.A.* ante el Juzgado de Primera Instancia de Hospitalet de Llobregat. La parte demandada plantea declinatoria de jurisdicción alegando

sumisión a los tribunales alemanes. El órgano judicial califica la cláusula de sumisión como exclusiva a pesar de que las partes pactan lo contrario en el acuerdo de 1 de diciembre de 2005. Como consecuencia declara «la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer del asunto reseñado en los antecedentes de esta resolución». Contra tal decisión la parte actora presenta un recurso de apelación.

2. En la decisión judicial comentada el conflicto versa sobre el carácter, exclusivo o no, de la prórroga de la competencia a favor de los tribunales alemanes. Son dos los aspectos importantes que se toman en consideración para determinar la competencia judicial internacional: la presencia de elementos que determinan el carácter internacional de la relación contractual y, en segundo lugar, la elección del tribunal competente. En relación con el primer aspecto, ambas partes ostentan nacionalidades distintas. La sociedad *Constantin Film Produktion GmbH* tiene su domicilio en Alemania, mientras que la parte demandada está domiciliada en España. La relación contractual tiene carácter mercantil y el contrato se celebra en 2005. Consecuentemente, en el caso concreto, es de aplicación el Reglamento 44/2001.

En cuanto al segundo aspecto, la norma comunitaria establece el principio de autonomía de la voluntad que permite a las partes elegir el tribunal competente para resolver la controversia. La validez de tal acuerdo atributivo está subordinada a determinadas condiciones, previstas en el artículo 23 R 44/2001. La correcta aplicación de dicha norma está supeditada al cumplimiento cumulativo de una serie de requisitos obligatorios de fondo y de forma que determinan los supuestos que entran en su ámbito de aplicación (vide *inter alia* RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos de competencia judicial en derecho comunitario europeo*, Madrid, 1994, pp. 103-370; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., 2007, pp. 141 y ss.; MAGNUS, U., MANKOWSKI, P., *Brussels I regulation*, München, Sellier European Law Publishers, cop. 2007, pp. 372-436).

El acuerdo atributivo de competencia cumple todas y cada una de las condiciones de validez, previstas en el artículo 23. En primer lugar, designa los tribunales de un Estado Miembro—los de Múnich. Además, ambas partes están domiciliadas en Estados Miembros de la UE, lo que evita que se aplique la regla específica prevista en el artículo 23 para los supuestos en los que ninguna de las partes está domiciliada en un Estado miembro. Finalmente, el pacto atributivo de competencia cumple, asimismo, los requisitos de forma previstos en la letra a) del artículo 23 R 44/2001. La disposición reconoce como válida la cláusula de elección de Tribunal que se ha celebrado por escrito o verbalmente con confirmación escrita. En el caso comentado las partes establecen la competencia de los Tribunales de Munich en una cláusula prevista en un acuerdo escrito; por lo que el pacto atributivo de competencia cumple la condición de forma prevista en la letra a) del artículo 23.1. R 44/2001. No se produce tampoco la vulneración de ninguna competencia exclusiva o foro de protección.

3. La *prorrogatio fori* tiene, en principio, un doble efecto: atribuye competencia a los tribunales elegidos por las partes y deroga la competencia a los Tribunales de los demás Estados Miembros. Ahora bien, no es preciso que ambos efectos se produzcan en todos los supuestos. En concreto, es posible que las partes acuerden que la jurisdicción elegida no gozará de una competencia exclusiva. El apartado 1 del artículo 23 R 44/2001 *in fine* establece que «esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes». La citada disposición no estaba prevista en el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y es una de las novedades que introduce el texto comunitario. La norma permite a las partes establecer cláusulas de elección facultativas que operan juntamente con el foro del domicilio del demandado o los foros especiales (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor Civitas, 4.^a ed., 2007, p. 33; VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, pp. 292 y ss.). La posibilidad de pactar de forma facultativa la competencia judicial internacional se aprovecha por las partes en el asunto comentado. En el acuerdo firmado del 1 de diciembre de 2005 de forma clara

se establece que las partes se someten a la jurisdicción *no exclusiva* de los tribunales de la ciudad de Munich. El Juzgado de Primera Instancia interpreta erróneamente la disposición del artículo 23 R 44/2001 y declara la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Sin embargo, en Auto 42/2009 la Audiencia Provincial de Barcelona aplica correctamente el precepto correspondiente, declarando que «la sumisión a los tribunales alemanes debe interpretarse [...] como la designación de un foro alternativo, opción de los contratantes que deja sin efecto sus previsiones anteriores». El órgano judicial reconoce acertadamente el carácter facultativo del pacto y declara, sobre la base del artículo 2 R 44/2001, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles por estar el demandado domiciliado en España.

4. En definitiva, en el Auto comentado la Audiencia Provincial de Barcelona aplica el Reglamento 44/2001 para determinar si los tribunales españoles tienen competencia judicial internacional para resolver la controversia planteada. El supuesto es un claro ejemplo de una relación contractual con elementos de internacionalidad, lo que lleva a la aplicación de la norma comunitaria para determinar la competencia judicial internacional. El pacto de atribución de la competencia previsto en el contrato cumple los requisitos de forma y de fondo incluidos en el artículo 23 R 44/2001. De la redacción de la cláusula de sumisión la AP de Barcelona concluye correctamente que la asignación de la competencia no tiene carácter exclusivo, sino facultativo y, por lo tanto, no impide que la parte actora presente la demanda ante los Tribunales del Estado en el que esté domiciliada la parte demandada. Como consecuencia, declara la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles.

Vésela ANDREEVA ANDREEVA

2009-6-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–Medidas cautelares.–Reglamento (CE) 2201/2003.–Ámbito de aplicación material.–Residencia habitual del menor.–Cooperación entre tribunales.

Preceptos aplicados: artículos 8.1, 13.1 y 20.1 del Reglamento (CE) 2201/2003.

1) *El artículo 1, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 [...], debe interpretarse en el sentido de que está comprendida dentro del concepto de «materias civiles», [...], una resolución por la que se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen cuando dicha resolución ha sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores.*

2) *El concepto de «residencia habitual», a tenor del artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 2201/2003, debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso.*

3) *Un órgano jurisdiccional nacional puede adoptar una medida cautelar como la guarda de menores con arreglo al artículo 20 del Reglamento núm. 2201/2003 cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

– *Dicha medida ha de ser urgente.*

- Debe adoptarse frente a personas presentes en el Estado miembro de que se trate.
- Debe tener carácter provisional.

La adopción de la referida medida, así como su carácter vinculante se determinarán de conformidad con el Derecho nacional. Tras la adopción de la medida cautelar, el órgano jurisdiccional nacional no está obligado a remitir el asunto al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro. Sin embargo, siempre que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional nacional que haya adoptado las medidas provisionales o cautelares, debe informar de ellas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada de conformidad con el artículo 53 del Reglamento núm. 2201/2003.

4) El órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el supuesto de que carezca de toda competencia, deberá declararse de oficio incompetente sin estar obligado a remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional. Sin embargo, siempre que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional nacional que se haya declarado de oficio incompetente deberá informar de ello al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada de conformidad con el artículo 53 del Reglamento núm. 2201/2003.

[Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala 3.^a), de 2 de abril de 2009. Ponente: Sr. D. J. N. Cunha Rodrigues.]

F: <http://curia.europa.eu>.

Nota: 1. En su cuarta decisión sobre el Reglamento 2201/2003 (RBII *bis*) el TJCE acentúa el elemento comunitario del texto y sigue una línea continuista respecto de su jurisprudencia anterior. A esto coadyuva el hecho de que la primera cuestión se solape con otra planteada anteriormente ante el TJCE. Así, dicha cuestión, relativa al ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003, pretende establecer si una resolución que ordena en el mismo acto la asunción de la guarda y el acogimiento del menor en un establecimiento adoptada en función de normas de Derecho público debe considerarse «responsabilidad parental». El TJCE había confirmado en el asunto C-435/06 de 27 noviembre 2007, C (nota RODRÍGUEZ PINEAU, E. *REDI* 2007-2, pp. 760 ss; JIMÉNEZ BLANCO, P., *AEDIPr*, 2007, pp. 942 ss.) que se trata de materia incluida en el ámbito de aplicación material del RBII *bis*, lo que permite al Tribunal remitirse a la doctrina sentada en aquella sentencia.

2. El continuismo puede observarse igualmente en el enfoque se que da a la segunda cuestión, por la que se pretendía delimitar el concepto de residencia habitual del menor, noción fundamental para atribuir la competencia a los tribunales de los Estados miembros y particularmente dudosa en el caso, ya que no resultaba claro si los menores suecos, que se hallaban en Finlandia, habían perdido su residencia sueca. Dada la ausencia de remisión a la normativa nacional por el RBII *bis*, el TJCE sostiene la necesidad de una interpretación *autónoma* del concepto, derivada de la finalidad del Reglamento y que atienda a las particularidades de la materia regulada. Ello lleva al TJCE a excluir la trasposición a este sector de su jurisprudencia sobre residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión Europea (contrariamente a la sugerencia realizada en el informe BORRÁS al Convenio de Bruselas II de 1998, *DOCE* 1998 C 221/27, núm. 32) y a incidir en la tendencia a calificar de manera autónoma con respecto al Reglamento 44/2001 (tal como hizo en los casos C-435/06 C y C-195/08 PPU *Inga Rinau*).

3. No puede decirse que la definición que el TJCE da de «residencia habitual» a efectos del artículo 8 RBII *bis* constituya una innovación radical respecto de los conceptos que venían utilizándose por los tribunales nacionales. Junto a la presencia del menor en el territorio de un Estado miembro, que por sí sola no basta para considerar que en él se reside, el TJCE identifica

dos elementos de referencia para el juez nacional: la permanencia (con duración, regularidad, *animus permanendi*) y una cierta integración en un entorno social y familiar. A éstos se añaden otros factores como la nacionalidad del menor, el dominio de la lengua o las condiciones de escolarización. Con estas indicaciones, el TJCE remite a las jurisdicciones nacionales para que establezcan si existe residencia o no «a la luz de los criterios expuestos en [...] la presente sentencia y según una evaluación de conjunto».

Más interesante que esta definición son las consecuencias que se extraen cuando falta esa localización de la residencia habitual en el territorio de un Estado miembro. En efecto, determinar la residencia implica identificar el tribunal competente dentro de la UE respecto de ese menor. No identificarla conlleva la activación de otros criterios de CJI dentro de la UE, bien las reglas de conexidad del artículo 12, bien la de cierre del artículo 13, basada en la mera presencia del menor en el territorio de un Estado miembro. El TJCE no innova al confirmar que el artículo 13 es una regla subsidiaria dentro del esquema RBII *bis*, pero sí lo hace cuando otorga a este artículo una función dirimente de los *conflictos positivos* de competencia cuando existe una clara vinculación del caso con la UE sin que pueda identificarse la conexión residencia habitual (cdo. 43).

4. También resulta interesante la respuesta del TJCE a las cuestiones 3 y 4, que merecen un enfoque similar si bien se refieren a distintos aspectos del RBII *bis*, *i.e.* la competencia para adoptar medidas cautelares y la actuación que debe seguir el tribunal cuando observa su incompetencia. En ambos casos el TJCE se muestra preocupado por las consecuencias de la resolución adoptada por un tribunal respecto de la CJI de otro tribunal. En concreto, el TJCE reitera el carácter provisional de las medidas adoptadas por el tribunal del artículo 20, que deben ser sustituidas por las definitivas del tribunal competente respecto del menor. Igualmente, del artículo 17 resulta sin duda alguna que, en caso de incompetencia del tribunal, éste debe declararse de oficio incompetente. En ninguno de los dos casos impone el Reglamento la obligación de que el tribunal deba remitir el asunto a otro órgano dentro de la UE. Como recuerda el TJCE, salvo en el supuesto del artículo 15, en el RBII *bis* no hay posibilidad de solicitar a otro tribunal que ejerza su competencia. Ahora bien, tanto en el caso de las medidas cautelares como en el supuesto de que el tribunal de un Estado miembro se declare incompetente, el TJCE considera que es importante que el tribunal que conoce a título principal (en el caso de que se hayan adoptado medidas cautelares) o que se debería declarar competente (en el supuesto de que en otro Estado miembro haya habido una declaración de incompetencia) conozca de la existencia de aquellas decisiones sobre adopción de medida cautelar y declaración de incompetencia. Es por ello por lo que la sentencia del TJCE establece la *conveniencia de información entre tribunales* conforme a los cauces de comunicación entre autoridades centrales previstos en los artículos 53 y siguientes, RBII *bis*. En un sistema de cooperación judicial este mecanismo se revela fundamental para evitar *conflictos negativos* y garantizar una adecuada tutela judicial de los intereses del menor.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU

2009-7-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Competencia especial en materia contractual.—Fuero del lugar de ejecución.—Concepto de contrato de prestación de servicios del artículo 5.1.b) RBI.—Licencia de derecho de propiedad intelectual.—Determinación del lugar de ejecución.

Preceptos aplicados: artículo 5.1 apartados *a*) y *b*) del Reglamento (CE) núm. 44/2001.

[...] el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) El artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 [...] debe interpretarse en el sentido de que un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración no es un contrato de prestación de servicios en el sentido de dicha disposición.

2) Para determinar, con arreglo al artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento núm. 44/2001, cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de pago de la remuneración adeudada en virtud de un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho, procede seguir teniendo en cuenta los principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 5, número 1, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [...].

[STJCE (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2009, as. C-533/07, *Falco Privatstiftung*. Ponente: A. Ó. Caoimh. Abogada General Sra. J. Kokott.]

F.: www.curia.europa.eu.

Nota: 1. Por primera vez el TJCE se ha pronunciado sobre la interpretación de la categoría contratos de prestación de servicios en el artículo 5.1.b) Reglamento 44/2001 (RBI), en una decisión que pone de relieve la importancia de la calificación de los contratos al aplicar esa norma. El significado del término prestación de servicios resulta determinante al interpretar el fuero del lugar de ejecución en materia contractual (vide BERLIOZ, P., «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1b) du règlement Bruxelles I», *Journ.dr.int.*, 2008, pp. 675-717). Además, aunque esta decisión vaya referida únicamente al RBI, el concepto «contrato de prestación de servicios» adquiere asimismo singular importancia en el Reglamento 593/2008 (RRI) de cara a la determinación de la ley aplicable, pues el artículo 4.1 RRI incluye una regla específica para los contratos pertenecientes a esa categoría, lo que originará en ocasiones dificultades de calificación similares a las que se encuentran en el origen del presente caso. En concreto, las cuestiones prejudiciales planteadas al TJCE hacían referencia como punto de partida a la eventual inclusión dentro del concepto de contratos de prestación de servicios en el artículo 5.1.b) RBI de «un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho (contrato de licencia)».

2. El TJCE parte de que el término contrato de prestación de servicios constituye en el artículo 5.1.b) RBI un concepto autónomo, que, de acuerdo con su jurisprudencia previa, debe interpretarse «a la luz de la génesis, los objetivos y el sistema» del Reglamento. Ello lleva al TJCE a rechazar que resulte aquí determinante el significado de «prestación de servicios» adoptado en otros ámbitos del Derecho comunitario, en los que están justificadas interpretaciones especialmente amplias de esa categoría. En particular, el término no debe ser entendido a la luz del concepto de servicios en las directivas sobre IVA, pues éstas incorporan una definición negativa de servicios que comprende todas las operaciones que no constituyan una entrega de bienes, por lo que todas las operaciones gravadas han de recaer en una de esas dos categorías. Por el contrario, el RBI prevé un tratamiento propio para los contratos que no sean compraventa de mercaderías ni prestación de servicios, como resulta de su artículo 5.1.c).

El TJCE pone también de relieve que las soluciones adoptadas en materia de libre prestación de servicios en el marco del artículo 50 Tratado CE responden a la voluntad de que el Tratado resulte de aplicación al mayor número posible de actividades económicas que no estén comprendidas en la libre circulación de mercancías, de capitales o de personas. Por el contra-

rio, la calificación como contrato de prestación de servicios no resulta determinante de la inclusión del litigio en el ámbito de aplicación del RBI sino únicamente de que le sea aplicable su artículo 5.1.b) al tiempo que, al ser ésta una regla de competencia especial, debe interpretarse de manera restrictiva, por lo que el TJCE concluye que el amplio concepto de prestación de servicios adoptado en el marco del artículo 50 del Tratado no coincide con el significado de ese término en el artículo 5.1.b) RBI, que ha de ser más restrictivo. Aunque no para cuestionar el resultado al que sobre este particular llega el TJCE, cabe poner de relieve que lo cierto es que una interpretación más o menos estricta del concepto prestación de servicios del artículo 5.1.b) no debería propiamente afectar al alcance del fuero especial en materia contractual del artículo 5.1, pues las situaciones cubiertas por su apartado b) vienen previamente limitadas por el apartado a) ya que el apartado b) cumple la función de concretar el fuero de ejecución para ciertos litigios contractuales comprendidos en el apartado a).

3. Más allá de la caracterización de los contratos de prestación de servicios en el seno del RBI, esta sentencia del TJCE se pronuncia sobre si una licencia de propiedad intelectual se halla o no comprendida en esa categoría. Su respuesta es negativa, lo que resulta coherente con su delimitación previa de la categoría contratos de prestación de servicios y con la configuración típica de los contratos de licencia. Aunque el resultado al que llega el TJCE sobre el particular parece apropiado, importantes interrogantes siguen abiertos de cara al futuro.

Un aspecto reseñable es que, posiblemente condicionado por las características del contrato objeto de la controversia –licencia para Austria, Alemania y Suiza de las grabaciones en vídeo de un concierto– y por su voluntad de diferenciarlo de los elementos propios de los contratos de prestación de servicios, el TJCE caracteriza los contratos de licencia de un modo que puede resultar demasiado restrictivo, pues según la sentencia se trata de un contrato mediante el cual «el titular del derecho cedido se obliga, frente a la otra parte contratante, únicamente a no impugnar la explotación de dicho derecho por este último» (ap. 31). En muchas modalidades de licencia no es así, como resulta, por ejemplo, de la caracterización de los contratos de licencia de patente en la legislación española. Conforme al artículo 76.1 Ley 11/1986, de Patentes, salvo pacto en contrario, quien conceda una licencia sobre una patente «está obligado a poner a disposición del [...] licenciatario los conocimientos técnicos que posea y que resulten necesarios para poder proceder a una adecuada explotación de la invención».

4. Si bien de esta decisión cabe derivar que, con buen criterio, los contratos cuyo principal objeto es la concesión de una licencia o la transmisión de derechos sobre bienes inmateriales no constituyen contratos de prestación de servicios a los efectos del artículo 5.1.b) RBI, la tipología de los contratos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual es muy heterogénea. Algunos de esos acuerdos –que incluyen la licencia de derechos– pueden ser considerados contratos de prestación de servicios en el marco del artículo 5.1.b), en especial si la obligación de conceder una licencia aparece en el conjunto del contrato como funcionalmente subordinada a la obligación de una de las partes de prestar ciertos servicios, como es frecuente, por ejemplo, en contratos de investigación y desarrollo.

La no inclusión de los contratos de licencia en la categoría de prestación de servicios determina que en el artículo 5.1 RBI la concreción del lugar de ejecución deba hacerse para los contratos de licencia en virtud de lo dispuesto en su apartado a), según el cual ese lugar es el del cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Con respecto a esta cuestión, la decisión se limita a afirmar la aplicabilidad de la jurisprudencia previa del TJCE sobre el artículo 5.1 Convenio de Bruselas, en el sentido de que tal lugar debe determinarse conforme a la ley rectora de esa obligación según las normas de conflicto del foro. La respuesta negativa del TJCE en lo que se refiere a la caracterización del contrato de licencia como contrato de prestación de servicios determina que el TJCE no se pronuncie sobre la segunda de las cuestiones que le habían sido planteadas, que buscaba aclaraciones sobre otro aspecto especialmente controvertido en la interpretación del artículo 5.1.b) cual es la concreción del lugar de prestación de servicios.

5. En el RRI el considerando 17 RRI establece que el término prestación de servicios debe interpretarse en el artículo 4.1 RRI en el mismo sentido que en el artículo 5 RBI, y termina con una referencia a que «los contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios», que puede resultar problemática en el artículo 5.1.b) RBI. Por lo tanto, los criterios establecidos por el TJCE en esta decisión acerca de la delimitación de ese concepto han de ser tenidos en cuenta en la interpretación del artículo 4 RRI. En lo que se refiere al artículo 4 RRI, la consecuencia fundamental de esta decisión es que confirma que, al no estar comprendidos los contratos de licencia entre las categorías de contratos para los que el apartado 1 fija reglas específicas, resulta de aplicación a tales contratos el apartado segundo del artículo 4, en la medida en que sea posible determinar la parte que deba realizar la prestación característica.

La concreción de tal prestación puede resultar especialmente controvertida en contratos sobre bienes inmateriales, como el que se encuentra en el origen de este asunto. Al delimitar el concepto de prestación de servicios el TJCE insiste en que es clave la búsqueda de la previsibilidad y que la seguridad jurídica es objetivo primordial de las normas de competencia del RBI –aps. 21 a 26 de la Sentencia–. Cabe entender que ese objetivo debería ser también relevante en el caso de que el TJCE llegue a pronunciarse sobre cuál es la prestación característica en tales contratos. La previsibilidad acerca de la ley del contrato y la seguridad jurídica requieren que la determinación de tal prestación no dependa de un complejo proceso de valoración y sea respetuosa con el fundamento de la doctrina de la prestación característica adoptada ya por el artículo 4.2 Convenio de Roma, antecedente del artículo 4.2 RRI.

6. En su conjunto esta decisión –condicionada por las cuestiones que fueron planteadas al TJCE y el litigio de base– no zanja los problemas de calificación que la categoría «prestación de servicios» en el fuero contractual puede suscitar. En concreto, no aporta criterios precisos que sirvan para delimitar la categoría de contratos de prestación de servicios. Además de la idea, ya reseñada, de que ese concepto en el artículo 5.1.b) es más restringido que el empleado en otros ámbitos del Derecho comunitario, la decisión básicamente se limita a fijar un núcleo esencial común a esa categoría de contratos, ya que establece que «el concepto de servicios implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración» (ap. 29), pero sin ulteriores precisiones sobre el particular, al margen de lo indicado con respecto a los contratos de licencia.

Pedro Alberto de MIGUEL ASENSIO

2. Reconocimiento de resoluciones extranjeras

2009-8-Pr

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES.–Orden público.–Convenio de Bruselas.–Artículo 27.1.–Exclusión del demandado del procedimiento de origen por incumplimiento de una orden judicial.

Preceptos: Artículo 25, 27.1 y 27.2 del Convenio de Bruselas.

«11 [...] en el marco de una reclamación de indemnización de DaimlerChrysler y CIBC contra el Sr. Gambazzi, la High Court of Justice (England & Wales), dictó el [...] una resolución mediante la cual, por un lado, se bloqueaba con carácter cautelar parte del patrimonio del Sr. Gambazzi (“freezing order”) y [...] se le ordenaba que facilitase información sobre su patrimonio y que presentase determinados documentos [...] relativos al asunto del procedimiento (“disclosure order”).

12 *El Sr. Gambazzi no cumplió las obligaciones derivadas de la “disclosure order” (...) la High Court dictó [...] una resolución [...] a tenor de la cual se prohibía al Sr. Gambazzi que siguiera participando en el procedimiento si no cumplía las obligaciones (“unless order”).*

15 *Al no haber cumplido las obligaciones que se le impusieron [...] el órgano jurisdiccional inglés consideró su actitud como “contempt of Court” (desacato), por lo que fue excluido del procedimiento (“debarment”).*

17 *A instancias de DaimlerChrysler y CIBC, la Corte d’appello di Milano [...] otorgó la ejecución en Italia de las resoluciones de la High Court.*

18 *El Sr. Gambazzi interpuso recurso contra esta última resolución. Alegaba que las resoluciones no podían ser reconocidas en Italia, por ser contrarias al orden público, [...] en la medida en que se dictaron vulnerando el derecho de defensa y el principio de contradicción.*

19 *[...] la Corte d’appello di Milano [...] decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia [...] si, sobre la base de la cláusula del orden público establecida en el artículo 27 [...] del Convenio de Bruselas, el juez del Estado en que se solicita el otorgamiento de la ejecución puede tener en cuenta el hecho de que el juez del Estado en el que se adoptó la resolución ha negado a la parte que ha perdido el proceso la posibilidad de desarrollar cualquier actividad en su defensa [...].*

26 *[...] el Tribunal de Justicia declaró que, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, si le corresponde controlar los límites dentro de los cuales [...] pueden recurrir a este concepto [...].*

48 *Procede [...] responder a la cuestión planteada que el artículo 27, número 1, del Convenio de Bruselas, debe interpretarse en el sentido de que el juez del Estado requerido puede tener en cuenta, a la luz de la cláusula de orden público contemplada en dicho artículo, el hecho de que el juez del Estado de origen se haya pronunciado sobre las pretensiones del demandante sin oír al demandado[...].»*

[Sentencia TJCE de 2 de abril de 2009.—Asunto C-394/07.—Juez Ponente: Peter Jann].

F.: Aranzadi Westlaw: TJCE/2009/78.

Nota: 1. La sentencia objeto de este comentario es una nueva muestra de la ocasión otorgada al TJCE para establecer la posible vulneración de una resolución del orden público contenido en el artículo 27.1 del Convenio de Bruselas. La resolución tiene su origen en un litigio relativo a una reclamación de indemnización por parte de *DaimlerChrysler Canada Inc.* y *CIBC Mellon Trust Company* contra Marco Gambazzi ante la High Court of Justice, en el que el Tribunal inglés excluyó del procedimiento al demandado (debarment), negándole la posibilidad de desarrollar cualquier actividad de defensa y tratándole como un demandado en rebeldía, por el incumplimiento reiterado de obligaciones impuestas por el tribunal relacionadas con la facilitación de información sobre su patrimonio y la presentación de documentos relativos al procedimiento. La High Court of Justice, tras desestimar los recursos planteados por el demandado contra las resoluciones que motivaron su exclusión del procedimiento, dictó sentencia acogiendo las pretensiones de los demandantes, que solicitaron su reconocimiento en Italia ante la Corte d’appello di Milano. El Sr. Gambazzi interpuso recurso ante el Tribunal italiano alegando que las resoluciones inglesas no podían ser reconocidas en Italia por vulnerar el orden público en el sentido del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas, al haber sido dictadas vulnerando su derecho de defensa, lo que propició la suspensión del procedimiento por parte del órgano jurisdiccional italiano y el planteamiento ante el TJCE de una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del precepto.

En la presente nota prescindiremos de cuestiones coyunturales o accesorias de la sentencia y analizaremos sucintamente la motivación llevada cabo por el Tribunal, la concreta solución

aportada, la conveniencia y oportunidad de la misma y las posibles razones que le han podido llevar a manifestarse en tal sentido.

2. El TJCE, fiel a lo que ya había establecido tanto en el asunto *Krombach* [STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Dieter Krombach c. André Bamberskicita* (TJCE\2000\57)] como en el asunto *Renault* [STJCE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/08, *Renault SA c. Maxica SpA y otros* (TJCE\2000\89)] construye su razonamiento sobre la idea de un orden público comunitario, que trasciende del orden público nacional y forma a su vez parte de él. Esta idea se hace patente, de un lado, en el reparto de tareas que realiza el Tribunal entre el juez del foro, encargado de definir el concepto de orden público del Estado requerido del artículo 27.1 CB, y las suyas propias, asumiendo el control de los límites dentro de los cuales el juez puede acudir a este concepto, que vienen condicionados por el orden público comunitario (vide en este sentido ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario», *Revista Jurídica Española La Ley*, núm 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1-4, p. 4 y CARBALLO PIÑEIRO, L. «Orden jurídico comunitario, derechos fundamentales e interpretación del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas», *Diario La Ley*, D-102, tomo 3, p. 7). De otro lado, la idea de un orden público comunitario se evidencia, asimismo, en las propias valoraciones del Tribunal de Justicia, reflejadas en la sentencia, en torno al derecho de defensa, sobre el que destaca su carácter de *derecho fundamental común* a los Estados miembros, parte integrante, por tanto, del orden público comunitario (en este sentido la Abogada General Kokkot hace hincapié en la labor del Tribunal de Justicia como garante de los derechos fundamentales, labor para la que se inspira en las tradiciones constitucionales comunes y en los instrumentos internacionales, apartado 39).

3. El Tribunal de Justicia no entra a valorar la eventual contrariedad de la resolución inglesa con el orden público comunitario por vulnerar el derecho de defensa del demandado y, por tanto, su contrariedad con el orden público italiano. Se limita a establecer, al igual que en el asunto *Krombach* y distanciándose de la solución otorgada en el asunto *Renault*, en el que sí entró a valorar si la concreta resolución francesa vulneraba el orden público italiano, que el juez del Estado requerido «puede tener en cuenta» el hecho de que el juez del Estado de origen se haya pronunciado sobre las pretensiones del demandante sin oír al demandado.

Como es bien sabido, la aplicación de la cláusula de orden público contenida en el artículo 27.1 del Convenio de Bruselas ha de ser excepcional y operar únicamente en aquellos supuestos en los que la resolución cuyo reconocimiento se pretende vulnera un principio del Estado requerido o un derecho fundamental. La propia finalidad del Convenio de Bruselas, tendente a lograr la libre circulación de resoluciones, exige esta interpretación restrictiva del precepto. Sin embargo, creemos que hubiese sido deseable que el TJCE hubiese determinado que la resolución inglesa es contraria al orden público a la luz del artículo 27.1 CB. En efecto, si bien es cierto que la eficacia en la administración de justicia justifica restricciones del derecho de defensa, consideramos que la exclusión del demandado del procedimiento, por el incumplimiento de una obligación impuesta por el tribunal tendente a la obtención de documentos, sin la consiguiente posibilidad de ser oído, es desproporcionada, contraría el principio de contradicción y vulnera, por tanto, la tutela judicial efectiva, principio común de los Estados miembros. El propio TEDH ha establecido en el caso *Krombach* [STEDH de 13 de febrero de 2001 (TEDH 2001\88)] que la prohibición impuesta al demandado de defenderse, como sanción en este caso debida a su falta de comparecencia personal, es desproporcionada y vulnera el artículo 6.1 CEDH.

4. En cuanto a la razón que puede haber llevado al Tribunal de Justicia a no determinar la contrariedad de la resolución inglesa con el orden público comunitario y a dejar en manos del juez del Estado requerido un pronunciamiento sobre la aplicación al caso del artículo 27.1 CB, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que la solución aportada es una de las posibilidades

de pronunciamiento que tenía el Tribunal, junto con la determinación expresa de que la resolución inglesa vulneraba, o no, el orden público; en segundo lugar, atendiendo al propio tenor literal de la cuestión prejudicial, según la cual el juez del Estado requerido se plantea si «puede tener en cuenta» que el juez inglés se haya pronunciado sin oír al demandado; la respuesta otorgada por el Tribunal de Justicia no es, en absoluto, incongruente, sino que puede resultar adecuada habida cuenta de los términos en los que está formulada la cuestión. No obstante, queremos llamar la atención sobre un posible trasfondo político en la solución aportada por el TJCE, que le puede haber llevado a no pronunciarse sobre la vulneración del orden público comunitario en el caso concreto debido al resultado que tendría un pronunciamiento en este sentido; la determinación de la vulneración de la sentencia inglesa con el orden público por parte del Tribunal de Justicia tendría unas consecuencias que necesariamente trascienden de la simple denegación de reconocimiento de la resolución aislada, ya que implicaría la consideración de la institución inglesa del *debarment* como contraria al orden público comunitario, con la consiguiente denegación sistemática de toda resolución en la que la institución fuese aplicada.

5. En conclusión, el TJCE realiza un interesante razonamiento sobre la relevancia del derecho de defensa, en el que la existencia de un orden público comunitario, formado por derechos fundamentales y principios comunes, aparece como eje vertebrador. Sin embargo no concluye con el colofón que consideramos conveniente a una motivación en tal sentido, la determinación contundente de que la resolución en la que el juez se pronuncia sobre las pretensiones del demandante sin oír al demandado por su exclusión forzosa del proceso vulnera la tutela judicial efectiva y, por tanto, es contrario al orden público.

Paula PARADELA AREÁN

2009-9-Pr

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS. Procedimiento.—Recurso contra la resolución relativa a la solicitud de ejecución de una sentencia extranjera.—Artículo 43.1 del Reglamento (CE) núm. 44/2001.—Concepto de parte procesal en fase de recurso.—Acreedor de un deudor que no interviene formalmente como parte procesal y que interpone un recurso contra una resolución relativa a la solicitud de ejecución de una sentencia extranjera: no es parte.

Preceptos aplicados: artículo 43.1 R. 44/2001.

[...] el órgano jurisdiccional nacional señala que el texto del artículo 43, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001 difiere del texto del artículo 36 del Convenio de Bruselas.

No obstante, el examen del sistema instituido por el Convenio de Bruselas en relación con el instaurado por el Reglamento núm. 44/2001 pone de relieve que el texto del artículo 43, apartado 1, de este Reglamento no debe compararse con el texto del artículo 36, apartado 1, de dicho Convenio, sino con el texto del propio artículo 36 en relación con el artículo 40 del referido Convenio.

En efecto, del artículo 36, apartado 1, del Convenio de Bruselas, por una parte, y del artículo 40, apartado 1, de este Convenio, por otra, se desprende que tanto la parte contra la que se solicita la ejecución como la parte demandante puede interponer un recurso, si se desestima su solicitud. Así, la lectura de estas dos disposiciones pone de relieve que una u otra parte del procedimiento de autorización de la ejecución puede promover un recurso contra la resolución que declare la ejecución, lo cual equivale al contenido del artículo 43, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001, que reagrupa de este modo ambas disposiciones distintas del Convenio de Bruselas (...)

El artículo 43, apartado 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, debe interpretarse en el sentido de que un acreedor de un deudor no puede interponer un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de ejecución si no ha intervenido formalmente como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor haya solicitado tal ejecución.

[Sentencia TJCE de 23 de abril de 2009, As. C-167/08, Draka NK Cables Ltd, AB Sandvik International, VO Sembodja BV, Parc Healthcare International Ltd c. Omnipol Ltd. Juez ponente: E. Levits.]

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

Nota. 1. La cuestión prejudicial se planteó en el marco de un litigio entre varios acreedores del *Central Bank of Iraq* (CBI), a saber, *Draka NK Cables Ltd*, con domicilio social en Finlandia, *AB Sandvik International*, en Suecia, *VO Sembodja BV*, en los Países Bajos y *Parc Healthcare International Ltd*, en Irlanda (los demandantes), frente a otro acreedor del CBI, *Omnipol Ltd*, con domicilio social en la República Checa, respecto de una resolución dictada por el *Rechtbank van eerste aanleg te Brussel* que otorga el exequátur y por la que se autoriza la ejecución de una sentencia del *Gerechtshof te Amsterdam de 11-12-2003* referente a los créditos de *Omnipol* contra el CBI.

Los acreedores demandantes y *Omnipol* se ven afectados por el reparto equitativo de las cantidades pertenecientes al CBI. El importe del crédito de *Omnipol*, fundado en una sentencia del *Gerechtshof te Amsterdam* de 11-12-2003, corresponde a la mitad del total de los créditos contra el CBI. El *Rechtbank van eerste aanleg te Brussel* autorizó la ejecución de esta sentencia ex artículos 38 ss. R. 44, resolución de exequátur que fue recurrida conjuntamente por los otros acreedores al amparo de la *acción oblicua* del artículo 1166 *Burgerlijk Wetboek* belga y del artículo 43.1 R. 44, a fin de impedir la ejecución de la sentencia dictada por el *Gerechtshof te Amsterdam*. En el 2005, el *Rechtbank van eerste aanleg te Brussel* no admitió el recurso entendiendo que, aunque el artículo 1166 *Burgerlijk Wetboek* belga reconoce a los acreedores el derecho a ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, éstos no pueden ser considerados *partes* a efectos del artículo 43.1 R. 44. En desacuerdo con ello, los demandantes recurrieron de nuevo esta resolución en casación ante el *Hof van Cassatie*, el cual planteó al TJCE una cuestión prejudicial en los términos de si debe considerarse *parte* en el sentido del artículo 43.1 R. 44 a un acreedor que ejercite una acción en nombre y por cuenta de su deudor, esto es, una parte que puede interponer un recurso contra una resolución sobre una solicitud de ejecución, aunque formalmente no haya actuado como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor formuló tal solicitud.

2. No extraña el recurso a las normas del ordenamiento jurídico del Estado requerido aun cuando el reconocimiento de una resolución extranjera se resuelva ex R. 44. Así es, desde la óptica del ordenamiento español, a la hora de aplicar, p.e., los artículos 387 y siguientes LEC 2000 para *dar forma* al procedimiento conforme al cual sustanciar el reconocimiento incidental establecido en el R. 44; o el artículo 956 LEC 1881 para determinar las modalidades de presentación de la solicitud de exequátur de una resolución extranjera. En la sentencia que comentamos, en cambio, el TJCE estima la irrelevancia del artículo 1116 *Burgerlijk Wetboek* belga para justificar la condición de *parte* de unos acreedores que desean recurrir la resolución que concedió el exequátur a la sentencia holandesa. Traducido al ordenamiento jurídico español, supondría la no pertinencia de disposiciones tales como la acción subrogatoria u oblicua del artículo 1111 CC español, que permite a los acreedores ejercitar las acciones que el deudor tuviera sin utilizar contra sus propios deudores, una vez agotados o infructuosos los otros medios de satisfacción. O, desde la óptica de otros ordenamientos como el francés, de precep-

tos de sentido equivalente a los expuestos como el artículo 1166 de su *Code civil*. A nuestro entender, la respuesta del TJCE, siguiendo su jurisprudencia anterior (*STJCE 2-7-1985*, As. C- 148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank*), se ajusta a la normativa comunitaria.

A) En primer lugar, porque el recurso a las normas de Derecho autónomo *en aplicación* del R. 44 no es ilimitada: sólo es posible (necesaria) cuando el R. carece de normas que regulen las posibilidades que la propia normativa reglamentaria ofrece (p.e., reconocimiento incidental, que el artículo 33.3 R. 44 establece, pero sin aportar normas sobre *su iter*); o cuando es el propio Reglamento el que se remite expresamente a las disposiciones de Derecho autónomo (p.e.: modalidades de presentación de la solicitud de exequátur, que el art. 40.1 R. 44 entiende que «...se determinarán con arreglo a la Ley del Estado miembro en el que se solicitare la ejecución...»). El caso que nos ocupa, en cambio, no responde a ninguna de estas situaciones: el R. 44 sí ofrece una respuesta completa en lo que se refiere a quiénes son *parte* en fase de reconocimiento y recursos. Aunque el artículo 43 R. 44 establece que la resolución sobre la solicitud de exequátur podrá ser recurrida por «...cualquiera de las partes...», realmente está pensando tanto en la parte contra la que se solicita la ejecución, como en la parte solicitante de la ejecución. O, lo que es lo mismo, sólo son *parte* en fase de recurso aquéllos que han intervenido formalmente como *parte procesal* en primera fase de reconocimiento (FD 31 y fallo). Es cierto que el artículo 43 R. 44 no dice lo mismo que su equivalente en el CB, el anterior artículo 36 CB, que habla de que pueden recurrir la resolución de exequátur «...la parte contra la cual se hubiera solicitado...», frente al «... cualquiera de las partes...» del artículo 43 R. 44. Ahora bien, este cambio es más formal que de fondo (FD 24): el artículo 43.1 R. 44 no debe compararse sólo con el artículo 36 CB, esto es, aunque es cierto que el artículo 43 R. 44 sí sustituye al artículo 36 CB, no debe olvidarse que lo hace conjuntamente con el artículo 40 CB, que disponía que «...si la solicitud (de exequátur) fuera desestimada, el solicitante podrá interponer recurso...». Y, como se ve, estos preceptos identifican como *parte procesal* tanto a la *parte contra la que se solicita la ejecución* (en el caso, CBI), como la *parte solicitante del reconocimiento si se desestima su solicitud* (en nuestro caso, Omnipol), de modo que son sólo éstos quienes pueden interponer un recurso contra la resolución que declare la ejecución, y no otros interesados, en nuestro caso, aquellos otros acreedores distintos a *Omnipol*. El artículo 43.1 R. 44 reagrupa, pues, estas dos disposiciones distintas del CB. Por ello, a diferencia de lo que estima el *Hof van Cassatie* (FD 14 y 16), y dado que la diferente redacción del artículo 43.1 R. 44 no repercute en el fondo, no se justificaría una modificación en la jurisprudencia anterior del TJCE interpretando el artículo 36 CB. No debe olvidarse, a este respecto, que la normativa emitida por el legislador comunitario conforma un *sistema*, y ello exige no sólo garantizar una interpretación coherente con el resto de disposiciones comunitarias, sino también, en caso de sucesión de leyes en el tiempo, ofrecer una interpretación continuista de aquellas normas que sean sustancialmente equivalentes en ambos instrumentos, que es lo que aquí sucede, tal como requiere expresamente, con carácter general, el R. 44 respecto del CB (Cons. núm. 19 R. 44).

B) Pero es que, y ya en segundo lugar, porque, en el supuesto de permitir acudir a normas autónomas como el artículo 1116 *Burgerlijk Wetboek* belga, se pondría en riesgo el objetivo básico del R. 44: facilitar la circulación de las resoluciones extranjeras en el ámbito del espacio judicial europeo. Lo que hace el R. 44 es simplificar los procedimientos en el Estado requerido estableciendo un procedimiento de homologación muy sumario, sencillo y rápido, concediendo a la parte contra la que se solicita la ejecución la posibilidad de recurrir (art. 293 TCE; apart. 20 *STJCE 2-6-1994*, *Solo Kleinmotoren*; o apart. 14 *STJCE 17-6-1999*, *Unibank*). Ello exige no sólo la vinculación del operador jurídico a los conceptos y calificaciones jurídicas ofrecidas por el TJCE, sino también la interpretación estricta de las reglas de este procedimiento (FD 24-26). La introducción de normas de fuente autónoma a la hora de regular este procedimiento, en nuestro caso, de los recursos, pone en riesgo la necesaria aplicación unifor-

me del R. 44 en todos los Estados miembros y, con ello, una ventana abierta a un tratamiento diferente de la resolución extranjera en función del Estado requerido (GAUDEMET-TALLON, H., «Nota a STJCE 2-7-1985», *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1996, p. 346). Un sistema autónomo y completo de homologación como es el del R. 44 debe ser operativo con independencia de los sistemas jurídicos de los Estados contratantes, sólo valorados en caso de ausencia de respuesta en el instrumento comunitario (VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2007, p. 672). De ahí que el artículo 43.1 R. 44, determinando quiénes son parte, excluya los recursos contra una resolución de ejecución ofrecidos por el Derecho interno a favor de terceros interesados (*STJCE 2-7-1985, Deutsche, cit.*; *STJCE 21-4-1993, As. C-172/91, Sonntag*).

3. Ahora bien, y ya para terminar, podría pensarse que el hecho de que el tercero interesado no pueda apelar en este caso a su Derecho autónomo va a implicar que quede desprovisto de toda protección. Más todavía cuando, aunque de naturaleza controvertida, éste es el objetivo de acciones como la acción oblicua o subrogatoria (NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, 2004, p. 41). A nuestro juicio, no es así. El R. 44 sólo regula el proceso tendente a la obtención de la *declaración de ejecutividad* de una resolución extranjera, pero deja al Derecho autónomo lo que corresponde a su ejecución material. Y es en esta fase de ejecución material donde el Derecho autónomo tiene plena libertad y competencia para asegurar el respeto a los derechos de terceros ajenos al proceso original (FD 29; GAUDEMET-TALLON, H., *cit.*).

JAVIER MASEDA RODRÍGUEZ

2009-10-Pr

RECONOCIMIENTO Y DECLARACIÓN DE EJECUTIVIDAD DE SENTENCIAS. Reglamento (CE) núm. 44/2001. Resolución dictada por un tribunal chipriota con sede en la zona en la que el Gobierno ejerce un control efectivo y relativa a un inmueble situado fuera de ella. Acta de Adhesión de 2003: suspensión de la aplicación del acervo comunitario en las zonas en las que el Gobierno de la República de Chipre no ejerce un control efectivo. Motivos de denegación del reconocimiento y ejecución: infracción de los foros de competencia directa, orden público, falta de ejecutividad en el Estado de origen, respeto de los derechos de defensa.

Preceptos aplicados: artículo 22, núm. 1; artículo 34, núms. 1 y 2; art 35, ap. 1.º; artículo 38, ap. 1.º, Reglamento (CE) núm. 44/2001.

Fallo:

1) *La suspensión de la aplicación del acervo comunitario en las zonas de la República de Chipre en las que el Gobierno de este Estado miembro no ejerce un control efectivo, prevista en el artículo 1, apartado 1, del Protocolo n o 10 sobre Chipre, del Acta relativa a las condiciones de adhesión a la Unión Europea de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión, no se opone a la aplicación del Reglamento (CE) n o 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, a una resolución dictada por un tribunal chipriota con sede en la zona de la isla efectivamente controlada por el Gobierno chipriota, pero relativa a un inmueble sito en aquellas zonas.*

2) *El artículo 35, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001 no autoriza a un tribunal de un Estado miembro a denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución dictada por un tribunal de otro Estado miembro y referida a un inmueble situado en una zona del territorio de este Estado en la que el Gobierno de éste no ejerce un control efectivo.*

3) *La circunstancia de que una resolución dictada por los tribunales de un Estado miembro respecto a un inmueble sito en una zona de ese Estado en la que el Gobierno de éste no ejerce un control efectivo no pueda ejecutarse, de hecho, en el lugar donde está sito el inmueble no constituye un motivo de denegación de reconocimiento o de ejecución con arreglo al artículo 34, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001, ni implica la falta de carácter ejecutivo de tal resolución en el sentido del artículo 38, apartado 1, de dicho Reglamento.*

4) *El reconocimiento o la ejecución de una sentencia dictada en rebeldía no puede denegarse, conforme al artículo 34, número 2, del Reglamento núm. 44/2001, cuando el demandado ha podido interponer un recurso contra la resolución dictada en rebeldía y dicho recurso le ha permitido alegar que la cédula de emplazamiento o el documento equivalente no le habían sido entregados de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.*

[Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 28 de abril de 2009 en el Asunto C-420/07 (*Apostolides*).—Ponente: Sra. R. Silva de Lapuerta.]

F.: <http://curia.europa.eu>.

Nota: 1. La realidad es mucho más rica y variada que la imaginación y, sobre todo, que los casos prácticos que «inventamos» para nuestras clases tan poco prácticas de DIPr —hace años que vengo diciendo que en vez de perjudicar nuestras neuronas imaginando supuestos alambicados, es suficiente con leer las páginas de cualquier revista del corazón, en las que se contiene un auténtico manual de prácticas—. Sin embargo, el TJCE nos obsequió hace poco con un caso real digno de figurar entre nuestros supuestos inventados. Se trataba de un litigio relativo a un bien inmueble situado en la zona norte de la isla de Chipre, bajo control turco, pero planteado ante los tribunales situados en la zona bajo control del Gobierno de la República de Chipre, solicitándose posteriormente en el Reino Unido el reconocimiento y exequátur de la sentencia. La cuestión se complicaba por la concurrencia de una serie de circunstancias. Así, el Acta de Adhesión de 2003 prevé la suspensión de la aplicación del acervo comunitario en las zonas no controladas por el Gobierno de la República de Chipre. El demandante era miembro de la familia propietaria original del inmueble obligada a abandonarlo tras la invasión turca, mientras que la parte demandada era un matrimonio inglés que habían adquirido el inmueble a un tercero conforme a la normativa de la zona norte de Chipre bajo dominio turco. La demanda se interpuso ante un tribunal chipriota situado en la zona bajo control gubernamental. Después de diversas vicisitudes (cédula de emplazamiento redactada en un idioma desconocido por los demandados, laboriosas gestiones para conseguir estar representados por un abogado con licencia para actuar en la zona gubernamental, intervención fuera de plazo del abogado) el tribunal dictó en rebeldía sentencia condenatoria contra los demandados. Desestimado el recurso de los demandados frente a la resolución de primera instancia, se instó en el Reino Unido su reconocimiento y ejecución al amparo del Reglamento 44/2001. Concedido el exequátur en primera instancia, la *Court of Appeal* planteó al TJCE diversas cuestiones prejudiciales relacionadas con los ámbitos de aplicación material y territorial del Reglamento 44/2001, así como con la invocación del orden público y la falta de respeto de los derechos de defensa de las partes como motivos de denegación del reconocimiento y ejecución.

2. Por lo que respecta al ámbito espacial de aplicación del Reglamento 44/2001, el problema radicaba en la suspensión del acervo comunitario en la zona turca de Chipre, prevista en el artículo 1.1 del Protocolo núm. 10 del Acta de Adhesión del año 2003 (*DOUE* L 236, de 23-9-2003). El TJCE considera determinante que el tribunal que conoció del asunto estuviera

situado en la parte controlada por el Gobierno chipriota, por lo que tenía el deber de aplicar el Reglamento siempre que concurrieran el resto de ámbitos de aplicación. Recordó así una obviedad: que los foros del Reglamento deben ser aplicados por los tribunales situados en el territorio de los Estados miembros, no obligando a los radicados en terceros países (arts. 1.3 y 68 Reglamento 44/2001 e.r. con artículo 299 TCEE) (FFJJ 37 y 38). Me parece acertado que el TJCE no utilice la distinción, sugerida por el Abogado General en sus Conclusiones, entre *ámbito territorial de aplicación* y *ámbito de referencia* del Reglamento, entendido este último como aquel al que pueden ir referidas las resoluciones dictadas por los tribunales de un Estado miembro y que incluye también países terceros (núms. 28 ss. de las Conclusiones). Se trata de una distinción artificiosa que, en mi opinión, denota una incomprensión de los ámbitos de aplicación (material, personal, espacial y temporal) del Reglamento (véase GARAU, F., *Lecciones de DPCI*, 2.ª edic., Palma de Mallorca, 2008, pp. 67-68).

En relación con el ámbito material del Reglamento, el TJCE se limita a aplicar su consolidada jurisprudencia [por todas, STJCE de 14-10-1976, Asunto 29/76 (*LTU*), *Recueil*, 1976, pp. 1541 ss.]. Así, aunque el litigio tenía por objeto un inmueble sobre el que se planteaban derechos de devolución y de indemnización, considera que la acción no tenía por objeto actuaciones que constituirían manifestaciones de las prerrogativas del poder público, antes bien se dirigían contra actos realizados por particulares y se reclamaban derechos de naturaleza civil relacionados con la entrega de un terreno y con el resarcimiento ante la imposibilidad de poder utilizarlo (FFJJ 40 y ss., núms. 5 ss. de las Conclusiones AG).

3. Un segundo grupo de cuestiones giraba en torno a la existencia de posibles motivos de denegación del reconocimiento y del exequátur de la resolución que se había dictado. El TJCE considera que no es posible aplicar el motivo del *artículo 35.1 del Reglamento* –infracción por el tribunal de origen de un foro exclusivo–, puesto que el foro del artículo 22.1 se refiere únicamente a la competencia internacional (tribunales de Chipre) y no a la territorial (tribunales de la zona de Chipre de situación del inmueble) (FJ 48). Me parece acertada la precisión, porque en algunas ocasiones el Reglamento fija explícitamente la competencia territorial e implícitamente la internacional, como sucede, p. ej., con el foro del artículo 16.1 («tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor»).

Tampoco puede denegarse el reconocimiento por el motivo del *artículo 34.1 (orden pública)*, arguyéndose que la sentencia dictada no podía ser ejecutada en el territorio en el que se ubica el inmueble. Si bien la fijación del concepto de OP en cada Estado miembro corresponde a sus tribunales, compete al TJCE controlar los límites dentro de los que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden hacer uso de él. Es en este sentido en el que el TJCE declara que el OP *no puede utilizarse* ante una divergencia entre las normas aplicadas por el tribunal de origen y las que hubiese aplicado el tribunal requerido, en el caso que este hubiera entendido del litigio, ni tampoco para controlar la exactitud de las apreciaciones de hecho o de Derecho realizadas por el tribunal de origen (FJ 58). Solamente *cabe su utilización* cuando el reconocimiento o la ejecución de la resolución constituyan una violación manifiesta de una norma considerada esencial o de un derecho reconocido como fundamental en el Estado requerido; igualmente, cuando se considere que el tribunal de origen ha aplicado erróneamente el Derecho nacional o el comunitario y que el reconocimiento y la ejecución de la resolución constituyen una violación manifiesta de una norma esencial del Estado requerido (FFJJ 59 y 60).

Que la resolución no pudiera ser ejecutada en el territorio de situación del inmueble llevó al TJCE a autoplantearse si cabría denegar su exequátur por carecer de ejecutividad en el Estado de origen, presupuesto exigido por el *artículo 38.1 del Reglamento*. La concesión del efecto ejecutivo de una resolución mediante la declaración de ejecutividad (teoría de la concesión de los efectos) está supeditada al presupuesto de que la resolución sea ejecutiva en el Estado de origen (FJ 66) (sobre este presupuesto véase GARAU, F., *Los efectos de las resoluciones extrajeras en España*, Madrid, 1992, pp. 114 y 117). El Reglamento 44/2001 regula únicamente la

declaración de ejecutividad (exequátur) y no el proceso de ejecución, que se rige por el ordenamiento de cada Estado. Por tanto, para el artículo 38.1 es suficiente con que la resolución sea ejecutiva –permita instar el proceso de ejecución forzosa–, no garantizándose su ejecución efectiva en el Estado de origen.

Finalmente, el TJCE considera que una sentencia dictada en rebeldía no permite apelar al motivo de denegación del reconocimiento previsto en el *artículo 34.2 del Reglamento* cuando la parte demandada la ha recurrido –lo que había sucedido en este caso– o cuando, pudiéndolo hacer, no lo ha hecho (FFJJ 77 y 78). El motivo del artículo 34.2 del Reglamento presenta diferencias con el recogido en el artículo 27.2 del C.Bruselas: por un lado, el Reglamento no exige necesariamente la entrega en forma regular de la cédula de emplazamiento, sino el respeto efectivo del derecho de defensa, y, por otro lado, permite el reconocimiento siempre que la parte demandada en rebeldía no haya recurrido la resolución cuando hubiera podido hacerlo [FJ 75 y STJCE de 14-12-2006, Asunto C-283/05 (*ASML*), *Recopilación*, 2006, pp. 12041 ss., FFJJ 20 y 21].

Conclusión final conformista: La adquisición de inmuebles en la zona turca de Chipre no otorga su propiedad pero permite ser el protagonista de las clases prácticas de DIPr.

Federico F. GARAU SOBRINO

II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

1. *Ausencia*

2009-11-Pr

AUSENCIA. Competencia judicial internacional.–LOPJ. Declaración de ausencia o fallecimiento.–Español con último domicilio fuera de España.–Incompetencia de los Tribunales españoles.

Preceptos aplicados: artículo 22.3 LOPJ; artículo 36 LEC.

Fundamentos de derecho.

Único.

El recurrente sostiene que el último domicilio conocido de don Marco Antonio es el de Barcelona y, aunque su familia conocía su intención de ir a México, ello no deja de ser una simple anécdota porque en realidad ningún familiar, ni siquiera su hija, supo jamás donde residía y los únicos contactos fueron telefónicos, por lo que la competencia para conocer de este expediente sobre declaración de ausencia corresponde a los tribunales españoles.

Frente a estas alegaciones cabe oponer que en la demanda se alegaba que el último domicilio en España era uno determinado, indicando que «de dicho domicilio partió hace unos treinta años aproximadamente, con destino a México, donde al parecer se instaló».

Asimismo, en la declaración testifical de un sobrino dicha persona, el mismo manifestó que es cierto que «hace aproximadamente unos treinta años que su tío marchó a residir a México».

Por tanto, resulta claro por lo expuesto por los propios familiares, que el último domicilio del mismo no lo fue en territorio español, sin que pueda ahora alegarse que desconocen donde residía, ya que lo manifestado no es eso sino que se fue de España hace treinta años a México, donde residía.

Por tanto, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los tribunales españoles carecen de competencia en el presente supuesto, debiendo ser confirmada la resolución recurrida.

[Auto AP de Barcelona, de 21 de octubre de 2008.—Ponente: Ilma. Sra. Laura Pérez de Laza-rraga Villanueva.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/2009/36158.

Nota: 1. No es difícil prever que situaciones como la resuelta por el auto que comentamos se puedan estar repitiendo ante los tribunales españoles de forma habitual (de la misma Audiencia, *Auto AP de Barcelona, de 2 de abril de 2007*, JUR 2007\243512). Es la consecuencia más evidente del fuero de competencia judicial internacional que el artículo 22.3 LOPJ prevé para la declaración de ausencia o fallecimiento: nuestros tribunales poseen competencia «...cuando el desaparecido hubiere tenido su último domicilio en territorio español». El Auto de la AP de Barcelona no hace sino constatar que el último domicilio del desaparecido no se localizó en territorio español para declararse incompetente en aplicación del artículo 36 LEC; precepto no específicamente concebido para este tipo de expedientes, pero eficaz para hacer efectivo en este caso el axioma de que un tribunal no debe conocer de un asunto para el que carece de competencia, más en este ámbito de la jurisdicción voluntaria (vide DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado», *REDI*, 1995, pp. 41-70, p. 55, nota 59, que insiste en la necesidad de extremar el control en función de principio inquisitivo). Esta nota sólo pretende ser fedataria de la situación y reivindicar un imprescindible cambio normativo.

2. El fuero del último domicilio del desaparecido en España es un fuero racional que responde a diversos intereses que lo hacen idóneo (vide DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *loc. cit.*, pp. 53-54). No lo es, sin embargo, la ausencia de otros criterios que también podrían servir a las especiales exigencias de una estructura poblacional como la española que muestra, precisamente ahora, los problemas planteados por la abundantísima emigración, sobre todo a América, a mediados del siglo pasado. En este contexto, la posibilidad de abrir un fuero de necesidad no debe descartarse para evitar verdaderas denegaciones de justicia (claros, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., 2007, p. 233; posibilista, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *loc. cit.*, pp. 56-57). Sin perjuicio de ello, la opción por una previsión normativa específica sería más respetuosa con la positivación de los fueros de competencia que se desprende del derecho al juez predeterminado por la ley (ibídem, p. 57, nota 57, con cita de AMORES CONRADI, M.).

En este contexto, el frustrado intento del Proyecto de ley de jurisdicción voluntaria podría ser un punto de partida, a través de lo que disponía su artículo 9.3. c): «Además de los casos en los que resulte la competencia de los administradores españoles con arreglo al artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dichos administradores españoles también dispondrán de competencia internacional cuando el expediente de jurisdicción voluntaria afectare a un ciudadano de nacionalidad española o con residencia habitual en España, o cuando dicho expediente de jurisdicción voluntaria afectare a situaciones o relaciones jurídicas a las cuales es aplicable la legislación española». Que pueda ser objeto de más o menos críticas o matizaciones (vide Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, *BIMJ*, año LX, Suplemento al núm. 2025, de 15 de noviembre de 2006) no

excluye la necesidad de ampliar cuanto antes el volumen de competencia judicial internacional de nuestros Tribunales para este ámbito de problemas.

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

2. Filiación natural

2009-12-Pr

FILIACIÓN. Reconocimiento de la eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros.—Contrato de maternidad subrogada.—Gemelos nacidos en California.—Doble filiación paterna establecida por los tribunales de California.—Padres intencionales españoles y residentes en España.—Fraude.—Orden público internacional.—Interés superior del menor.—Transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros.—Acceso al Registro.

Preceptos aplicados: artículo 81 RRC; artículo 323 LEC; artículo 17.1 Código Civil; artículo 14 CE; artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989).

Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye una «decisión» adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una «decisión extranjera» en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de «Derecho aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España», en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.

La aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del artículo 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una «decisión» por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación [...].

En relación con el ajuste al orden público internacional español de la certificación registral californiana presentada, debe subrayarse que dicha certificación registral extranjera no vulnera dicho orden público internacional. En efecto, dicha certificación no lesiona

los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Es decir, la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no daña los intereses generales, esto es, no perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española. En consecuencia, la introducción en la esfera jurídica española de la certificación extranjera presentada no altera el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, como estructura supraindividual, establecido por el legislador. En concreto, el ajuste de la certificación registral extranjera presentada al orden público internacional español se explica por los siguientes motivos [...].

En sexto lugar no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el artículo 12.4 del Código Civil para los casos internacionales y, en general, el artículo 6.4 del Código Civil. Los interesados no han utilizado una «norma de conflicto» ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una Ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como «Forum Shopping fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible erga omnes. Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés «superior» (vide de nuevo el citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989), de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido. Y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

En séptimo lugar, es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vide art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el «Derecho aplicable» a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial (California Family Code section 7611). Ahora bien, debe recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas (vide art. 2 Ley del Registro Civil). Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales

españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de «cosa juzgada».

[Res. DGRN de 18 de febrero de 2009. Ponente: Dra. General de los Registros y del Notariado: Pilar Blanco-Morales Limones.]

F.: *Aranzadi Westlaw*: RJ/2009/1735.

Nota. 1. La RDGRN de 18 de febrero de 2009 resuelve favorablemente el recurso interpuesto, por un matrimonio de españoles residentes en España, contra el auto del Encargado del Registro Consular, que deniega la transcripción en el Registro Civil español de los certificados de nacimiento extranjeros, en los que consta la doble paternidad de unos gemelos nacidos mediante gestación por sustitución en California. Sin perjuicio de un mayor desarrollo en un trabajo en curso («Reconocimiento en España de la inscripción de la doble filiación paterna de dos niños nacidos mediante maternidad subrogada en California», *InDREt*, 2009) y dados los límites de extensión de la nota, procederemos directamente al comentario de los puntos siguientes:

2. *Cuestión resuelta y cuestiones no resueltas*: La DGRN ordena la transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros, pero deja claro que su decisión no prejuzga las cuestiones de fondo relativas a la validez del contrato, la filiación y el efecto de cosa juzgada de la decisión judicial extranjera, que establece la doble paternidad de los menores antes de su nacimiento. Así, el FJ quinto precisa que: «... cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles *establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos*. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce el efectos jurídicos de ‘cosa juzgada’».

El control de legalidad al que procede la DG no es un control conflictual ni basado en la exigencia previa del exequátur de la decisión judicial californiana, aunque existe –a nuestro entender– una relación de causa-efecto entre tal decisión y los certificados de nacimiento. La DGRN acota el control de legalidad –sobre la base del artículo 81 del RRC– a la cuestión de la *eficacia probatoria* de los certificados de nacimiento como documentos públicos extranjeros (art. 323 LEC), y, notablemente, al límite del «orden público internacional». Los argumentos que aporta la RDGRN, respecto a la competencia judicial internacional podrían, empero, dar a pensar en una suerte de «control incidental» de la sentencia californiana, suscitando la duda de si la vía a seguir era la del artículo 81 RRC o la del artículo 83 del RRC (exequátur) ¿Acaso pueden separarse la sentencia y el certificado cuando el título que sirve para su expedición es la sentencia que establece la filiación?

3. *Métodos concurrentes en DIP*: Efectuada la transcripción, para las cuestiones de fondo no resueltas concurrirían varios métodos en el DIP: el de las leyes de policía, el de los conflictos de leyes y el del reconocimiento de las decisiones judiciales y las situaciones jurídicas. El método de las leyes de policía (art. 10 LTRHA), afecta, ante todo, a la nulidad del contrato. Pero las cuestiones relativas al establecimiento del *estatus filii* de los menores cabría disociarlas de la cuestión contractual, sujetando la filiación al derecho español aplicable (art. 9.4. CC). A su tenor, es posible reconocer la filiación biológica paterna, ante los tribunales (art. 10 LTRHA). Ahora bien, difícilmente tendrán los menores una doble filiación si la madre que da a luz no los reclama, y no consta ni en los certificados ni en los documentos del hospital. Cabría *de lege ferenda* abrir otras posibilidades como la adopción del hijo del cónyuge (Holanda) o el reconocimiento al confirmarse la «posesión de estado» (Bélgica).

La cuestión de la filiación podría plantearse a título principal (si la madre gestante reclama a los menores) o al hilo de una cuestión previa (por ejemplo, si falleciera el padre intencional no-biológico y un hijo anterior de éste impugnara, en la sucesión intestada, la cualidad de hijos de los gemelos). En todo caso, si los tribunales llegaran a pronunciarse sobre la filiación, apli-

cando el derecho español (art. 10 LTRHA) su decisión podría acarrear la nulidad de la transcripción ahora ordenada por la DGRN. Salvo, claro está, que se reconociera la doble filiación paterna establecida por la sentencia californiana (art. 954 LEC).

4. *Reconocimiento de la situación jurídica, creada en el país de origen y alejada del país de reconocimiento*: El método del reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero, al amparo de una autoridad y su ordenamiento, presupone un alejamiento inicial de la situación con el país al que se le solicita el reconocimiento. Es decir, la ausencia de fraude. En tal caso, difícilmente se respetarían, por no serlo, las «legítimas» expectativas de las partes. El Estado de reconocimiento que cuenta con una ley prohibitiva no está obligado a aceptar las situaciones creadas por la voluntad de los interesados, con el concurso de las autoridades y al amparo de una legislación permisiva, cuando ésta ley no establece límites a los extranjeros no residentes que eviten crear filiaciones claudicantes. La búsqueda de la armonía internacional de soluciones ha de darse en el momento de la creación de la situación y no sólo en sede de reconocimiento. En definitiva, cabe esperar de un «Estado amigo» (palabras de la DGRN) que limite el acceso de a la maternidad subrogada respecto a los extranjeros no residentes (o que no aliente el llamado, despectivamente, turismo procreativo), y que no extienda la competencia judicial internacional de sus tribunales (y su ley) para la determinación de la filiación de unos menores, todavía no nacidos, que serán educados en nuestro territorio por una familia nacional y residente. Otros países, empero, como Grecia, Israel o el Reino Unido limitan el acceso a de los extranjeros y la posibilidad de que los tribunales se pronuncien sobre la filiación de los menores. No es así en el caso de California, que sólo exige que la gestante resida en dicho Estado norteamericano para evitar los conflictos inter-federales, pues la admisión de la gestación por sustitución no está generalizada en el país.

5. *Fraude al conflicto de calificaciones; y, por ende, a la norma de conflicto*: El fraude a la ley es acotado por la DG a lo que se entiende estrictamente por fraude a la ley en los conflictos de leyes (art. 12.4 CC). La parca solución que ofrece dicho artículo suele extenderse con la previsión genérica del artículo 6.4 CC, pero se reconduce a través del límite o excepción del orden público internacional. Más aún, considera la DGRN que no existe tal fraude. Sin embargo, la gestación por sustitución comporta un fraude al «conflicto de calificaciones».

Cabe recordar que fue mérito de Kahn y Bartin el haber aislado el «problema de las calificaciones» en el DIP –incluso antes de que se hiciera en otras disciplinas– acercándolo a la cuestión de los «conjuntos normativos». En esa época, empero, (S. XIX), el análisis presentaba lagunas, pues no se había profundizado aún en las cuestiones relativas a la aplicación de oficio de la norma de conflicto, el fraude a la ley y el orden público internacional. Con posterioridad, la doctrina trató el «objeto de la calificación», teniendo en cuenta a la *pretensión en su conjunto* [ANCEL, B., «L'objet de la qualification», *JDI (Clunet)*, 1980, p. 227]. En la gestación por sustitución la cuestión contractual absorbe (oculta) la cuestión de la filiación. El contrato «deslocaliza» o internacionaliza la pretensión jurídica relativa a la filiación y la competencia de autoridades (y de su ley) para decidir sobre la misma. El juez extranjero se pronuncia (en base a su ley) sobre la filiación de los futuros hijos de españoles residentes (antes de su nacimiento) cuando su competencia nace de la voluntad de las partes (contrato), y no siendo la filiación ni el estado civil de los menores de la libre disposición de las mismas. El contrato de maternidad subrogada permite el «fraude al conflicto de calificaciones»; y, por tanto, a la norma de conflicto.

6. *Límite del orden público internacional (interés superior del Niño e interés de los menores in casu)*: La cláusula del «interés superior del Niño» en los pleitos que le conciernen conduce a la DGRN a ordenar –sin prejuzgar la cuestión de fondo (filiación)– la transcripción el Registro Civil español. Es una solución de justicia material destinada a facilitar la vida de los menores y de su familia en nuestro territorio. Los certificados de nacimiento extranjeros obtienen la fe pública registral y una presunción *iuris tantum* de veracidad y legalidad, que atiende al interés de los menores en el caso concreto.

El mismo principio (el interés superior del Niño) puede conducir, empero, a una solución opuesta, en éste ámbito, pues el interés del «Niño», de todos los niños en general, exige poner a la persona humana al abrigo del comercio o de los efectos perversos que entraña la mercantilización de la práctica médica y el contrato de gestación por sustitución (el niño como objeto de contrato y la joven gestante como instrumento de alienación o explotación), y al abrigo del «derecho al niño» (y no del niño a una familia, al que se ha referido el TEDH en el caso de la adopción).

El interés del Niño y el de los menores *in casu* han de conjugarse. El principio sería vacío sin cierta dosis de pragmatismo; y, el pragmatismo sería ciego si negase el principio (valores) que prohíben la maternidad subrogada. Sólo la unión de ambos, el principio y cierta dosis de pragmatismo, permitiría a las autoridades decidir de acuerdo a los principios y a la justicia material protectora de los menores. Éstos siempre de buena fe, y que no han de cargar con el fraude de los padres. Tal actitud está presente en la RDGRN, que atiende al interés superior de los gemelos limitando al máximo la cuestión resuelta; y, sobre todo, obviando el fraude. Y tal viene ocurriendo, en alguna medida, con las otras filiaciones no reconocidas. En otro tiempo fue el caso de la inscripción de los niños adulterinos. E, incluso, hoy, de los menores que nacen de relaciones incestuosas, pues nuestra legislación no excluye completamente –aunque la limita y la condiciona– la posibilidad de que lleguen a tener una doble filiación inscrita (art. 125 Código Civil).

7. *Disociación entre el contrato y el estatus filii*: El artículo 10 LTRHA ofrece las características de una ley de policía contractual. Pero la nulidad del contrato no entraña la consecuencia grave para el *status filii* de que se vea privado del reconocimiento de la filiación biológica paterna. No hay un reconocimiento automático e instantáneo de la paternidad (o de la sentencia extranjera que establece la doble filiación paterna), pero cabe que el padre biológico reconozca al menor ante los tribunales. No estamos, aquí, ante la solución drástica del *fraus omnia corrumpit*. Que dejaría a los menores huérfanos y apátridas.

El legislador puede intervenir para atender a la *doble* verdad biológica (además, social) de la maternidad en los supuestos de «gestación por sustitución» en los que la madre intencional es, también, la madre genética (su infertilidad es uterina) sacrificándose el principio *mater semper certa est*, establecido en un momento donde era impensable la disociación entre la madre genética y la gestante, pues ambas maternidades obedecen a una realidad biológica. Ahora bien, en los casos, como el que nos ocupa, además de reconocer la paternidad biológica de uno de los padres de intención (art. 10 LTRHA), cabría *de lege ferenda* abrir la posibilidad de la adopción del hijo del cónyuge (art. 178 CC) sin ver, por tanto, en la maternidad subrogada un medio para eludir la normativa relativa a la adopción. La previsión no supondría una discriminación (art. 14 CE) con respecto a las parejas del mismo sexo *masculinas* –como señala la DGRN– por cuanto podría darse la misma solución en el caso de que la madre biológica y la madre de intención no fueran la misma. Estas previsiones se avienen, a nuestro entender, con la prohibición actual del contrato de maternidad subrogada y con la verdad biológica y social. E, incluso, con la verdad biológica del nacimiento de los menores.

Ana QUIÑONES ESCÁMEZ

3. Adopción internacional

2009-13-Pr

ADOPCIÓN INTERNACIONAL.–Reconocimiento en España de adopción constituida en Guatemala.–Constitución en España de adopción respecto a una niña nacida en Guatemala y que se encuentra en España.–Aplicación del Derecho español.–Aplicación del Derecho catalán por residir los adoptantes y el adoptando en Catalunya.

Preceptos aplicados: artículo 9.5 CC; artículos 14, 18 y 19 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional; artículos 117 y 120 del Código de Familia de Cataluña.

La resolución que se impugna deniega el reconocimiento de la adopción realizada [...] en Guatemala [...]. Por otra parte, previamente a constituirse la adopción de la menor [...] en su país de nacimiento, Guatemala, los demandantes había sido declarados idóneos por el Institut Català de l'Acolliment i de l'Adopció, para adoptar a una menor de origen guatemalteco [...].

El artículo 9,5 del Código Civil, en su redacción por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional, dispone que la adopción internacional se regirá por las normas contenidas en dicha Ley y que las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción internacional. En tales casos, la competencia para la constitución de la adopción a los Juzgados y Tribunales españoles la atribuye el artículo 14 de la Ley de Adopción Internacional. Son los artículos 18 y 19 de la referida Ley los que determinan la legislación aplicable al presente supuesto, que es la ley española, en tanto el adoptando tiene su residencia habitual en España en el momento de la constitución de la adopción [art. 18 a.)] y adquirirá, en virtud de la adopción, la nacionalidad española [art. 19.1.b)]. Residiendo adoptantes y adoptando en Catalunya, la legislación aplicable es la contenida en el Codi de Família, artículos 115 y siguientes. Y en concreto, el artículo artículo (sic) 117 del Codi de Família permite la adopción de las personas que se encuentren en situación de acogimiento preadoptivo y de las personas que se encuentren en situación de acogimiento simple de los que quieran adoptar si no es posible el retorno de aquellas a su familia.

[...]

La Sala considera estima, que en el presente caso de constitución «ex novo» de una adopción de un menor extranjero, cuya situación de acogimiento viene determinada por resolución de la autoridad competente del país de origen del menor, y de acuerdo a lo que dispone el artículo 120 del Codi de Família de Catalunya, aplicable en este territorio, no es necesario exigir la propuesta previa [...].

[Auto de la AP de Barcelona (Sección 18.ª) de 20 de octubre de 2008. Ponente: Ilma. Sra. Ana M.ª García Esquius.]

F: Aranzadi Westlaw: JUR/2009/36320.

Nota: 1. No disponemos de los detalles del caso que resuelve el Auto de la AP de Barcelona de 20 de octubre de 2008. Parece ser que se trata de la constitución en España de una adopción en el que los adoptantes son residentes en España (y, presumiblemente, españoles), mientras que la adoptanda se encuentra también en España, pero es de origen guatemalteco, habiendo sido ya adoptada en Guatemala por quienes ahora pretenden adoptarla en España. Hay que tener en cuenta, sin embargo que, de acuerdo con lo que se expone en el Hecho Primero de este Auto (en qué no reproducido), el Auto del Juzgado de Primera Instancia cuya apelación resuelve el que aquí se comenta, denegó el reconocimiento de la adopción constituida en Guatemala. No parece, sin embargo, que se hubiese solicitado propiamente el reconocimiento de la adopción guatemalteca, sino la constitución de la adopción, tal como se indica en este mismo Hecho Primero. Deberemos entender, por tanto, que el Juzgado de Primera Instancia erró al resolver sobre algo que no se le había pedido, enmendando este error el Auto que comentamos.

Partiremos, por tanto, de que unos adoptantes españoles y residentes en España constituyeron en Guatemala una adopción respecto a una menor guatemalteca. Adoptantes y adoptada se desplazaron a España y los adoptantes solicitaron en nuestro país la constitución «ex novo» de

la adopción respecto a la menor adoptada en Guatemala; seguramente para esta constitución resultaba relevante la situación creada por la adopción guatemalteca por lo que al no reconocer el Juzgado de Primera Instancia dicha adopción rechazó la constitución de la adopción (aunque el tenor de la parte dispositiva del Auto de instancia hace dudar sobre este punto). Apelado el Auto del Juzgado de Primera Instancia ante la AP de Barcelona, ésta lo revoca y constituye la adopción solicitada.

2. La primera pregunta que ha de ser resuelta es la de por qué los adoptantes no instaron directamente el reconocimiento de la adopción guatemalteca de la forma habitual para ello; esto es, mediante la solicitud de inscripción de la misma en el Registro Civil español. De haberse obtenido por esta vía el reconocimiento de la adopción no hubiera sido necesario instar una nueva constitución de adopción ante las autoridades españolas. No sabemos las razones para no haber obrado así, o si dicho reconocimiento fue solicitado y rechazado y, por lo tanto, solamente podemos especular.

Asumiendo este ejercicio de especulación, y teniendo en cuenta que en el Auto que comentamos se niega explícitamente que la adopción en Guatemala se hubiera producido en fraude de ley, podríamos aventurar que ésta había sido el fundamento considerado por el Juzgado de Primera Instancia para rechazar el reconocimiento de la adopción guatemalteca. De haber sido así hubiera resultado sorprendente, toda vez que, al ser España y Guatemala Estados Parte del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación de autoridades en materia de adopción internacional, sería este Convenio el aplicable al reconocimiento en España de la adopción guatemalteca, y tal instrumento no incluye el fraude de ley entre los motivos de denegación del reconocimiento en un Estado parte de las adopciones constituidas en otro Estado parte (vide arts. 23 y 24 del Convenio).

Sea como fuera, el Auto de la AP de Barcelona ya no se centra en el reconocimiento de la adopción guatemalteca, sino en la constitución de una nueva adopción; y para identificar el régimen jurídico aplicable a dicha constitución recurre a la Ley 54/2007 de Adopción Internacional (LAI). Sorprende aquí que se obvie totalmente el régimen realmente aplicable, que no es otro que el del Convenio de La Haya de 1993, toda vez que el Estado de origen de la menor es un Estado parte del Convenio (vide art. 2 del Convenio).

3. Sin considerar la normativa realmente aplicable, la AP acude a la reciente LAI. Sorprende –de nuevo– que se recurra a esta norma en relación a un procedimiento que se había iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la LAI (el Auto apelado se dictó el 18 de diciembre de 2007, 12 días antes de la entrada en vigor de la LAI). Hubiera resultado obligado (descartada implícitamente la consideración del Convenio de La Haya de 1993) recurrir al artículo 9.5 CC en su redacción anterior a la LAI y a las normas a las que el mismo nos remitiera. No acierta, por tanto, la AP en la identificación de la normativa realmente aplicable al caso, lo que, evidentemente, daña en la raíz la valoración jurídica que se pueda hacer del Auto que comentamos. Obviaremos, sin embargo, estos desatinos y nos centraremos en la aplicación que hace la AP de Barcelona de la LAI.

La competencia de los tribunales españoles para la constitución de la adopción no plantea dudas de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la LAI, ni tampoco la aplicación de la Ley española de acuerdo con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la LAI (el hecho de que la adoptanda adquiera la nacionalidad española por la adopción excluye la aplicación de su ley nacional *ex art. 19.1.b*). A partir de aquí resulta interesante la identificación del Derecho español aplicable, concretado en el Derecho catalán con el argumento de que adoptantes y adoptando residen en Cataluña. La solución me parece lógica, pero no puede dejar de señalarse que se haría preciso fundamentarla a partir de lo previsto en nuestro sistema de Derecho interregional que, como sabemos, remite la identificación del Derecho español aplicable a las normas de DIPr del Título Preliminar del CC.

Finalmente, no puede concluirse este brevísimo comentario sin indicar que la clave de la resolución es la consideración de que en Guatemala se había constituido un acogimiento de la menor respecto a los que pretenden ser sus padres adoptivos. No es claro si en Guatemala se había constituido un acogimiento o una adopción. Si es lo primero, nada que objetar a la decisión de la AP de Barcelona (hechas las salvedades sobre la identificación del régimen jurídico de las que ya nos hemos ocupado). Si es lo segundo, y sin salirnos del marco de la LAI, resulta más dudoso que las adopciones constituidas en el extranjero por adoptantes españoles puedan ser reconocidas en España como acogimientos cuando no puedan ser reconocidas como adopciones. El desarrollo del argumento exige más espacio del que aquí dispongo por lo que me remito para ello a un artículo de próxima aparición en la *REEI* del que somos autores Cristina González Beilfuss y yo mismo.

4. En definitiva, los tribunales españoles siguen teniendo dificultades en la identificación del régimen jurídico aplicable en los supuestos internacionales. Es un problema endémico a cuya resolución no contribuye la creciente complejidad del sistema español de DIPr (convencional, institucional y autónomo).

Rafael ARENAS GARCÍA

4. Nulidad matrimonial

2009-14-Pr

NULIDAD DEL MATRIMONIO.—Inadmisión a trámite de demanda de nulidad de matrimonio por fraude de ley.—Matrimonio marroquí coránico y poligámico celebrado por español.—Ley aplicable a la nulidad: *lex matrimonii*.

Preceptos aplicados: artículos 6.4 y 107.1 CC.

[...] Por la resolución recurrida viene en considerarse fraude de ley la situación planteada por ambos apelantes quienes han solicitado la declaración de nulidad de su matrimonio, celebrado en Marruecos y según los ritos de la ley Coránica [...].

Para considerar la existencia de un fraude de ley hay que acudir a la definición que del mismo nos da el artículo 6.4 del Código Civil [...]. El hecho de que en su día los ahora apelantes contrajeran matrimonio coránico en Marruecos constando que el varón (ya ciudadano español) sólo estaba separado de su anterior esposa, es obvio puede constituir un ilícito penal de poligamia sancionado en el vigente Código Penal en su artículo 217. Ahora bien, lo que se trata con la vigente demanda, según los actores, no es otra cosa que se declare nulo su matrimonio por la existencia (al tiempo de su celebración) de un vínculo de ligamen, lo que les permitiría —de declararse así—, poder contraer nuevo matrimonio y que éste tuviera su acceso al Registro Civil Español. Es claro que hoy por hoy nada le impide a los actores contraer nuevo matrimonio civil e inscribirlo en el Registro ya que el vínculo anterior está disuelto por divorcio desde el año 2006. Este no es un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico ni perjudica a nadie. Pueden incluso, (solución propuesta sin duda más compleja) instar la nulidad del matrimonio —por esa causa dicha, pues al parecer no hay otra—, para volver a contraerlo luego nuevamente, con arreglo a la ley española, lo que tampoco constituye un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico español. La Sala no entiende cual es el supuesto fraude que señala la Juez a quo para inadmitir la demanda formulada aunque desde luego la situación llame la atención [...]. Para el examen de la nulidad que se invoca ha de traerse a colación: primero, el artículo 9.2 del CC que establece que la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107 señalando este último artículo que

la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración, razón por la que si bien son competentes los tribunales españoles para conocer la demanda y se aplican las leyes procesales españolas, ha de acudirse a la ley extranjera conforme a la cual se celebró el matrimonio para determinar si existe causa de nulidad y regular, en su caso, sus efectos [...]. En definitiva, si las partes persisten en seguir con la nulidad interesada, es obvio no existe fraude de ley, más la ley aplicable para determinar si efectivamente existe un vicio coetáneo al matrimonio que ocasione su invalidez no puede ser otra que la ley del lugar de su celebración, esto es, la ley marroquí y no la ley española [...].

[Auto de la A.P. de Cádiz (Sección 5.ª) núm. 138/2003, de 3 de noviembre de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Romero Navarro.]

F.: *Westlaw Aranzadi*, JUR 2009/63310.

Nota: 1. Cuando se recurre en apelación la inadmisión a trámite de una demanda por parte de un JPI, del correspondiente Auto de la AP cabe esperar que resuelva en sentido positivo o negativo, motivando la decisión, y poco más. Sin embargo, no es el caso del Auto (en parte) arriba transcrito. La AP de Cádiz no se limita a estimar el recurso (vide §2): además, orienta al JPI en la solución que éste debe dar al caso, realizando una lectura del artículo 107.1 CC que, sin ser del todo novedosa, resulta merecedora de cierta atención (§3).

2. La razón que la AP de Cádiz esgrime para acoger el recurso frente a la inadmisión de la demanda, es que no entiende «cual es el supuesto fraude que señala la Juez» para justificar su decisión. Pero de ello no cabe deducir que la respuesta podría haber sido otra si el Tribunal hubiese coincidido con el JPI en su apreciación sobre la existencia de fraude. El artículo 403.1 LEC establece claramente que «las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley»; y tales casos y causas son de índole estrictamente procesal (vide De la OLIVA SANTOS, A. y Díez PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3.ª ed., Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2004, pp. 286-287). El análisis sobre el fraude de ley que (supongo) realiza el JPI ceutí comporta, a mi entender, un juicio sobre el fondo *in limine litis* que no está autorizado por el ordenamiento jurídico. A los efectos de resolver el recurso, la existencia de fraude resultaba indiferente, en la medida en que, en todo caso, sería fraude a la ley sustantiva.

La AP, sin embargo, también entra en el análisis de esta cuestión, y lo hace en relación con la solicitud de nulidad, respecto de la cual niega el fraude. Aparentemente, no concurrirían elementos que apunten a la necesidad de emplear tal figura en la interposición de la demanda, sino, en todo caso, en la celebración del matrimonio cuya nulidad se pretende. El recurrente contrajo este matrimonio en Marruecos en 2005 siendo ya español (había adquirido la nacionalidad siete años antes), de forma que parece claro que no acudió a las autoridades islámicas españolas, sino a las marroquíes, porque el matrimonio español le estaba vetado: aún no había obtenido el divorcio de su matrimonio anterior. ¿Buscó el contrayente, con ello, la cobertura de la norma de conflicto que permite a los españoles celebrar su matrimonio con arreglo a una ley extranjera –art. 49.2 CC– para eludir la aplicación de normas imperativas españolas? Si así fuese, su actuación respondería a la caracterización que realiza del fraude de ley el artículo 12.4 CC (que la AP no menciona). Sin embargo, aunque la prohibición de la poligamia pudiera considerarse una norma imperativa, lo cierto es que no parece que hubiera pretensión ninguna de emplear normas españolas como cobertura, sino, más bien, de desvincularse de su aplicación. El hecho de celebrar un matrimonio extranjero en una forma admitida no implica que se vaya a lograr que tenga efectos con arreglo al ordenamiento jurídico español. No hubo, por tanto, fraude de ley, porque no se pretendía obtener (ni se obtuvo) el reconocimiento del matrimonio por parte del ordenamiento español: el matrimonio podía ser válido conforme al Derecho marroquí (siempre que el contrayente tuviese también la nacionalidad marroquí, dado

que a los extranjeros en Marruecos se les exige la exhibición de un certificado de capacidad matrimonial expedido por las autoridades de su nacionalidad), pero no tendría efectos desde el punto de vista del español. Y el caso es que ahora se pretende de los tribunales españoles la declaración de nulidad del matrimonio, reproduciendo la conducta anterior: no se acude a los órganos jurisdiccionales marroquíes, porque el matrimonio no será declarado nulo por ellos. En su día quiso situarse al amparo del ordenamiento extranjero y ahora apela al Derecho español; mas, como he indicado, no creo que en ello haya fraude.

3. La segunda de las cuestiones de interés radica en la concreción de ley aplicable a la nulidad del vínculo, respecto de la cual la AP afirma categóricamente que no puede ser otra que la ley conforme a la cual se celebró el matrimonio, esto es, la ley marroquí. Sin embargo, esta lectura del artículo 107.1 CC no es indiscutida. Antes al contrario, lo que se defiende tradicionalmente es que dicha norma remite a la ley nacional de cada uno de los contrayentes en lo que respecta a la capacidad y al consentimiento (art. 9.1 CC) y a la *lex patriae* o la *lex loci celebrationis* en lo referido a la forma (arts. 49 y 50 CC) (vide, v.gr., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4.ª ed., Thomson/Civitas, Navarra, 2004, p. 366; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 9.ª ed., Comares, Granada, 2008, p. 193). Tampoco es, como he indicado antes, una interpretación del todo novedosa: en la jurisprudencia existen precedentes como el de la Sent. AP de Barcelona (Sección 12.ª) núm. 279/2004, de 10 de mayo (*Westlaw Aranzadi*, JUR/2004/181213); y en la doctrina ha sido defendida esencialmente por Rafael Arenas (Vide ARENAS GARCÍA, R., *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. 237-245). Pero lo cierto es que se adscribe a una visión del tratamiento de los matrimonios en DIPr que celebro y comparto, asentada la distinción entre matrimonios españoles y matrimonios extranjeros. En aquéllos se plantea un problema de conflicto de leyes en lo que respecta a la capacidad (*ibidem*, pp. 201-205); y en éstos, generalmente, un problema de reconocimiento (vide, también, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Barcelona, Atelier, 2007). Pero en esta ocasión se solicita la declaración de nulidad; y esta cuestión debe regirse, según la AP de Cádiz, por la ley extranjera conforme a la cual se celebró el matrimonio. Como la AP de Barcelona afirma en la resolución antes referida –a mi juicio, de forma correcta; vide otra opinión en CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 193–, «la validez [...] de un matrimonio celebrado en Marruecos conforme a la legislación de dicho país y en el ámbito de la confesión islámica, debe ser juzgada conforme al derecho de dicho estado y no tiene el menor sentido que se enjuicie el tema de fondo según la ley española, que no rigió la celebración de dichas nupcias» (FD Segundo). Añade la AP de Barcelona que, no obstante, el orden público intervendrá frente al reconocimiento de efectos de matrimonios extranjeros que lo infrinjan, apuntando a la posibilidad de que un matrimonio que no sea declarado nulo (porque no lo es según la *lex matrimonii*), tampoco tenga efectos en nuestro sistema (FD Tercero). Y también coincide en esta apreciación. Ya lo advierte la AP de Cádiz: nada impide al recurrente celebrar un nuevo matrimonio en España, puesto que el primero fue disuelto en 2006, y el segundo carece de todo efecto por su contrariedad con el orden público. Para qué declarar nulo un matrimonio extranjero que es válido según el ordenamiento jurídico conforme al cual se celebró, si carece de efectos en nuestro sistema. Para qué dictar una resolución que no resultará reconocida en el país en el que se celebró el vínculo (vide sobre este problema, en el contexto comunitario, ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «La «europeización» de decisiones de Derecho privado», *REDI*, 2008, pp. 39-69, en nota 33, p. 47).

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

5. Régimen económico matrimonial

2009-15-Pr

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.—Celebración de matrimonio en el extranjero.—Ley aplicable a la forma.—Tempus regit actum.

Preceptos aplicados: artículo 9, 11, 12, 1280, 1321 CC (1889).

Primero.—La parte demandante combate la sentencia de instancia en la cuestión que ha sido objeto de debate, cual es la determinación del régimen económico matrimonial de los difuntos consortes don Lázaro y doña Remedios, casados en el exilio derivado de la guerra civil española, padres de los aquí litigantes. En la consecuencia que puede tener a los efectos hereditarios la determinación del régimen de separación de bienes que concluye la sentencia de instancia, o el de sociedad conyugal que sustentan e insisten en esta alzada los dos hermanos actores, frente a los restantes hermanos demandados en la instancia.

Segundo.—La sentencia de instancia considera que el régimen aplicable es el de separación de bienes, en atención a que dada la vecindad civil catalana de los contrayentes era necesario para aplicar distinto régimen el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, con los requisitos de forma exigidos por la ley española. El codemandado Don Luis Antonio oponía además en la instancia, y reitera en su escrito de oposición al recurso, que el matrimonio civil ante la autoridad mejicana perdió su eficacia ante el posterior matrimonio canónico celebrado el día siguiente también en México, en atención a la normativa española imperante en aquel momento.

[...]

En estudio de la presente, consideramos que ab initio, procede anticipar, la confirmación de la sentencia recurrida, y no tan solo atendiendo los argumentos y conclusiones a que arriba el Juez de la instancia sobre la falta de efectos de la declaración que se hace en el acta de matrimonio civil, faltando el requisito de escritura pública necesario para la validez de unas capitulaciones matrimoniales que autoricen a considerar un régimen distinto. Pero, a mayor abundamiento, igualmente debe desestimarse la demanda derivado de la carencia de efectos del matrimonio civil previo, que cedería la eficacia al matrimonio canónico posterior, lo que ha sido opuesto por el codemandado en ambas instancias.

[Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona núm. 556/2008 (Sección Undécima), de 17 de octubre.—Ponente Sr. don Enrique Alavedra Farrando.]

F.: Aranzadi Westlaw: JUR 2009/106623.

Nota. 1. Aun sin ser citada *expressis verbis*, la máxima *Tempus regit actum* es el principio que preside esta interesante y completa sentencia. Se discute acerca del régimen económico matrimonial de una pareja española con vecindad civil catalana, aunque como telón de fondo su trascendencia proviene de la repercusión que ello puede tener a efectos sucesorios. Esta pareja contrajo matrimonio en México en 1940, primero civil ante el Registro Civil y posteriormente, al día siguiente, canónico en el mismo país. Se da la circunstancia de que en el acta matrimonial expedida como consecuencia del matrimonio civil consta que el régimen económico matrimonial era el de la sociedad conyugal prevista en el Código civil vigente en el lugar de celebración del matrimonio. La cuestión objeto de litigio es establecer si esta declaración tiene o no algún efecto para el ordenamiento español y para ello hay que tener presentes

las normas de Derecho internacional privado españolas vigentes al momento de celebración del matrimonio. Certeramente la AP Barcelona aplica la normativa vigente en aquel momento, conforme a la cual «Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en el extranjero» (art. 9 CC). Por consiguiente, conforme a la interpretación que se derivó de tal norma, los matrimonios celebrados en el extranjero debían ajustarse a los criterios impuestos por el derecho español en la medida en que, como sucede en el presente caso, ambos contrayentes fueran españoles. En lo que aquí resulta relevante deben considerarse en consecuencia las clases de matrimonio admitidas por la ley española por aquel entonces, dado que en México se celebraron consecutivamente dos matrimonios, uno ante autoridad civil extranjera y otro ante autoridad canónica. Esta era una cuestión regulada por el artículo 42 CC de acuerdo con el cual «La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determine este Código». Para que este matrimonio civil pudiera tener efectos jurídicos debía efectuarse una declaración de apostasía en un expediente de acatolicidad mediante el que se negaba la fe de Jesucristo recibida en el bautismo. Sin esta manifestación el matrimonio civil no tenía efecto jurídico alguno.

2. A la vista pues de la normativa aplicable al matrimonio civil celebrado el 20 de julio de 1940 en el Registro Civil de México se comprueba que es un matrimonio que no puede ser reconocido por el ordenamiento español y ello aunque este mismo matrimonio civil pudiera tener efectos conforme al ordenamiento mejicano. Se trata, por consiguiente, de un matrimonio claudicante. Si Lázaro y Remedios, la pareja protagonista, están casados conforme al ordenamiento español es porque al día siguiente contrajeron matrimonio católico, también en México, y éste fue el matrimonio inscrito en el Registro Civil del Servicio Consular y en el Libro de Familia emitido por el Registro Civil Central.

El punto que debe esclarecerse ahora es si tiene algún efecto la elección de la sociedad conyugal consignada en el acta matrimonial expedida con ocasión del matrimonio civil. Evidentemente la primera objeción que puede plantearse es que el acta matrimonial en cuestión no tiene efecto. La Audiencia se encarga de poner de relieve en el Fto. 3.º la ineficacia del acta matrimonial como consecuencia de que el único matrimonio válido era el celebrado ante autoridad canónica, lo que le lleva a concluir la ineficacia también de las declaraciones en ella efectuadas. De este modo, en aplicación del artículo 9 CC el régimen matrimonial era el de separación de bienes, dada la vecindad civil catalana de los contrayentes. No obstante, en el Fto. 4.º, la Audiencia valora por hipótesis la eficacia de aquella elección, aún manteniendo la ineficacia del acta matrimonial que la contiene. En esta tesitura, y ya como argumento *ad abundantiam* y para dar la estocada final, la sentencia se detiene a debatir acerca de la necesidad que las capitulaciones matrimoniales adopten la forma de escritura pública en un supuesto internacional, punto especialmente interesante considerando el artículo 11.1 CC vigente en aquel momento en el que se establecía que las formas y solemnidades de los contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen. Hubiera sido relevante que se ilustrara el Fto. con aportación del ordenamiento mejicano, puesto que quizá la Audiencia está analizando un falso conflicto en la medida en que de acuerdo con este ordenamiento se exigiera también la escritura pública como condición de validez formal de las capitulaciones matrimoniales. En cualquier caso, es el apartado 3.º del mencionado precepto el que invoca la Audiencia para mantener la exigencia y necesidad de elevar a escritura pública las capitulaciones matrimoniales. El artículo 11.3 CC exigía la aplicación de la ley personal respecto a las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no siendo válidos conforme a la ley extranjera los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos otorgados.

No obstante, lo cierto es que no se acierta a comprender que la necesidad de escritura pública, y la correlativa nulidad de las capitulaciones matrimoniales si no se elevan a escritura

pública, sea una exigencia que caiga bajo el ámbito del artículo 11.3 CC vigente en aquel momento, a menos que se realice una interpretación excesivamente amplia. Sin negar que en la tradición jurídica catalana se ha exigido siempre la escritura pública para la validez de las capitulaciones matrimoniales –y así se exigía también en los artículos 1280.3 y 1321 CC (pensemos que no se había aprobado todavía la Compilación de 1960)–, lo que se pone en duda es la técnica jurídica seguida en el artículo 11.3 CC entonces vigente que, a diferencia del actual artículo 11.2 CC, no presenta un ámbito material de aplicación tan claro al efectuar una confusa evocación a las leyes prohibitivas y al orden público. En realidad, la jurisprudencia nunca se pronunció al respecto y en la doctrina existía controversia sobre la necesidad de que las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero debieran de ser elevadas a escritura pública. Resulta curioso que en un caso de circunstancias similares y aplicando el mismo precepto el Tribunal Supremo de Puerto Rico en sentencia de 6 de junio de 2000 (CC-1998-1023) llegara a la misma conclusión, aunque debe apuntarse también que el Juez Asociado Antonio S. Negrón García presentó una Opinión disidente donde, después de un análisis de la doctrina y jurisprudencia española y francesa, se defendió la aplicación de la máxima *lex loci regit actum*. Así, la interpretación del artículo 11.3 CC, en un viaje de ida y vuelta, reaparece en España para mostrar sus limitaciones.

Albert FONT I SEGURA

6. Contratos

2009-16-Pr

RESPONSABILIDAD.–Pacto de sumisión a tribunales y ley españoles.–Presentación de la demanda ante tribunales de los EE.UU.–Solicitud de condena a por daños punitivos. Desestimación de la demanda en el tribunal estadounidense por falta de competencia judicial internacional.–Demanda ante los tribunales españoles por daños y perjuicios ocasionados en el procedimiento extranjero. Responsabilidad civil.–Estimación por TS.

Preceptos aplicados: artículos 1091, 1101 1107 II, 1256, 1258 y 1902 CC; arts.54, 56, 394, 398, 477, y 487.2.º LEC.

Fundamentos de derecho

Segundo

– *Enunciación del motivo segundo.*

El motivo segundo de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477, número 1 y números 2, 3, por infracción legal e interés casacional al considerarse infringidos el artículo 1101 en relación con los artículos 1256 y 1258 y concordantes CC, así como la doctrina jurisprudencial respecto a la indemnización de daños y perjuicios, especialmente en lo que se refiere a la interposición abusiva de un procedimiento judicial, como se desprende de la SSTs de 28 de febrero de 1959, 5 de enero de 1977 y de 5 de noviembre de 1982, entre otras, las cuales se acompañan a los efectos del artículo 481.2 LEC.»

El motivo se funda, en síntesis, en que: a) la sentencia, no obstante reconocer la existencia de un incumplimiento contractual, descarta la procedencia de la indemnización ignorando que las partes se sometían no solo al fuero de los Tribunales de Barcelona, sino también al

Derecho español, a pesar de lo cual el demandado reclamó ante un Tribunal de los Estados Unidos de América una cifra desproporcionada a título, desconocido en el Derecho español, de punitive damages o daños punitivos; b) las cláusulas de sumisión constituyen un pacto negocial susceptible de ser cumplido o incumplido en aplicación de la regla general del artículo 1101 CC; c) con arreglo a este régimen, la indemnización es procedente por haberse producido una contravención de lo pactado; d) los Tribunales de Florida no se podían pronunciar sobre las consecuencias indemnizatorias del incumplimiento de la cláusula de sumisión, pues debe distinguirse entre las costas procesales y las consecuencias económicas dañosas derivadas de una utilización abusiva de procedimiento con la finalidad de conseguir la aplicación de una ley sobre el fondo que las partes habían excluido mediante pacto, y, además, los gastos de abogados no se incluyen en los Estados Unidos de América en las costas, y han de reclamarse en un procedimiento declarativo separado, interpuesto ante los Tribunales competentes; e) la reclamación del cumplimiento por equivalencia se funda en la promoción de un pleito sin justa causa, que es un supuesto de abuso de derecho, el cual, según la jurisprudencia determina la obligación de indemnizar los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales.

El motivo debe ser estimado.

Tercero

– Responsabilidad por perjuicios derivados del incumplimiento del pacto de sumisión a tribunales de un país y de aplicación de su Derecho.

En el caso, se ha concertado entre las partes un pacto específico respecto del Derecho aplicable a la relación establecida entre ellas y respecto del fuero de los Tribunales a los que hay que acudir en el supuesto de desavenencia. Este pacto, al aplicarse Derecho español (ahora, artículo 54.1 LEC), determina la competencia territorial, por aplicación del artículo 6 LEC 1881, vigente en el momento del pacto, y aplicable al litigio por razón de las reglas de Derecho transitorio (principio tempus regit actum [el tiempo rige el acto], DT 1.º CC). El pacto de sumisión expresa a determinado fuero es obligatorio entre las partes y su específica naturaleza no dispensa del deber de ajustarse a lo convenido en las actuaciones posteriores.

El incumplimiento de las obligaciones válidamente establecidas (arts. 1091 y 1258 CC) por omisión de la prestación en el tiempo convenido, o por ejecución defectuosa, genera la responsabilidad del deudor, que se traduce en la indemnización de los daños y perjuicios (art. 1101 CC).

La cuestión que debe resolverse, en consecuencia, es si estamos en presencia de un incumplimiento contractual que determinó perjuicios indemnizables.

Han sido aceptadas por la sentencia recurrida las alegaciones de la parte demandada, en el sentido de que el pacto de sumisión es adjetivo, y no forma parte del «contenido negocial» ni del «sinalagma genético y funcional», sino que se trata de un pacto subsidiario cuyo incumplimiento se resolvería con la desestimación de la cuestión de competencia y, si procede, con la imposición de costas, pero no generaría un crédito de reparación, pues tal crédito únicamente nacería de la condena en costas por parte del Tribunal ante el que se desarrollara el procedimiento.

Esta argumentación no puede ser aceptada. El pacto de sumisión a fuero y de determinación del Derecho aplicable tiene un significado propio y comporta específicas consecuencias en el ámbito del proceso. Sin embargo, incorporado a la relación contractual como una más de las reglas de conducta a que han de atenerse las partes, genera un deber, aunque pueda entenderse accesorio, cuyo incumplimiento, a efectos de determinar su trascendencia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, debe valorarse en relación con la significación que el incumplimiento defectuoso pueda tener en la economía de la relación obligatoria,

pues esta Sala viene declarando, especialmente a efectos del ejercicio de la acción resolutoria, que son incumplimientos sustanciales aquellos que, independientemente de su significación formal, determinan la frustración del fin económico del contrato para una de las partes (SSTS 27 de junio de 1955, 30 de mayo de 1990, 11 de julio de 1991, 14 de octubre de 1992, entre otras).

Desde esta perspectiva, la elección de Derecho aplicable y del fuero competente pueden haber sido decisivos, en el caso, para la voluntad de establecer la relación, con clara trascendencia en la economía contractual, habida cuenta de que la aplicación del Derecho español establece un marco contractual determinado desde la perspectiva de la valoración del daño (pues se excluyen los daños punitivos, admisibles en el Derecho de los Estados Unidos de América), y apunta a una valoración de las costas procesales por honorarios de abogado de muy distinto alcance. El consciente incumplimiento del pacto, al presentar demanda en la que se solicita la aplicación del Derecho de los Estados Unidos de América, ante un tribunal de esta República, en reclamación de una importante cifra por «daños punitivos», ha determinado la necesidad de defensa, generando costes que desbordan el marco previsible en el desarrollo normal o patológico de la relación contractual.

La Sala de instancia niega la relación de causalidad entre el incumplimiento del pacto de elección de Derecho aplicable y de sumisión a fuero y el coste que se reclama como daño, pues considera que este coste corresponde al procedimiento seguido ante los tribunales de Florida y sólo el tribunal ante el que se ha seguido puede determinar su pago en calidad de costas del procedimiento. Sin embargo, los honorarios de abogado y otros gastos no son tratados como costas ante aquella jurisdicción, y, en cuanto a los gastos que soportan esta calificación, criterios de imputación objetiva autorizan a considerarlos como una consecuencia causal del incumplimiento de la cláusula de sumisión, pues la demanda presentada ante una jurisdicción territorial distinta de la pactada por conceptos cuya invocación sólo es admisible ante aquella, los cuales podían determinar una cuantía mucho más elevada que la previsible según el Derecho aplicable a tenor del contrato imponían a la hoy recurrente la carga de la defensa. La reclamación de las costas ante los tribunales americanos ha de entenderse como producto de la pretensión de resarcirse parcialmente de los daños sufridos. La decisión de aquellos tribunales de no imponer las costas produce efectos en el terreno procesal, pero no es óbice para la reclamación de los daños por razón del incumplimiento contractual en un procedimiento ad hoc, en el que la estimación de la petición de costas por el Tribunal de los Estados Unidos de América no hubiera tenido otro efecto que la disminución de la cantidad susceptible de ser reclamada.

[Sent. TS. (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 6/2009 de 12 enero de 2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ/2009/544.

Nota. 1. No es la primera vez que el Tribunal Supremo se enfrenta a un supuesto en el que la infracción de lo pactado sobre tribunal competente determina una reclamación de cantidad por quien se ha visto dañado ante la actitud del otro [vide STS (Civil) de 23 de febrero de 2007, RJ 2007/2118 y mi nota en *REDI*, 2008-2-Pr, pp. 219-221]. Sin embargo, la STS de 12 de enero de 2009 es, podríamos asegurar, la primera en que el TS ha sido plenamente consciente de lo que se pedía y de algunos de los elementos de juicio que en este tipo de pleitos suelen tener relevancia [sobre ellos vide la muy clara exposición de TAKAHASHI, K., «Damages for Breach of a Choice-of-Cour Agreement», *Yearbook of Private International Law*, vol. 10 (2008), pp. 57-91 y la literatura en este trabajo citada de la que retengo BRIGGS, A., *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, 2008, pp. 299-338].

2. El propio TS nos resume los antecedentes relevantes del supuesto: en 1995 se suscribe un contrato llamado «de participación en Planet Barcelona, S. L.», entre *The Travelstead Group Spain, S. A.* y *Usa Sogo Inc.* En dicho contrato se insertó una cláusula 14 con sometimiento del mismo al Derecho español y con elección de los Tribunales de Barcelona para cualquier disputa o reclamación. En 1996 el demandado en el pleito sustanciado en España (demandante, como se verá, en el extranjero) se convirtió en administrador de *Planet Barcelona, S. L.*, realizándose algunas enmiendas al contrato que no afectaron a la elección de la ley española ni al sometimiento a los tribunales españoles. En 1997 el demandado presentó ante los Tribunales de Florida una demanda contra el demandante y otros por la que solicitaba 455 millones de dólares más intereses y costas correspondientes, por daños y perjuicios causados. La demanda fue desestimada en 1999, por aplicación de la cláusula 14 antes referida. Tampoco prosperó la apelación planteada; pero no se estimaron motivos para considerar la apelación irracional o frívola, lo que no determinó para los apelantes sanciones accesorias.

Ya ante los tribunales de Barcelona, el demandante reclamó como daños ocasionados por el demandado, una compensación por el importe de los gastos derivados de las minutas de los abogados, fijando la cuantía del pleito en 139.186.072 pesetas. Tras dos sentencias desestimatorias, el TS estima el recurso de casación y le da la razón, condenando a quien incumplió la cláusula jurisdiccional al pago de una muy importante suma de dinero.

3. Como he señalado, el TS es consciente de la novedad y transcendencia del supuesto y no ahorra espacio en reproducir todas las vicisitudes de la primera instancia y de la apelación de forma especialmente pormenorizada; sin perjuicio de lo cual su resolución es sobria, contundente y despreciativa (probablemente con razón) de la cantidad de flecos que las partes habían añadido a una pretensión bastante clara. En el estrecho margen de esta nota, pasaré a sintetizar los argumentos manejados (4) y la solución (5), adelantando que el supuesto de hecho la favorece, siendo uno de los más nítidos en materia de reparación de daños causados por ruptura de una cláusula de sumisión a tribunal concreto, ya que el primer tribunal reclamado consideró válida la cláusula y no entró a conocer del asunto (vide una tipología más plural en TAKAHASHI, K., cit., pp. 60-63 y *passim*).

4. Los argumentos manejados en primera y segunda instancia y argüidos por las partes se amontonan en torno a tópicos conocidos en la práctica comparada, obviando otros ausentes, al menos explícitamente, de la discusión. Entre los primeros, aparece la inefable naturaleza procesal o sustantiva del pacto y sus pretendidas consecuencias, la calificación de lo pedido (¿costas u otro tipo de daños?), la relevancia de los procesos seguidos en EE.UU. sobre la reclamación en España (¿cosa juzgada?) o la naturaleza o fundamento jurídico de los daños (¿contractuales o extracontractuales?). Entre los segundos, no existe ningún planteamiento específico ni en torno a la competencia judicial internacional para conocer de la demanda ni en cuanto a la ley aplicable a la misma: tan sólo meras declaraciones genéricas del demandante en el recurso de casación. Este silencio (repito, al menos a título principal) puede explicarse por varios motivos. Por un lado, la demanda se plantea ante los tribunales elegidos en la cláusula, algo previsible y poco discutible (vide en este sentido VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., Cizur Menor, 2007, p. 301); por otro, en lo que atañe a la ley aplicable, cualquiera que sea la forma de determinarla, ambas partes establecieron el debate sobre la base de la ley española (sobre este problema, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J., cit. p. 285, optan por la aplicación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, siguiendo la primera opinión del primero en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. I, vol. 2.^o, 2.^a ed., Madrid, 1995, pp. 629-630).

Los tópicos que sí aparecen poseen una presencia desigual. En primera y segunda instancia primó la posición sostenida por el demandado según la cual de la *naturaleza procesal* de la cláusula no habría de derivar indemnización alguna en caso de incumplimiento (que en modo

alguno se discutió), sino una sanción propia y específica de orden procesal, cual sería el no conocimiento del tribunal americano y, en su caso, la condena en costas; pero no implicaría una contravención en los términos del artículo 1101 CC, dado que ello sólo podría predicarse del contrato principal.

La discusión sobre la calificación de la naturaleza jurídica de lo pedido participa también de esta doble calificación: mientras que el demandado considera que son costas procesales, el demandante lo califica como daños por incumplimiento (o, en algún momento, daños extracontractuales). Este debate hace que se traigan al proceso, de una forma singular, probablemente con mera intención probatoria [en ningún momento se aduce ni litispendencia –como en la citada STS (Civil) de 23 de febrero de 2007, ni se trata de hacer valer la fuerza de las sentencias americanas, cuyo reconocimiento no parece que se haya solicitado en ningún momento] las sentencias americanas: para señalar que las costas ya están resueltas por el tribunal competente que no puede ser otro que el que conoció de las demandas en origen (el demandado niega –muy– implícitamente la competencia de los tribunales españoles). El demandante entra en este juego, argumentando que lo que pide (esencialmente honorarios de abogados estadounidenses) no son costas según el concepto de costas del tribunal extranjero. También se traen a colación por parte del demandado para hacer valer que la demanda en EE.UU. no fue hecha con mala fe ni abuso de Derecho, pues el Tribunal en apelación habría considerado que no se habían traspasado los límites de la equidad y la buena fe ni existía ausencia de causa para litigar. Por su parte el demandante, en este «debate» sobre la trascendencia de los procesos estadounidenses, hizo valer que, solicitando una indemnización por daños y no costas procesales, los tribunales americanos no habían conocido de los mismos por no poseer competencia para ello.

En cuanto a la naturaleza contractual o extracontractual de los daños alegados, el tópico aparece en el recurso de casación formulado por el demandante. El discurso en este punto se vuelve confuso y las bases jurídicas inciertas, puesto que se alegan conjuntamente los artículos 7.2, 1101 y 1902, todos del CC, para fundamentar la casación. La calificación extracontractual (que como denuncia el demandado no había aparecido en ninguna de las instancias) se basa en el uso abusivo y causa torpe de la demanda interpuesta (uso abusivo del *ius litigandi*) que, a juicio del demandante, generaría la obligación de indemnizar.

En todas las instancias, el demandante hizo hincapié en la mala fe o dolo del demandado, apoyándose, esencialmente, en la posibilidad que éste tenía en EE.UU. de plantear una demanda por *daños punitivos* (como así fue): su base jurídica fue en todo momento la contractual del artículo 1258 CC.

5. La respuesta del TS fue, como adelanté, nítida y limpia. Se rechaza las tesis de instancia y apelación y se declara el significado propio de las cláusulas de sumisión a fuero y a ley aplicable, cuyo incumplimiento genera deber contractual de indemnizar. El TS no considera necesario en el caso concreto deslindar las bases jurídicas del ejercicio abusivo del *ius litigandi*, el incumplimiento doloso y el incumplimiento contractual (no doloso), pues la indemnización reclamada deriva causalmente del incumplimiento: en ningún momento se pidieron daños no previsibles. La puerta ha quedado abierta en este sentido.

En cuanto a la naturaleza de lo pedido (costas procesales u otra), el TS también fue contundente: tras dar una respuesta *ad hoc* al caso, al señalar que los honorarios de abogado y otros gastos no poseen la calificación de costas según el Derecho americano, vino a eliminar el problema calificadorio al decir que, incluso si fueran costas, habrían de ser considerados como una consecuencia causal del incumplimiento de la cláusula de sumisión; por ello, las costas en su caso otorgadas por el Tribunal americano no serían sino un resarcimiento parcial que determinaría una disminución de la cantidad susceptible de ser reclamada.

Estas dos claras tomas de postura tienen un fundamento sustantivo, que llama a introducir matices: este fundamento lo apareja el TS *de forma conjunta* tanto a la cláusula jurisdiccional, cuanto a la cláusula de sometimiento a la ley española: ambas poseen un significado trascen-

dente desde el punto de vista de la responsabilidad contractual: la ley aplicable española excluye los daños punitivos y apunta a una valoración de las costas procesales por honorarios de abogado de muy distinto alcance, señala el TS. Si esta afectación de las obligaciones «principales» por los pactos de sometimiento a tribunal o ley aplicable es fundamento de la responsabilidad (y no meramente medida de la misma) cabría preguntarse cuál sería la respuesta en supuestos en los que, por ejemplo, el sometimiento fuese a los tribunales españoles y la ley aplicable la americana; o el sometimiento fuese similar al del supuesto de hecho y la ruptura de la cláusula se efectuase a favor de un tribunal cuyas consecuencias procesales y sustantivas no difirieran de lo que podría legítimamente esperarse en España.

Hay otras situaciones que pudieron haberse planteado si el supuesto fuese distinto (por ejemplo, cómo se habría de resolver la cuestión en cuanto al alcance de la eventual indemnización en el caso en que, efectivamente, hubieran conocido los tribunales americanos y se hubiesen pronunciado sobre el fondo condenando al demandado; cómo si el pacto incumplido lo hubiese sido a tribunal extranjero poseyendo el demandado-infractor su domicilio en España...), y que a buen seguro podrán plantearse en el futuro una vez que esta decisión alerta, de forma a mi juicio altamente positiva, de que la vulneración de un pacto de elección de tribunal no sólo no es gratis, sino que puede generar una responsabilidad como la del caso presente, que, no lo olvidemos, al cambio en el día de la sentencia, fue de 649.477 Euros.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

7. Sucesiones

2009-17-Pr

SUCESIONES.—Ley aplicable a la sucesión de un causante marroquí.—Inaplicación de la *mudawana* por contravención del orden público internacional.—Impedimentos por razón de religión y filiación.

Preceptos aplicados: artículos 14 CE; 9.8 y 12.3 CC; 322 y ss., 330, 331 y 332 del *Codi de Successions* catalán; 39.4 y 332 de la *mudawana* o Código de Familia marroquí.

Segundo

[...]

La parte actora, y así se estima en la sentencia de primera instancia, sostiene la aplicación de la ley española por aplicación del artículo 12.3 en relación con el artículo 9.8 del Código Civil.

La parte demandada alega que el nuevo Código de Familia marroquí a pesar de que mantiene, en su artículo 39.4, la prohibición de matrimonio entre musulmán y no musulmán, contiene una excepción, en el supuesto de que se trate de una persona que pertenezca «a las gentes del libro».

Razona que como no se ha dilucidado si Doña Nuria pertenece a «las gentes del libro», cabe presuponer que el matrimonio era válido y por tanto no discriminatorio.

Además, razona la parte apelante que Doña Nuria y su esposo no hicieron los trámites burocráticos pertinentes depositando el certificado de matrimonio en el Registro Civil para que su matrimonio fuera reconocido oficialmente en Marruecos, por lo que si no lo hicieron es como si no hubieran estado casados [...].

No se trata de aquí de analizar si existía impedimento para contraer matrimonio entre un varón musulmán y una mujer no musulmana, ni si el matrimonio entre Doña Nuria y el falleci-

do Don Ángel, hubiera podido ser reconociendo oficialmente en Marruecos si hubieran realizado los trámites administrativos correspondientes, y si en ese caso, Doña Nuria y Nuria hubieran podido entrar en la línea sucesoria conforme a la legislación marroquí, sino que lo que sucede es que el artículo 332 [...] de la legislación marroquí sobre herencias, es muy claro cuando indica: «no habrá derecho a la herencia entre un musulmán y un no musulmán y tampoco en los casos en los que la legislación contestase o no admitiese la filiación paternal ni entre el hijo natural y su progenitor» [...].

El propio derecho material del foro permite aplicar en concretos supuestos la ley nacional y prescindir de la extranjera, aplicando la regla del orden público prevista en el artículo 12.3 del Código Civil, [...] por entender que puede colisionar con los principios básicos del ordenamiento jurídico español [...].

Esto ocurre en el caso que nos ocupa, en el que la no aplicación de la ley española y el empleo que se pretende de la legislación marroquí, determinaría una vulneración del artículo 14 de la Constitución Española que prohíbe cualquier discriminación por razón de nacimiento y filiación y por razón de religión.

En definitiva, la aplicación del artículo 332, Título III, de la legislación marroquí sobre herencias, es claro en cuanto prohíbe derecho alguno a la herencia entre un musulmán y un no musulmán y en el caso de un hijo habido fuera del matrimonio, por lo que la aplicación de dicha legislación impide reconocer derecho alguno a la herencia de su padre por parte de la menor Nuria si ésta no es musulmana y, en todo caso, como hija habida en un matrimonio no reconocido oficialmente en Marruecos, y esto vulnera el artículo 14 de la Constitución Española, por lo que debemos aplicar la regla del orden público prevista en el artículo 12.3 del Código Civil [...].

[SAP de Barcelona (Sección 4.ª) de 28 de octubre de 2008. Ponente: Ilma. Sra. Mireia Ríos Enrich.]

F.: *Westlaw* JUR/2009/64243.

Nota: 1. La sentencia comentada es fruto del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del JPI núm. 3 de Vic por la que se declaró heredera universal de su padre a una menor, y usufructuaria de todos los bienes de la herencia a la madre de la niña y viuda del causante. La demanda había sido interpuesta por la madre en nombre propio y en el de su hija, a raíz de la apertura de la sucesión intestada del causante, de nacionalidad marroquí. La demandante solicitaba la sujeción de la herencia al Derecho español al considerar que la *mudawana*, aplicable *ex* artículo 9.8 CC, infringe el orden público español cuando prevé en su artículo 332 que no hay derecho de sucesión entre un musulmán y un no musulmán, ni cuando la filiación paterna sea negada legalmente. El JPI estimó la demanda, y la madre del causante apeló invocando la aplicación del Derecho marroquí, presumiblemente porque en virtud de éste habría obtenido bienes de la herencia, cosa que no sucedía conforme al Derecho español aplicado. La AP confirma la sentencia apelada.

2. Para justificar la incompatibilidad del artículo 332 de la *mudawana* con el orden público, la AP lleva a cabo un juicio abstracto de la norma marroquí, estableciendo que vulnera el artículo 14 de la Constitución en la medida en que el mismo «prohíbe cualquier discriminación por razón de nacimiento, filiación y por razón de religión». Es cierto que a continuación la AP parece analizar también la incompatibilidad del artículo 332 con el orden público internacional en el caso concreto, al añadir que su aplicación «impide reconocer derecho alguno a la herencia de su padre por parte de la menor Nuria si ésta no es musulmana y, en todo caso, como hija habida en un matrimonio no reconocido oficialmente en Marruecos». Sin embargo, el órgano de apelación no realiza un verdadero análisis *in concreto*. Por una parte, porque según el Derecho islámico la menor, como hija de padre musulmán, sería necesariamente considerada

musulmana (ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. A., «Droit musulman de la famille et des successions en Suisse», *Rev. crit. dr. int. pr.*, núm. 3, 2007, pp. 491-538, p. 529). Y por otra, porque la *mudawana* no prohíbe heredar a los hijos habidos «en un matrimonio no reconocido oficialmente en Marruecos», como dice la sentencia, sino «en el caso en que la filiación paterna sea negada legalmente» (QUÍÑONES ESCÁMEZ, A., *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. Tomo I: África del norte y América latina*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 76). Y en virtud de la propia *mudawana*, la filiación puede ser legítima cuando el hijo sea extramatrimonial, siempre que exista reconocimiento paterno (arts. 142, 144, 152 y 160), reconocimiento que dará lugar a la adquisición, entre otros, del derecho a la herencia (art. 157).

Es evidente que el artículo 332 de la *mudawana* es una disposición que parte de planteamientos que chocan con los principios básicos de nuestro ordenamiento [cf. ESTEBAN DE LA ROSA, G., y OUALD ALI, K., «El Derecho de sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (eds.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Imprenta Universitaria, Santiago de Compostela, 2009, pp. 159-170, pp. 161-162], y resulta cuanto menos dudoso que un juez español pueda aplicar una norma que le insta a averiguar la religión de una persona o a discriminar entre hijos legítimos e ilegítimos. Sin embargo, también es cierto que no queda acreditado que *in casu* esta norma desprotegiese a la menor, ya que era posible que sus derechos hereditarios no se vieses efectivamente denegados. Por ello, cabría imaginar una aplicación atenuada del orden público en este caso, poniéndolo en marcha tan sólo en cuanto se produjera una desprotección efectiva de la menor al negarle cualquier derecho sucesorio. Ello no implica que la solución de la AP nos parezca materialmente incorrecta, sino tan sólo que el recurso mecánico al artículo 12.3 CC, implícito en el juicio abstracto de la *mudawana*, podría haber sido algo más matizado o vinculado a las circunstancias concretas del caso.

3. En cambio, un extremo al que la AP no presta atención es el de los efectos del artículo 332 respecto de los derechos sucesorios de la esposa del causante. Esta disposición impediría que la viuda, que no es musulmana, heredase de su esposo, lo que resulta claramente contrario al orden público español por denegar derechos a una persona en función de su religión. Sin embargo, la AP no se ocupa de ello, ya que en lo concerniente a la viuda presta atención tan sólo a la cuestión de la validez del matrimonio desde la perspectiva marroquí.

La AP descarta que la eventual falta de validez del matrimonio desde la perspectiva de la *mudawana* (por cuanto su art. 39.4 prohíbe el matrimonio entre hombres musulmanes y mujeres no musulmanas, excepto cuando éstas sean «gentes del libro», *i.e.*, judías o cristianas) tenga relevancia, ya que no influye en el juicio de incompatibilidad del artículo 332 con el orden público. Según la AP, con independencia del tratamiento que el Derecho marroquí otorgue a dicho matrimonio, la norma sobre sucesiones seguiría siendo incompatible con nuestro orden público. Y efectivamente, el carácter discriminatorio del Derecho matrimonial marroquí no es relevante a efectos de determinar si la hija del causante puede ser considerada heredera; sin embargo, no puede decirse lo mismo en relación con la determinación de la condición de viuda a efectos de otorgar a la esposa del causante derechos sucesorios conforme a la *mudawana*.

En efecto, para determinar los derechos de la viuda se plantearía la cuestión previa de la validez del matrimonio. Para resolverla, según el artículo 9.1 CC debería tenerse en cuenta, respecto de la capacidad matrimonial del causante, el impedimento previsto por el artículo 39.4 de la *mudawana*. En este contexto, el carácter discriminatorio de este artículo sí podría ser tenido en cuenta por el juez español para descartar su aplicación por la vía del artículo 12.3 CC. Cabría la posibilidad de entender que, *in casu*, tal discriminación podría no producirse efectivamente, en caso de acreditarse que la viuda pertenecía a las gentes del libro, tal como alegaba la madre del causante para reclamar la aplicación de la *mudawana*. Pero aun así, reiteramos aquí las dudas que nos produce la posibilidad de que un juez español pueda entrar a averiguar la religión de una persona para otorgarle o no un determinado derecho. Desde la

perspectiva del Derecho español el matrimonio es válido, y el eventual impedimento por religión desde la óptica del Derecho marroquí no puede ser tomado en cuenta por nuestros jueces; máxime cuando, como parece presumible (la sentencia no lo deja claro), el matrimonio fue celebrado en España y ante una autoridad española, en cuyo caso debería presumirse la validez del matrimonio en tanto que no se instase su declaración de nulidad.

4. Aunque el artículo 12.3 CC no lo determina expresamente, cuando una norma extranjera no pueda ser aplicada por contravenir el orden público se entiende comúnmente que el ordenamiento aplicable en su lugar será la *lex fori*. Así, el JPI y la AP rechazan la aplicación del Derecho de sucesiones marroquí íntegramente considerado, y declaran aplicable la ley española. Cabe plantearse si no hubiese sido posible una solución más matizada que descartase tan sólo la aplicación de la concreta norma incompatible con nuestro ordenamiento, pero mantuviese la aplicación del resto del Derecho de sucesiones marroquí. Así, podría haberse denegado la aplicación del artículo 332 de la *mudawana* en la medida en que impide la producción de efectos sucesorios respecto de la viuda y la hija del causante, por razón de su religión y/o de ausencia de filiación legítima. Pero una vez garantizados los derechos sucesorios de ambas, para la determinación de la distribución de los bienes en beneficio no sólo de viuda e hija, sino eventualmente también de la madre del causante, podría haberse aplicado el régimen sucesorio de la *mudawana*, ciertamente más complejo que el sistema autónomo (para una exposición de las normas sobre sucesiones de la *mudawana*, ESTEBAN DE LA ROSA, G., y OUALD ALI, K., «El Derecho de...», *loc. cit.*, pp. 163-170), pero reclamado al fin y al cabo por la norma de conflicto del artículo 9.8 CC.

Cristian ORÓ MARTÍNEZ

2009-18-Pr

SUCESIONES: revocación de testamento otorgado en México por otro posterior otorgado en España.—Declaración de la ineficacia de los actos de ejecución del primer testamento.

Precepto aplicado: artículo 9.8 CC.

Tercero.—La parte actora pidió en su demanda la revocación del «testamento otorgado en México, en fecha 28 de abril de 1970, por el posterior otorgado en España, en fecha 19 de junio de 1975, que debe declararse válido y eficaz, con la pretensión, asimismo, de que se anulen todos los actos jurídicos, aunque tengan naturaleza judicial, que se hayan realizado en ejecución del testamento otorgado en México, y que, en concreto, se detallan en el apartado 2.4 de los fundamentos jurídicos de esta demanda».

La Ley aplicable es, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9.8 CC, la Ley Mejicana por ser esta la nacionalidad del causante tanto en el momento del fallecimiento como al tiempo de testar, sin que exista reenvío a la Ley Española en cuanto el artículo 13 del vigente Código Civil Federal de México de 1928 no contempla expresamente el supuesto que nos ocupa, determinando en su apartado V únicamente la aplicación de nuestro Ordenamiento Jurídico para los efectos de los actos jurídicos que deban ejecutarse en España, cuestión que incumbirá, en su caso, a la posible ineficacia de los actos o negocios jurídicos realizados en nuestro País.

El artículo 1.494 del Código Civil Mejicano antes citado, cuyo acceso es hoy día fácil utilizando las red informática (página Web: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/1.htm?s=>), dispone: «El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte».

Cuarto.—Respeto a los efectos de la revocación [...] no alcanzará a las «resoluciones extranjeras ya homologadas, sino a los concretos actos jurídicos dictados o realizados en eje-

cución de las mismas y en actuación de sus efectos, en la medida en que se vean afectados por la existencia, vigencia y validez de un testamento posterior». Por tanto, no es admisible declarar la nulidad de las dos sentencias dictadas por los tribunales mejicanos, ni, por tanto, los pronunciamientos contenidos en la misma, pero sí serán ineficaces las transmisiones de bienes y los actos derivados de su ejecución dependiendo de la Ley que resulte de aplicación a cada uno de aquéllos, por lo que en este punto no procede estimar la pretensión actora en los términos que se formula en la demanda, llevándonos a redactar el fallo, por respecto al deber de congruencia con lo pedido, mediante una declaración general de ineficacia de los actos producidos en ejecución del testamento revocado.

[Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.ª, núm. 593/2008, de 22 de diciembre de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos López-Muñoz Criado.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, JUR 2009/101262.

Nota: 1. La presente sentencia tiene su antecedente inmediato en la STS de 25 de junio de 2008, que ya hemos tenido ocasión de comentar (vide *REDI*, 2008-29-Pr; además, TORRALBA MENDIOLA, E., *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil*, núm. 79, 2009, pp. 331-332) a propósito de la confirmación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para el conocimiento de este caso con base a la existencia de un único bien inmueble propiedad del causante sito en Madrid [en el mismo sentido, vide la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 627/2008, de 14 de octubre, *Aranzadi Westlaw* (JUR\2009\65548), FJ 2.º]. Tras la resolución de una serie de excepciones la AP resuelve finalmente sobre el fondo.

En el *petitum* de la demanda se recogen dos pretensiones: la revocación de un testamento otorgado en México por otro posterior otorgado en España y la anulación de todos los actos jurídicos, incluidas dos sentencias de tribunales mexicanos, que se hayan realizado en ejecución del primer testamento.

2. Para pronunciarse sobre la revocación del testamento lo primero que hace la AP es determinar el Derecho aplicable, que al tratarse de la sucesión hereditaria de una persona nos lleva al artículo 9.8 CC. De conformidad con este artículo la ley aplicable es la mexicana, al señalar la Audiencia, con acierto, que dicha ley es la nacional del causante tanto en el momento del fallecimiento como en el momento en que otorgó el testamento; la AP no ha tenido que hacer uso de la previsión que este artículo guarda para los supuestos en los que se da un conflicto móvil al no haberse dado un cambio en el punto de conexión, esto es, la nacionalidad mexicana del causante.

El llamamiento a la ley mexicana se refiere a su Derecho material, al excluir la AP el juego del reenvío; no obstante, dicha exclusión no queda correctamente justificada. La Audiencia fundamenta el rechazo del reenvío señalando que el artículo 13 del Código Civil Federal de México «no contempla expresamente el supuesto que nos ocupa». El juego del reenvío en materia de sucesiones se puede excluir bien porque no haya norma de conflicto en el Derecho internacional privado extranjero, bien porque habiéndola no se remite a la ley española o bien porque remitiendo a la ley española se rompe el principio de unidad de la sucesión [vide en este sentido STS de 23 de septiembre de 2002, *RJ* 2002\8029, entre otras]. De todos estos supuestos parece que la Audiencia pretende ampararse en la inexistencia de una norma de conflicto de sucesiones en el Derecho mexicano, pero no queda suficientemente fundamentado.

Determinado el Derecho mexicano como el aplicable a este caso, el siguiente problema que se plantea es la de su aplicación en calidad de Derecho extranjero. No consta que las partes hayan acreditado suficientemente el Derecho extranjero y quizá se trata de una incorporación de oficio (vide ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional» *REDI*, 2002-1, vol. LIV, p. 221) ya que, una vez que la parte actora pretendió probar el Derecho mexicano presentando unas fotocopias del Código Civil Federal, la

Audiencia opta por acudir a Internet y consultar directamente dicha norma en la red; una opción ésta que evita el tener que repercutir los costes a la parte que debió acreditar suficientemente dicho Derecho y que nos sitúa sin duda ante un ejemplo de flexibilización de la aplicación del Derecho extranjero.

3. Una vez declarada la revocación del primer testamento conforme al Derecho mexicano la AP se pronuncia sobre la segunda pretensión, esto es, la ineficacia de los actos jurídicos que en ejecución del primer testamento se hayan realizado. Tomando en consideración el *petitum* de la demanda, el Tribunal se ve obligado a pronunciarse sobre el alcance de los efectos de la declaración de ineficacia de los actos de ejecución realizados al amparo del testamento revocado para negar la afectación a las resoluciones extranjeras mexicanas. Efectivamente, los límites de la jurisdicción española y el principio de soberanía impiden esta posibilidad; pero, en cualquier caso, el resultado de esta sentencia no afectaría a ninguna anterior por tratarse de un nuevo proceso, al encontrarnos ante unos hechos nuevos (la aparición de un segundo testamento) y un objeto distinto que no se ve afectado por los efectos de la cosa juzgada de sentencias anteriores. Sin embargo, sí alcanzará a los concretos actos que en ejecución de dichas sentencias se hayan realizado y que se vean afectados por el contenido del segundo testamento, siempre y cuando así lo determine la ley que sea de aplicación.

Cabe entonces preguntarnos cuál va a ser esa ley aplicable. La Audiencia se limita a realizar una declaración general de ineficacia de los actos «dependiendo de la Ley que resulte de aplicación a cada uno de aquéllos», pero no se pronuncia sobre qué concreta ley se debe aplicar. Esta actitud puede obedecer a dos razones: o bien la AP ha estimado innecesario entrar en este análisis por entender que todas las alternativas posibles pasan por la aplicación de la ley mexicana, o bien las partes no aportaron información sobre los concretos actos afectados y la Audiencia se vio imposibilitada de pronunciarse por insuficiencia de datos. Fuera como fuere, cabe analizar el alcance de ese llamamiento genérico a la ley que resulte de aplicación. Pensemos en un caso hipotético en el que el segundo testamento, otorgado bajo el amparo de la ley española, que es la (nueva) ley sucesoria, revoca un testamento anterior que fue otorgado al amparo de la ley mexicana, y ejecutado en sus justos términos. ¿Tendrá algo que decir la ley mexicana en la declaración de ineficacia de los actos realizados en ejecución del primer testamento? La cuestión se complica aún más en aquellos casos en que la ley sucesoria no abarca determinados actos de ejecución, siéndoles de aplicación la ley del lugar en que deban ser ejecutados. Así por ejemplo, imaginemos que el causante disponía de una serie de bienes inmuebles en Francia, habiéndose aplicado la ley francesa para los actos que en ejecución del primer testamento tuvieron por objeto dichos bienes y existiendo una cierta aceptación de este *lex situs* para la ejecución de disposiciones testamentarias por parte de la ley mexicana. La concurrencia de la ley mexicana como ley que validó el primer testamento en el momento de su otorgamiento, la ley española como ley sucesoria y la ley francesa como ley del lugar de ejecución de determinados actos puede dar lugar a problemas de delimitación a la hora de determinar la ley aplicable a la revocación de cada acto de ejecución.

4. En suma, la AP aplica el artículo 9.8 CC para resolver la cuestión de Derecho aplicable a la revocación de un testamento, siendo de aplicación el Derecho material mexicano al excluirse el juego del reenvío. Tras solventar de oficio el problema de la aplicación del Derecho extranjero, declara revocado el primer testamento conforme al Derecho mexicano. Por último, la AP se pronuncia sobre el alcance de los efectos de dicha revocación limitándose a realizar una declaración general de ineficacia de los actos de ejecución del primer testamento siempre al amparo de la ley que *sea aplicable*. Una situación de sucesión internacional que cada vez será más habitual ante nuestros tribunales y que prontamente podrá verse amparada por la previsible nueva normativa comunitaria resultado del proceso iniciado por el Libro Verde Sucesiones y testamentos.