

B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

Selección y coordinación a cargo de
Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL: 1. *Competencia judicial internacional*. 2. *Alegación y prueba del Derecho extranjero*. 3. *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras*.—II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL: 1. *Reconocimiento e inscripción de adopciones internacionales*. 2. *Protección de menores*. 3. *Documentos públicos extranjeros*. 4. *Contrato de trabajo*.—III. DIMENSIÓN INTERNA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

1. *Competencia judicial internacional*

2006-22-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Foro de la pluralidad de demandados.—Acción de administradora de herencia para recibir la transmisión de acciones de una sociedad con sede en Argentina.—Sociedad matriz con sede en España. Competencia de los Tribunales españoles: sí.

* Esta crónica es continuación de la publicada en *R.E.D.I.*, 2006-1. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en el año 2006. Colaboran en la presente crónica, Santiago Álvarez González, Rafael Arenas García, Ángel Espiniella Menéndez, Rosario Espinosa Calabuig, Albert Font i Segura, Sandra García Cano, Iván Heredia Cervantes, Nerea Magallón Elósegui, Javier Maseda Rodríguez, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Ana Quiñones Escámez, Marta Requejo Isidro, María Rodríguez Piñeiro, y María Ángeles Rodríguez Vázquez, de las Universidades de Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Córdoba, Oviedo, País Vasco, Pompeu Fabra, Santiago de Compostela, Sevilla y Valencia.

Preceptos aplicados: Artículo 22.2 LOPJ; artículo 53.2 LEC; artículo 6.1 Reglamento CE núm. 44/2001.

La demanda se dirigió inicialmente contra Hera Holding Habitat Ecología y Restauración Ambiental, S. L. (en adelante Hera Holding) y D. Jesús Manuel, ambos de nacionalidad española y domiciliados en Barcelona, en solicitud de que se condenase a los demandados 1) A transmitir a la demandante, en su calidad de administradora de la sucesión ab-intestato de D. Octavio, el 15 por ciento de las acciones de la entidad de nacionalidad argentina Hera Zarate y Campana, S. A., y 2) A pagarle cierta indemnización. Posteriormente, la demanda se amplió contra Hera Argentina, S. A., de nacionalidad y domicilio argentinos, al apreciar el Juez que era imprescindible su intervención en el proceso. (...)

Tras ser emplazada esta última sociedad, compareció ante el Juzgado y formuló declinatoria por entender que no era competente la jurisdicción española. El Juzgado estimó la declinatoria y declaró que son competentes los tribunales argentinos. (...)

Tercero.—La razón por la que se atribuye competencia a los tribunales españoles cuando los demandados residen en nuestro país es la comodidad y facilidad de defensa del demandado (...) El problema, como hemos adelantado, es que la Ley no precisa qué haya de hacerse cuando los demandados son más de uno y no todos residen en España. No deja de ser sorprendente ese vacío porque la circunstancia de que los demandados en un mismo litigio no residan todos en el mismo sitio es conocida de antiguo, y objeto de regulación legal a efectos de competencia también desde antiguo. Lo es ahora en el artículo 53.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aunque, eso sí, como alegan los demandados, a efectos de distribuir la competencia territorial entre los órganos judiciales españoles. Pese a que esto último es verdad, también lo es que la razón de atribuir la competencia territorial a los juzgados del domicilio del demandado o demandados, a efectos de competencia interna, es la misma que determina la atribución competencial a los órganos judiciales españoles cuando los demandados residen aquí: la mayor comodidad y facilidad de defensa para el demandado y la seguridad de que el riesgo de indefensión disminuye de esa forma. Por eso, como la razón de ser de las normas es la misma, puede acudirse a la analogía para llenar el vacío que se observa en el número 2.º del artículo 22 de la Ley Orgánica. Norma ésta que es de Derecho interno español, que contiene una laguna evidente, la cual puede llenarse con otra norma de Derecho interno, como es el repetido artículo 53.2. Y el artículo 6.1 del Reglamento de la Unión que se ha mencionado antes. Porque dicho precepto, que regula la competencia internacional, señala que las personas a que se refiere el artículo anterior (o sea, aparentemente, las personas residentes en un estado miembro) podrán, si hubiese varios demandados, ser demandadas ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellas, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo, a fin de evitar resoluciones contradictorias).

Cuarto.—Por tanto, no es irracional en modo alguno aplicar el criterio de que, cuando hay varios demandados y sólo alguno o algunos residen en España, los tribunales españoles tienen competencia para conocer del asunto. No va la Sala, sin embargo, a pronunciarse en el sentido de que ello ha de ser así en todos los casos, porque no es necesario ni sería conveniente formular una conclusión tan rotunda, que puede no resultar indicada en todos los casos, sobre todo porque no se le oculta que encierra ciertos peligros. De lo que se trata es de si ese principio general puede aplicarse cuando precisamente los demandados residentes en España son los socios únicos de compañías residentes en el extranjero. O sea, cuando la matriz de una sociedad tiene su sede en España. Porque es evidente que ese es el caso que aquí nos ocupa. Es obvio que es Hera Holding quien tiene el dominio completo de las dos sociedades argentinas en liza, cuyo capital social detenta casi en exclusiva, por cuyo motivo el país en que se toman las decisiones sobre dichas dos empresas argentinas, es precisamente España. Dice

Hera Argentina que no, que no es así, que su centro de decisión no está aquí. Se trata, sin embargo, un alegato completamente inconsistente, como cualquiera puede comprender.

Pues bien, en casos como el que nos ocupa hemos de afirmar resueltamente que son competentes los tribunales españoles. Ya hemos visto cuál es el principio general vigente en la materia en el derecho español, que late en el artículo 53.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Reglamento de la Unión Europea 44/2001. El principio puede y debe ser aplicado cuando uno de los demandados es matriz de otro u otros y tiene su residencia en España. Es sin duda el socio mayoritario de una sociedad quien define la estrategia de la sociedad, quien adopta las decisiones de la misma y, por tanto, quien decide o puede decidir la línea de defensa de una sociedad participada contra la que se formula una demanda judicial. Es, por otra parte, el socio mayoritario quien recibirá las consecuencias económicas del resultado favorable o adverso del pleito. (...)

[Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 91/2006, de 15 de abril de 2006.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/236937.

Nota: 1. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª) de 5 de abril, declara haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la decisión del juez de instancia que estableció, a solicitud de un demandado, la incompetencia de los Tribunales españoles. Al caso subyace el incumplimiento de un contrato celebrado en 1999 entre D. Octavio, particular argentino, y dos españoles con domicilio en Barcelona, D. Jesús Manuel y *Hera Holding, S. A.*, copropietarios de *Hera Argentina, S. A.*, con nacionalidad y domicilio argentinos, relativo a la constitución de una sociedad que se llamaría *Hera Zarate y Campana, S. A.*: a tal efecto *Hera Argentina* cedería anualmente al Sr. Octavio el 5 por 100 de *Hera Zarate*, hasta completar un 15 por 100. Fallecido D. Octavio la administradora de su sucesión *ab-intestato* planteó demanda en primer término contra *Hera Holding* y D. Jesús Manuel reclamando la transmisión de las acciones; posteriormente amplió la demanda contra *Hera Argentina*, al haber apreciado el juez que su intervención era imprescindible en el proceso. *Hera Argentina* opuso declinatoria, que como se ha dicho fue acogida por Auto de la primera instancia de 7 de junio de 2005, revocado en la segunda.

El interés de la decisión de Barcelona de 2006 radica en primer término en la afirmación, que se hace con pretensiones de generalidad aunque no incondicionada, de la competencia de los Tribunales españoles en supuestos de pluralidad necesaria de demandados por encontrarse el domicilio de uno de ellos en España, a pesar de la ausencia de una norma expresa a este respecto en la normativa autónoma aplicable (el art. 22 LOPJ; vide FJ 3.º). También es preciso detenerse en el razonamiento seguido por la Audiencia a fin de analizar la corrección de sus pasos: tanto de aquellos que apoyan la aseveración reproducida (mismo FJ, párrafo segundo), como de los que introducen matices para la misma (FJ 4.º), y los que concluyen en relación con el supuesto concreto (mismo FJ, párrafo segundo).

2. Además de las alegaciones típicas relativas a la economía procesal y a la búsqueda de expedientes que de forma preventiva eliminen el riesgo de resoluciones inconciliables entre sí, un argumento que induce a considerar plausible el resultado al que llega la Audiencia en este caso es el de la tutela judicial efectiva del actor: cuando es el propio ordenamiento el que obliga a la ampliación de la demanda debe también proveer algún mecanismo para que la acción sea posible en tales términos. En este sentido se ha expresado en España la doctrina (QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 127 y ss.). Cuestión distinta es en qué deba consistir la oferta que se haga al demandante; y a la hora de decidirlo no cabe perder de vista la tutela que es debida al demandado.

Desde la perspectiva de la competencia judicial internacional la solución que guarda una correspondencia más obvia con el imperativo de ampliación subjetiva de la demanda es la que ofrece al actor, como cauce para el ejercicio de la acción, el foro de la pluralidad de demandados. En este sentido el diseño más acabado es el del artículo 6.1 del Reglamento núm. 44/01: aunque el precepto, no restringido al caso del litisconsorcio pasivo necesario sino abierto también a la pluralidad voluntaria, ha suscitado las dudas de los autores atentos a las posibilidades de previsión del demandado (vide en particular la exigente posición de QUIÑONES ESCÁMEZ, A., cap. IV). En este contexto de preocupación por la posición de la parte pasiva en el litigio merece atención el artículo 14 del abandonado Proyecto de Convenio Mundial de exequátur de La Haya, que añadía al control de la conexidad entre las pretensiones una *vinculación sustancial* entre el Estado y la disputa relativa a cada demandado individual no residente en tal Estado. El requisito de relación entre el demandado no domiciliado en España y este foro, o entre los demandados si lo que se pretende es atraer a uno al domicilio de otro, de forma que sea imaginable para el primero una eventual acción en España, aparece en la doctrina española (QUIÑONES ESCÁMEZ, A., cap. IV, pp. 175-176), y está presente también en la de otros ordenamientos (vide por ejemplo AUDIT, B., *Droit International Privé*, 2006, pp. 309-310). El Auto objeto de comentario no parece ajeno a estas consideraciones si nos atenemos a su FJ 4.º; cosa distinta es el acierto de cómo las resuelve en el supuesto (*infra*, núm. 4).

3. En ausencia de previsión legal expresa del foro de la pluralidad de demandados la situación se complica, porque la voluntad de permitir igualmente al actor el acceso a la jurisdicción tropieza con la exigencia de seguridad jurídica formal. Caben así dos opciones: una es la seguida por el Tribunal de instancia, que *in casu* procedió a aplicar el párrafo tercero del artículo 22 LOPJ, o foros especiales por razón de la materia (no merece comentario el que hace la Audiencia a propósito del carácter «subsidiario» de este punto y del cuarto del precepto), y concluyó la incompetencia en el supuesto de la jurisdicción española. La otra es la del Tribunal de apelación, que operó una interpretación analógica para llenar lo que estimó es un vacío en el artículo 22 LOPJ. Con esta finalidad la Audiencia hizo un empleo indistinto de dos referentes diversos: el artículo 52.3 de la LEC, y el artículo 6.1 del Reglamento núm. 44/01. No es necesario extenderse sobre la infeliz cita conjunta de preceptos de tan diferente origen y función. Tampoco precisa mucho espacio la crítica a la extensión analógica de la ley doméstica al caso internacional: si bien es cierto que en otros países se realiza una operación similar, también lo es la opinión doctrinal desfavorable, y la tendencia consonante a limitar la extensión (vide Francia o Alemania, descritos en HEREDIA CERVANTES, I., *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Comares, Granada, 2002, núm. 16-19); en nuestra jurisprudencia algunas decisiones del TS avalan a primera vista la aplicación extensiva de la norma de competencia territorial (SSTS de 12 de julio de 1986, de 30 de abril y de 18 de junio de 1990, empleando aún la norma de la LEC de 1881), pero hay divergencias doctrinales acerca de qué significan realmente estas sentencias cuando el contexto es uno dotado de elementos de internacionalidad relevante (cfr. HEREDIA CERVANTES, I., núm. 233, y QUIÑONES ESCÁMEZ, A., pp. 89-90).

A propósito de la otra norma de cuya analogía se trata, el artículo 6.1 del Reglamento núm. 44/01, algunos autores se pronuncian a favor de que se aplique al demandado carente de domicilio en el territorio de un Estado de la UE: más ampliamente, sostienen que en tanto que los preceptos del texto comunitario se conciben en atención a una lógica privada podrán ser también acogidos en el subsistema autónomo de competencia; sólo procede una respuesta contraria para las reglas que únicamente responden a la lógica de integración (HEREDIA CERVANTES, I., pp. 161-167). A nuestro juicio, el principio en que se basa el punto de vista descrito es aceptable, en abstracto; experimentamos mayores reservas acerca de que quepa identificar en el régimen comunitario algún foro cuya esencia no responda, entre otros objetivos («lógicas»), también al de integración, y de lo que ello supone en términos de traslación de las previsiones a otros contextos. Si admitimos que la jurisdicción española se extienda en virtud del artícu-

lo 6.1 del Reglamento núm. 44/01 a demandados sin domicilio en Europa, ¿quedamos obligados a aceptar la misma regla a efectos de reconocimiento, cuando el Tribunal del foro multi-subjetivo haya sido el de un tercer Estado? Si tratándose de países europeos la compleja articulación de mecanismos que sirve a construir la confianza comunitaria fuerza una respuesta positiva, no debe sorprender que tengamos dudas acerca de admitir una solución idéntica fuera de ese marco.

A modo de conclusión de lo expuesto, una opinión: en ausencia de una regla expresa –esto es, si se opta por llenar la laguna de la LOPJ desde la interpretación de «lo que hay»; también, *de lege ferenda*; aunque en realidad la propuesta que más nos convence es aquella que sólo acepta el foro de la pluralidad de demandados en las circunstancias propias de un foro de necesidad –nuestra convicción es que una oferta de competencia judicial internacional respetuosa a un tiempo con el demandante al que se obliga a pasar por el litisconsorcio, y con el demandado no domiciliado en el foro, es la de apertura del domicilio de uno de ellos bajo condiciones –a las que también alude la doctrina española mencionada–: de subsidiariedad respecto al foro de la materia, en principio con independencia de dónde se concrete (por tanto, aunque conduzca a Tribunales extranjeros, cuando se acredite que tales Tribunales aceptarán el caso: lo que puede ocurrir, por ejemplo, si los demandados prometen la sumisión tácita); sumada a un real riesgo de soluciones inconciliables. Será preciso además probar que existe vinculación de cada uno de los demandados con España –algo que podrá estar implícito, en ocasiones, en el hecho de ser el litisconsorcio pasivo *necesario*, o en el parentesco entre las pretensiones, en el caso de que sean varias y distintas.

4. Ha de ser factible al demandado sin domicilio en el foro anticipar que podrá ser atraído al mismo (*supra*, núm. 2). La Audiencia de Barcelona dedica a ello su FJ 4.º, por lo que este paso de su análisis merece en principio aprobación. Otra cosa es que sea también aceptable el elemento retenido para sostener la competencia española sobre todos los sujetos demandados: el Tribunal estudia la relación entre dos de los convocados ante sí, la sociedad *Hera Holding*, la matriz, y *Hera Argentina*, la filial; pero lo que expone no responde a la preocupación por que esta última esté en posición de prever que podría ser demandada en España en relación con el incumplimiento de un contrato que ha celebrado la matriz. La Audiencia propone atender a las consecuencias fácticas y económicas genéricas derivadas de ser la empresa madre el socio mayoritario en la filial: es el socio mayoritario quien define la estrategia de la sociedad, adopta las decisiones de la misma, decide su línea de defensa en un caso de demanda, recibe las consecuencias económicas favorables o desfavorables del pleito. A nuestro juicio, estas afirmaciones ajenas a la ortodoxia de los grupos de sociedades, o societaria en general, y que extrapoladas del contexto concreto en que se hacen permitirán atraer a cualquier sociedad filial al domicilio de la empresa madre o (lo que para el Tribunal parece ser lo mismo) del socio mayoritario, pueden llegar a prevalecer ciertamente en situaciones en que motivos especiales, relacionados con la protección de determinados bienes, hayan de prevalecer sobre las manifestaciones concretas de la libertad de empresa (ejemplo característico es el del levantamiento del velo; o las propuestas tendentes a responsabilizar a las multinacionales con actividad global por las actividades de empresas sobre las que tienen control *de facto* o *de iure*, y que operan en países poco desarrollados). No es admisible en cambio la generalización del criterio.

5. Finalizamos con una simple mención a un dato que no es controvertido en el Auto: el de cómo justifica el juez la necesidad de ampliación de la demanda. En este sentido pronuncia la mayoría de los autores la convicción de que debe ser la ley aplicable al fondo del asunto la consultada (QUIÑONES ESCÁMEZ, A., pp. 196-203), en tanto que se trata de un problema relativo a la legitimación *ad causam*. Ello, con independencia de que las dificultades prácticas –el juez deberá decidir, consultar y aplicar la *lex causae* aun antes de haber decidido su competencia– determinen su sustitución por la *lex fori*.

2006-23-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Convenio de Bruselas de 1968.—Competencias exclusivas: litigios «en materia de derechos reales inmobiliarios».—Artículo 16.1.a): ámbito de aplicación.—Exclusión: acción cuyo objetivo es hacer que cesen las perturbaciones o el riesgo de perturbación sobre bienes inmuebles por la actividad de una central nuclear sita en el territorio de un Estado vecino del Estado o de los Estados donde se hallan tales inmuebles (*actio negatoria*).

Preceptos aplicados: Artículos 2, 4, 5 y 16.1.a) Convenio de Bruselas de 1968; artículo 364.2 Código Civil austriaco (ABGB);

[...] 7. *El artículo 364, apartado 2, del Código Civil austriaco (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch; en lo sucesivo «ABGB»), establece:*

«El propietario de una finca tiene derecho a prohibir al de la finca vecina la emisión desde esta última de aguas residuales, humo, gases, calor, olores, ruidos, vibraciones o similares que afecten a la primera, cuando tales emisiones sobrepasen los niveles habituales en el lugar y obstaculicen sustancialmente los usos de su finca localmente admitidos. En cualquier caso, está prohibido el vertido directo de residuos sin una autorización legal específica.»

8. *El órgano jurisdiccional remitente puntualiza que el objetivo de la acción entablada sobre la base de esta disposición es hacer que cesen los perjuicios sufridos por una finca o, al menos, evitar tales perjuicios mediante medidas adecuadas. En virtud de la jurisprudencia nacional, dicha acción se asimila a una acción negatoria («Eigentumsfreiheitsklage») median- te la que se ejercita una pretensión basada en el derecho de propiedad. [...]*

20. *Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si el artículo 16, número 1, letra a), del Convenio de Bruselas debe interpretarse en el sentido de que corresponde a la categoría de los litigios «en materia de derechos reales inmobiliarios», en el sentido de dicha disposición, una acción, como la entablada en el litigio principal sobre la base del artículo 364, apartado 2, del ABGB, cuyo objetivo es impedir las perturbaciones que afectan o pueden afectar a bienes inmuebles cuyo propietario es el actor de tal acción, provocadas por radiaciones ionizantes emitidas por una central nuclear sita en el territorio de un Estado vecino de aquel en el que se hallan tales bienes. [...]*

34. *Una acción de cesación de perturbaciones, en su caso, de carácter cautelar, como la promovida en el procedimiento principal, tampoco exige el desarrollo de una argumentación cuyo objeto sea un derecho real sobre un inmueble. Es cierto que el fundamento de tal acción reside en el menoscabo sufrido por un derecho real inmobiliario, pero la naturaleza real e inmobiliaria de ese derecho, en el referido contexto, sólo tiene una importancia secundaria. Como han señalado EZ y la Comisión, dicha naturaleza real e inmobiliaria del derecho controvertido no influye de manera determinante en la configuración del litigio principal, el cual, a juicio de estas partes, no se plantearía en términos esencialmente distintos si el derecho que se pretende proteger contra los perjuicios alegados fuera de naturaleza diferente, como, por ejemplo, el derecho a la integridad física o un derecho mobiliario. Al igual que la acción controvertida en el procedimiento principal, esencialmente, el objetivo de tales acciones sería requerir al sujeto responsable de tal menoscabo, real o potencial, de un derecho, en particular, por no haber respetado las normas técnicas generalmente aceptadas, para que pusiera fin a su comportamiento. [...]*

36. *Por una parte, en efecto, cuando se trata, como en el caso de autos, de dos inmuebles situados en el territorio de dos Estados diferentes, no puede considerarse que una acción como aquella de que conoce el órgano jurisdiccional remitente deba sustanciarse con carácter general, según las normas de uno de los Estados, y no del otro. [...]*

38. *Por otra parte, el examen de una acción como la promovida en el procedimiento principal no exige la apreciación de hechos que, más concretamente propios del lugar en que se encuentra uno solo de los bienes inmuebles de que se trate, en principio, pueden justificar la competencia de los tribunales de uno de los Estados interesados, con exclusión de los del otro. Así, en los apartados 15 y 17 de la sentencia de 30 de noviembre de 1976, Bier, conocida como «Mines de potasse d'Alsace» (21/76, Rec. p. 1735), dictada en relación con una acción de responsabilidad promovida como consecuencia de un daño material inferido a una finca situada en un Estado miembro a causa de vertidos contaminantes efectuados en un río por una explotación sita en otro Estado miembro, el Tribunal de Justicia señaló que, ante una situación de este tipo, el lugar del hecho causante, como el lugar en que se materializa el daño, puede, según las circunstancias, proporcionar indicaciones particularmente útiles desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso.*

39. *En el asunto principal, como se desprende de la resolución de remisión, el objetivo de la acción entablada por el Land Oberösterreich es determinar si los efectos causados o que pueden causar las radiaciones ionizantes emitidas por la central de Temelin superan los efectos o riesgos normalmente vinculados a la explotación de una central según las normas técnicas generalmente aceptadas. Como han señalado acertadamente EZ, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión, tal apreciación implica evidentemente la realización de comprobaciones que, en gran medida, deberán efectuarse en el lugar de implantación de dicha central. [...]*

El artículo 16, número 1, letra a) 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, en su versión modificada en último lugar por el Convenio de 29 de noviembre de 1996 relativo a la adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia, debe interpretarse en el sentido de que no está comprendida en su ámbito de aplicación una acción que, como la entablada en el asunto principal sobre la base del artículo 364, apartado 2, del Código Civil austriaco (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch), tiene por objeto impedir las perturbaciones que afectan o puedan afectar a bienes inmuebles cuyo propietario es el actor de esa acción y cuando tales perturbaciones son provocadas por radiaciones ionizantes emitidas por una central nuclear sita en el territorio de un Estado vecino de aquél donde se hallen esos bienes.

[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), de 18 mayo de 2006. Asunto C-343/04. Ponente: Excmo. Sr. K. Schiemann.]

F.: Aranzadi Westlaw, TJCE 2006/144.

Nota: 1. No extraña ya la complejidad de las situaciones que llegan al TJCE preguntando por la interpretación de las especiales competencias exclusivas del artículo 16.1 del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968 (problemas igualmente válidos para la comprensión del artículo 22 del Reglamento 44/2001). A conflictos que muestran al inquilino Erich Rossler desbordando fosas sépticas (STJCE 15 de enero de 1985, Asunto 241/83. *Rösler vs. Rottwinkel*) o crisis familiares como la que enfrentó al Sr. Scherrens con su suegra, su cuñada y su mujer (STJCE 6 de julio de 1988, Asunto 158/87. *Scherrens vs. Maenhout*), se ha añadido recientemente uno que *a priori* parece menos llamativo, por referirse a una acción sólidamente consolidada en algunos ordenamientos de los Estados miembros, la *actio negatoria*; concepto jurídico «arcaico» (en el buen sentido de «tradicional») en la terminología de las conclusiones del Abogado General Sr. Poireres Maduro que, si se me permite la libertad, creo que son un tanto arcaicas en su planteamiento (y esta vez el adjetivo no es benevolente). Sin embargo las aristas del caso lo hacen igualmente singular. Una entidad territorial austriaca, el *Land Oberös-*

terreich, propietaria de varios inmuebles en Austria, presenta demanda ante los tribunales austriacos contra la sociedad explotadora de una central nuclear situada en la República Checa (la sociedad, *CEZ as*, que está domiciliada en dicha república). La causa, los efectos de las radiaciones ionizantes que, sobre los inmuebles propiedad de la demandante, emite la central nuclear; radiaciones que según dicha demandante exceden de los efectos que ocasiona una central nuclear según las normas técnicas generalmente aceptadas. Se pide que se ordene a *CEZ* el cese en las fincas del Land de los efectos derivados de las susodichas radiaciones y, con carácter subsidiario, el cese de los riesgos ocasionados por las referidas radiaciones (vide punto 13 de la Sentencia). El demandado pidió que se declarase la falta de competencia de los tribunales austriacos, alegando que el artículo 16.1 del Convenio de Bruselas no era aplicable a las acciones interpuestas; tras diversos avatares el *Oberster Gerichtshof* planteó la cuestión prejudicial al TJCE para que este decidiese si la expresión «en materia de derechos reales inmobiliarios» abarca la acciones (cautelares) de cesación que tienen por objeto la prohibición de inmisiones procedentes de una finca en un Estado vecino —que no es miembro de la Unión Europea— que afecten a bienes inmuebles propiedad de la parte demandante.

2. El TJCE, separándose de las extensas conclusiones del Abogado General respondió negativamente a la pregunta; a mi juicio, de forma afortunada. La cuestión planteaba, además, la peculiaridad de que el demandado no estaba domiciliado en un Estado contratante (la República Checa en el momento de presentación de la demanda) y ante la impugnación de la competencia, la aplicación o inaplicación del artículo 16.1 del Convenio de Bruselas determinaba en última instancia la global aplicación del Convenio. No despeja el supuesto el porqué de la concentración del esfuerzo argumental en el citado precepto, aunque la lógica conduce a que la razón se encontraba en que no siendo de aplicación el artículo 16 CB no habría otro fuero de competencia de conformidad con el Derecho autónomo austriaco; algo que podría llamar la atención pues en todo momento la calificación que se presenta como verosímil alternativa a la calificación de materia de derechos reales inmobiliarios es la calificación extracontractual, y aunque el lugar del daño suele ser un criterio lo suficientemente razonable como para ser retenido por la normativa interna (por ejemplo, art. 22.3 LOPJ: VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000, p. 134), lo cierto es que no parecía suficiente en el caso concreto para el sistema autónomo austriaco de competencia judicial internacional (así, analizando el supuesto antes desde la perspectiva de las decisiones ya pronunciadas en Austria y con anterioridad a la Sentencia del TJCE, SCHACK, H., «Abwehr grenzüberschreitender Immissionen im dinglichen Gerichtsstand?», *IPRax*, 2005, pp. 262-266, pp. 263 y 265).

3. La argumentación del TJCE se mueve dentro de parámetros tradicionales, analizando, para el caso concreto si la acción negatoria del Derecho austriaco entra o no dentro del supuesto del artículo 16.1 CB (es lo que se le pide); pero de forma no declarada, lo que hace es una delimitación entre dicho precepto y el artículo 5.3 CB (es lo sustancial de la cuestión decidida para TROLE, Ch., «Die internationale Zuständigkeit nach Art. 22.1 EuGVVO für Immissionsabwehrklagen», *IPRax*, 2006, pp. 564-567, p. 565); por más que dicha delimitación no fuese relevante en el supuesto de autos, dado el domicilio no comunitario del demandado. Es un proceder clásico porque, como en prácticamente todos los casos anteriores, parte de un análisis de los objetivos perseguidos por la propia existencia de competencias exclusivas en los términos del artículo 16 CB para contrastarlos con el caso. Lo cierto es que desde el Informe Jenard, esto es un tópico recurrente que, ciertamente, no posee la aplastante entidad argumentativa que debería; algo que poco a poco va poniéndose de manifiesto (ya fui crítico en «Distribución de competencias exclusivas en materia de arrendamientos de inmuebles», *Revista Jurídica Española La LEY, Suplemento Comunidades Europeas*, núm. 52, 1989, pp. 12-15; con carácter general y contundente, FERNÁNDEZ ARROYO, D., «Exorbitant and Exclusive Jurisdictions within European Legal Systems: Will They Ever Survive?», *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, Sellier, 2004, pp. 169-186).

Todos los argumentos pretéritos y actuales («soberanía», proximidad máxima, correcta administración de justicia en general, práctica de prueba sobre el terreno en particular, correlación *forum-ius*, ejecutabilidad de la decisión sobre el territorio) no son concluyentes para el caso concreto.

4. Tampoco son concluyentes, ni mucho menos, los datos del Derecho comparado que, sobre todo, las Conclusiones del Abogado General traen a colación para tratar de hallar la respuesta calificatoria: el TJCE no retiene en ningún momento la distinción entre acciones *in rem* y acciones *in personam*. El Derecho comparado de los Estados miembros es demasiado diverso y prevé múltiples instrumentos de distinto orden y naturaleza para tutelar el mismo derecho: el objeto del litigio principal, por ejemplo, se articula en el *common law* a través de la noción de «tort of nuisance» (TROLE, Ch., *loc. cit.*, p. 566, nada que ver con derechos reales), algo que unido a la propia literalidad del artículo 16.1 CB en inglés («proceedings which have as their object rights in rem in immovable property», que ponen de manifiesto también sobre la sentencia del OGH, HAGER, G., y HARTMANN, F., «International Zuständigkeit für vorbeugende Immissionsabwehrklagen» *IPRax*, 2005, pp. 266-269, p. 268 y TROLE, Ch., *loc. cit.*, p. 566) parece debilita el argumento comparado (en uno y otro sentido).

5. El TJCE termina sucumbiendo, como antes señalé, a la alternativa sistemática que le proporciona la existencia del artículo 5.3 CB, perfectamente adaptado en su finalidad y en su interpretación pasada a las circunstancias de un caso como el que se le presenta, de verse vinculados dos Estados contratantes y poseer el demandado el domicilio en uno de ellos. Y la conclusión es clara: los «títulos» que tendrían tanto los tribunales del lugar donde se encuentra el bien inmueble afectado como los del lugar donde se localiza la central contaminante (que en el caso coincide con el del domicilio del demandado) son en cierto modo equivalentes, desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso (punto 38 entre otros) o desde el punto de vista de la sustanciación de la demanda conforme a un Derecho u otro (punto 36 de la Sentencia, al que TROLE, Ch., *loc. cit.*, p. 567, se encarga de añadir que la visión es coherente con la solución de la propuesta modificada de Reglamento Roma II, cuyo artículo 8 señala que en relación con los «Daños ambientales» que «La ley aplicable a la obligación extracontractual que resulte de un daño al medio ambiente o de los daños causados a personas o bienes como resultado de dicho daño es la resultante de la aplicación del apartado 1 del artículo 5 a menos que la persona perjudicada haya elegido basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño»; ya HAGER, G., y HARTMANN, F., *loc. cit.*, p. 268). Muy gráficamente, el TJCE asume el ejemplo argumentativo de la demandada y la Comisión, al señalar que la mera existencia del inmueble no influye de manera determinante en la configuración del litigio, que no se plantearía en términos esencialmente distintos si los perjuicios alegados fueran, por ejemplo, el derecho a la integridad física. Claro.

6. En fin, que nos encontramos ante una decisión cuya solución última es correcta, probablemente previsible y quizá motivada por la peculiaridad de los tribunales austriacos enfrentados a un demandado domiciliado en un Estado no contratante del Convenio de Bruselas y ayunos de otro apoyo normativo para conocer del caso; el apoyo que hoy tendrían en aplicación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

2006-24-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Pluralidad de demandados.—Demanda por violación de patente europea en varios Estados contratantes.—Cuestión incidental relativa a la nulidad de la patente.—No procede la competencia de un mismo tribunal para todos los demandados.

Preceptos: Artículos 16.4 y 6.1 del CB, artículo V del Protocolo anexo y artículos 1, 2.2 y 64.1 y 3 del Convenio de Munich sobre concesión de patentes europeas de 5 de octubre de 1973.

El artículo 6, 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, debe interpretarse en el sentido de que no se aplica en el marco de un litigio por violación de patente europea en el que intervienen varias sociedades, establecidas en diferentes Estados contratantes, en relación con hechos cometidos en el territorio de uno o de varios de esos Estados, aun cuando dichas sociedades, pertenecientes a un mismo grupo, hubieran actuado de manera idéntica o similar, con arreglo a un plan de acción conjunta elaborado por una sola de ellas.

[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 13 de julio de 2006, Asunto C-539/03, Roche Nederland BV y otros c. F. Primus y M. Goldenberg. Ponente: Excmo. Sr. P. Jann.]

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

Nota: 1. F. Primus y M. Goldenberg presentan una demanda ante un tribunal neerlandés por una supuesta vulneración de los derechos de una patente europea de la que son titulares. Los demandados, nueve sociedades del grupo *Roche* «establecidas» en los Países Bajos, Estados Unidos, Bélgica, Alemania, Francia, Reino Unido, Suiza, Austria y Suecia, comparecen y, salvo la sociedad neerlandesa, impugnan la competencia y además sostienen que la patente es nula. En primera y segunda instancia, los tribunales se declaran competentes pero, interpuesto recurso de casación, la Corte Suprema suspende el procedimiento y presenta una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE) relativa al alcance del foro multisubjetivo del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (en adelante CB), en virtud del cual puede demandarse a una pluralidad de sujetos ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos (art. 6.1).

2. El planteamiento de la cuestión prejudicial es oportuna dada la complejidad del caso y teniendo en cuenta que, como se verá, ninguna opción resulta plenamente convincente. Bien es verdad que se dan por supuestos conceptos necesarios para resolverla que no dejan de ser problemáticos, como son los de la legitimación pasiva en el proceso, la definición de domicilio del demandado y la determinación del instrumento jurídico aplicable. En efecto, antes de entrar en materia conviene aclarar que corresponde a cada sistema determinar quién tiene capacidad para ser parte, si el grupo como tal o cada uno de sus miembros, pero puede inferirse un principio procesal común a los Estados parte para preservar el efecto útil de la regulación, basado en que cada sociedad tiene su propia personalidad jurídica y, por tanto, capacidad para ser parte.

Algo parecido ocurre respecto de la determinación del domicilio de las sociedades, que el CB asimila a su sede, para lo que el tribunal aplicará sus normas de DIPr (art. 53), a las que les corresponde determinar si la sede de la sociedad se encuentra en el Estado desde el que opera la sociedad matriz o en el que se establece la filial. En el Reglamento 44/2001, la definición uniforme de domicilio permite extraer una conclusión más precisa y favorable al domicilio individual de cada sociedad, pues ésta tiene su propia sede estatutaria, su propia administración central –en el sentido de que posee sus administradores de derecho–, y su propio centro de actividad principal –pues cada miembro tiene una mínima autonomía funcional salvo situaciones ficticias– (art. 60).

Los grupos también plantean conexiones espaciales complejas y el presente caso es buena prueba de ello, pues en él convergen sociedades con domicilio en la Comunidad, en el Espacio Europeo de Libre Comercio y en terceros Estados. La atracción de las sociedades «comunitarias» a los tribunales neerlandeses debe someterse al CB y, en su caso, al Reg. 44/2001, mientras que la de la compañía suiza ha de regirse por el Convenio de Lugano de 16 de septiembre

de 1988 (CL). Aunque dicho Convenio no lo prevea expresamente, así se deduce de su regulación sobre los supuestos «mixtos» de conexidad [art. 54.ter.2.b)], es decir, litigios inconciliables en un Estado comunitario y en otro EFTA y, *mutatis mutandi*, la posibilidad de demandar a una sociedad con domicilio en un «Estado EFTA» ante los tribunales de un Estado comunitario firmante del Convenio de Lugano. El matiz es importante porque, aunque son conocidas las semejanzas entre los foros multisubjetivos del CB y del CL, no debe olvidarse que el primero ha sido objeto de un importante desarrollo jurisprudencial que no es extensible sin más al segundo. En todo caso, la atracción de la sociedad estadounidense ante los tribunales neerlandeses quedaría regida por el Derecho procesal de los Países Bajos (téngase en cuenta, no obstante, que se ha defendido una aplicación analógica de los arts. 6.1 del CB y Reg. 44/2001 frente a domiciliados en terceros Estados: vide, en España, HEREDIA CERVANTES, I., *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Comares, Granada, 2002, pp. 162-167).

Centrándonos ya en el CB, que es al que se refiere la cuestión prejudicial, la utilización de los foros multisubjetivos se ha circunscrito a demandas vinculadas entre sí de modo tal que resulte oportuno tramitarlas conjuntamente con el fin de evitar resoluciones inconciliables. Esta «inconciliable» aparece definida en la Sentencia como una contradicción entre las eventuales resoluciones en una misma situación de hecho y de Derecho (FJ 26) y en el caso concreto no puede ser apreciada. Ya adelanto que coincido con el Tribunal en su conclusión aunque no en su planteamiento, pues, a mi juicio, debe estarse a un análisis de la «inconciliable» desde una doble dimensión subjetiva y objetiva no muy claramente delimitada en la Sentencia: la primera conducirá a un análisis desde la lógica de los grupos multinacionales de sociedades, mientras que la segunda derivará en un estudio desde la perspectiva de la patente europea presuntamente vulnerada. Se advertirá, entonces, que el test propuesto por el Tribunal —misma situación de hecho y de Derecho— no funciona para la vertiente subjetiva de la conexidad (§ 3) aunque sí para la objetiva (§ 4).

3. En efecto, la dimensión subjetiva ha sido enfocada por el Tribunal de forma un tanto imprecisa, porque dicho test raramente se da en los grupos, resulta un tanto circular y no ofrece soluciones concluyentes. Existe cierta paradoja en aplicar esa regla de misma situación de hecho y de Derecho a los grupos porque el problema que trata de resolver, la pluralidad de demandados, se convierte en el argumento que obstaculiza la solución, la presentación de la demanda conjunta. Ciertamente la actuación de manera idéntica o similar con arreglo a un plan de actuación conjunta lleva al Tribunal a concluir que existe una misma situación fáctica, pero sin apreciar «inconciliable» al no observarse una misma situación jurídica (FFJJ 34 y 35). Por supuesto que no existe una misma situación de Derecho en cuanto al grupo, pues los sujetos demandados son distintos, pero precisamente la interpretación del foro multisubjetivo debe llevar a «reconstruir» la unidad de la causa cuando existe pluralidad de demandados, *in casu*, y siguiendo una terminología ilustrativa de índole mercantil, la unidad de la empresa *Roche* compartimentada en varios empresarios. La fragmentación de la causa podría dar lugar a que unos mismos hechos fueran dados por probados en un proceso y negados en otro, de lo que se derivaría una auténtica incoherencia en el espacio europeo. De ahí que es perfectamente posible la apreciación de una situación inconciliable aunque no exista un riesgo de resoluciones excluyentes dado que no se observa identidad de sujetos y todas las decisiones podrían ser ejecutadas en un mismo Estado (afirmación, por cierto, que admite el Tribunal cuando señala que la situación inconciliable a efectos de demandar conjuntamente o acumular procesos no se somete a la lógica de reconocimiento, vide FFJJ 23 y 33). También es sostenible la «inconciliable» a pesar de que no se trate de una «misma situación de Derecho», es decir: la necesidad de enjuiciar conjuntamente las causas para una correcta comprensión de los hechos en su conjunto no empece a que la responsabilidad de cada sociedad puede someterse a un régimen jurídico individualizado y distinto —si ése es el sentido que el Tribunal quiere dar a un supuesto tan vago como el de la «misma situación de Derecho».

Tampoco resultan extensibles a los sujetos los argumentos de inoperatividad que llevan a negar el juego del foro multisubjetivo sobre la base de que obligaría a un pronunciamiento sobre el fondo a los solos efectos de discusión de la competencia judicial (FJ 39). Ni resulta determinante pronunciarse sobre el fondo ni el Tribunal de Justicia lo ha entendido así en otras Sentencias. En este momento procesal el órgano judicial sólo ha de establecer si existe una conexión relevante entre las sociedades a efectos de la interpretación uniforme de la competencia; y para ello, bastará traer a colación aspectos tales como la titularidad del capital social, la identidad de los integrantes de los consejos de administración, la existencia de planes de actuación conjunta, la presentación de cuentas consolidadas... Es evidente que ya se discuten hechos –no el fondo– en ese momento, pero esa discusión está implícita en cualquier foro de naturaleza fáctica (¿acaso no se discuten cuestiones de hecho si el demandado entiende que no tiene su administración central en el Estado del foro conforme al art. 60 del Reglamento?). Es más, el propio Tribunal no ha tenido ningún reparo en exigir el análisis de la situación fáctica del grupo en otros casos, que, por cierto resultaban mucho más dudosos, por ejemplo: en el Asunto *Parfums Rothschild* (Sent. de 9 de diciembre de 1987, Asunto C-218/86, *Rec.* 1987, pp. 4905-4915) llegó a afirmar que si de las circunstancias concretas se derivaba que una sociedad no era más que una mera «prolongación» de otra del mismo grupo no había ningún problema en desconocer su personalidad jurídica –repárese en la gravedad del pronunciamiento sobre los hechos– y considerarlo un mero establecimiento a los efectos del artículo 5.5. C.B. Es más, me atrevería a señalar que uno de los pocos momentos procesales en los que el juez no debe pronunciarse sobre la situación fáctica es el del emplazamiento de las sociedades, pues entonces sí que debería ser precisa una notificación individualizada de cada una de las sociedades para que tengan la oportunidad de ejercer sus derechos de defensa.

4. Esta lógica subjetiva puede presentarse de forma autónoma, en la medida en que la pretensión sea calificada como societaria y se base precisamente en los vínculos entre las sociedades (p.e., se reclama la responsabilidad de la matriz como administrador de hecho o la aplicación de la teoría del levantamiento del velo). Pero también se puede presentar de forma accesoria a una lógica objetiva desde el momento en el que varias sociedades del grupo sean demandadas por participar de una u otra forma en uno o varios actos reprochables. Precisamente esta accesoria a la *causa petendi* concurre en el presente caso, pues no sólo es relevante que el conjunto de demandados se integra en un grupo, sino que todos ellos han vulnerado supuestamente una misma patente europea. Es en esta dimensión objetiva donde gana solidez la conclusión de la Sentencia relativa a la falta de conexidad entre las demandas, pues en ellas no puede apreciarse un mismo bien jurídicamente protegible o, en terminología más oscura utilizada por el Tribunal, una «misma situación de Derecho» (FFJJ 29 y 30, cuestión distinta, añadido, sería el caso hipotético de una patente comunitaria). El Convenio de Munich de 1973 pretende la unificación europea del procedimiento de concesión de patentes que se transforman automáticamente en patentes nacionales, de modo que los derechos conferidos y su posible vulneración se regirán por las distintas legislaciones nacionales (art. 64 y en la doctrina vide JIMÉNEZ BLANCO, P., *El derecho aplicable a la protección internacional de las patentes*, Comares, Granada, 1998, pp. 44-54). A ello se une que, como cuestión incidental, se invoca la nulidad de la patente, que se enmarca, en palabras del Tribunal, en la competencia exclusiva de los tribunales del Estado en cuyo territorio se ha planteado la solicitud de registro (FJ 40 en interpretación del art. V. *quinquies* del Protocolo anejo al CB). Recuerda, en consecuencia, que no existe competencia para pronunciarse incidentalmente sobre una cuestión de patentes sometida a la competencia exclusiva de otro Estado miembro (vide STJCE de 13 de julio de 2006, As. C-4/03, en esta misma Revista; y en la doctrina anterior VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 182-184).

Si la argumentación del Tribunal resulta impecable en esta vertiente objetiva de la conexidad e incluso recurre a un análisis de economía procesal que en otras ocasiones ha desechado,

sólo me queda la duda de si es posible forzar el tenor literal del foro multisubjetivo en aras de paliar la territorialidad en materia de propiedad industrial. No cabe olvidar que, con carácter general y en sede de competencia, la territorialidad de los daños plurilocalizados se supera a través del foro general del domicilio del demandado presunto infractor (vide GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad Europea*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 206 y ss.); y esta funcionalidad podría estar presente en el artículo 6.1 ante una pluralidad de demandados que están vinculados entre sí y que han vulnerado una misma invención perteneciente a unos mismos titulares. Máxime porque, aunque es verdad que el Convenio de Munich de 1973 no genera una única patente, sí establece de manera uniforme un único objeto patentable (arts. 52 y ss.) y el alcance de la protección de la patente europea (art. 69). Tampoco debe olvidarse que la negación de una competencia incidental sobre una materia exclusiva obliga *de facto* a paralizar el proceso principal hasta que se presente una demanda sobre la materia exclusiva y que, de ser admitida, debería completarse con una regla de prejudicialidad que no figura como tal ni en el CB ni en el Reg. 44/2001 (vide *ibídem*, pp. 153-160).

5. En conclusión, si las dimensiones subjetiva y objetiva de la conexidad se dan conjuntamente, existen motivos razonables para apreciar una situación inconciliable, pero probablemente por separado no son argumento suficiente para apreciar tal situación, como se pone de manifiesto en el presente caso. Es irrelevante que varias personas sin ninguna relación entre ellas vulnere un mismo bien jurídicamente protegible en distintos Estados, como también que varias sociedades del mismo grupo sean demandadas conjuntamente si la *causa petendi* de cada proceso «poco» tiene que ver, máxime si está mediatizada por una –discutida– competencia exclusiva.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

2006-25-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–Convenio de Bruselas.–Artículo 16.4. Acción de declaración de inexistencia de violación de patente. Competencia exclusiva del tribunal del lugar de depósito o registro.–Cuestión de la validez de la patente planteada con carácter incidental.–Competencia en caso de pluralidad de demandados.–Artículo 6.1. Patente europea.

Supuesto núm. 1

Preceptos: Artículo 16.4 del CB.

El artículo 16, número 4, 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, modificado por última vez por el Convenio de 29 de noviembre de 1996 relativo a la adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia, debe interpretarse en el sentido de que la regla de competencia exclusiva que establece se aplica a todos los litigios relativos a la inscripción o validez de una patente, tanto si la cuestión se suscita por vía de acción como por vía de excepción.

[Sentencia del TJCE, 13 julio de 2006, C-4/03, Gesellschaft für Antriebstechnik (GAT). Juez Ponente: P. Jann.]

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

Supuesto núm. 2: vide 2006-24-Pr

Nota: 1. *Interés de un comentario conjunto:* las decisiones que traemos a comentario, no sólo tienen en común la fecha, la Cámara del TJCE y el que versen sobre normas de competencia del CB aplicadas a la materia de patentes, sino el que se condicionan en el resultado, aunque la sentencia difiera por tratar cuestiones prejudiciales distintas. Lo decidido en el asunto *GAT* incide en lo decidido en el asunto *Roche*, y la razón de esta imbricación trae causa en la práctica, pues cuando se suscita un litigio por infracción o violación de los derechos de una patente (como es el caso en ambos asuntos) suele, también, ponerse en entredicho la validez (o la nulidad) de la misma (como ocurre en ambos asuntos). De suerte que, los demandados por vulneración del derecho suelen rechazar la competencia de los tribunales (art. 5.3 CB o art. 2 del CB) esgrimiendo la nulidad. Estas medidas funcionan (aunque no sea siempre el caso) como medidas dilatorias, guardando cierto aire de familia con las llamadas medidas anti-proceso (*anti suit injunctions*). Si bien, en el ámbito que nos ocupa, la terminología adoptada sea la de una «batalla naval» y se les denomine «torpedos» (FRANZOSI, M., «Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo» *EIPR*, 1997, p. 382), quizás sea por aquello de la «piratería», propia a la propiedad intelectual, o porque ambas potencialmente –y más aún en las patentes de invención– navegan en el mar internacional.

En el asunto *GAT* el litigio se dirime entre dos sociedades alemanas sobre una patente francesa. El juez alemán de apelación duda de su competencia, a la vista de criterio de competencia exclusivo del artículo 16.4 del CB (hoy, art. 22.4 del Reglamento núm. 44/2001 de 22 de diciembre de 2000), y decide plantear la cuestión al TJCE. Este es claro en su respuesta: el Estado donde se registra la patente tiene competencia exclusiva, siendo indiferente el que la validez de la patente se plantee por vía de acción o de excepción. O, dicho de otro modo, el juez competente para conocer de la acción (validez), puede conocer de la excepción (nulidad). De suerte que, en definitiva, cada Estado conoce de la validez o nulidad de la patente europea (no comunitaria) que expide y registra.

No cabe duda de que el artículo 16 (4) del CB reserva una competencia exclusiva en materia de validez de patentes para el Estado cuyas autoridades han expedido el derecho. Sin embargo, la cuestión es hasta qué punto dicha disposición va a interferir en la demanda por infracción o violación de los derechos de la patente. Y esto debido a que, en la práctica, los demandados por infracción del derecho discuten la validez de la patente, sea reconviendo o planteando la cuestión incidentalmente. De suerte que lo principal o lo accesorio no es diáfano, y la demanda sobre la nulidad puede incluso cuando menos incidir a la respuesta (y competencia) dada a la demanda sobre violación del derecho. En otras palabras, tirando del hilo, bien pudiera lo supuestamente accesorio (nulidad) convertirse en lo principal (así lo interpretan, además, los tribunales de los países de *common law*, e invocando su versión lingüística del art. 16.4), de suerte que una interpretación amplia del artículo 16.4 podría dar a entender, incluso, que para concentrar todo el litigio a donde habría que acudir es a los tribunales del Estado que ha expedido la patente. Y ello con todas las consecuencias presentes (competencia de oficio del art. 19 CB) y futuras (neutralización de la litispendencia del art. 21 CB) que acarrea el estar ante una competencia exclusiva. El TJCE escinde las dos acciones (competencias) soslayando el torpedo, pero el resultado no evita el que se tenga que pleitear ante los tribunales de Estados miembros distintos con el riesgo subsiguiente. Los Estados miembros difieren, además, frente al trato procesal a dar a tales torpedos (VÉRON, P., «Trente ans d'application de la CB à l'action en contrefaçon de brevet d'invention», *JDI*, 2001, pp. 820-829).

2. *Motivos que llevan al TJCE a rechazar la centralización del litigio relativo a la infracción del derecho de patente por el recurso a la pluralidad de demandados:* en el asunto *Roche*, dos personas domiciliadas en los EEUU, que eran titulares de una patente europea, acusaban de violación de la patente (mediante la comercialización de *kits* de dosificación inmunológica) a la sociedad holandesa del grupo *Roche* y otras más, ante la jurisdicción holandesa. Jurisdicción proclive a aceptar –aunque cada vez menos– el foro de la pluralidad

de demandados en el ámbito internacional. En este punto los Estados miembros difieren, y los tribunales holandeses suelen aplicar la jurisprudencia llamada de la «tela de araña» que permite aceptar la pluralidad de demandados en el caso de que afecte a un grupo de empresas (*Roche*) cuando la araña del centro de la tela (sociedad madre) tiene su sede en dicho país (respecto a la tendencia a utilizar el foro de la pluralidad de demandados por los tribunales holandeses, las decisiones citadas, en QUIÑONES, A., *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Eurolex, 1996, *passim*). Pero el TS holandés (*Hoge Raad*) va dudando y dudó, en este caso, de su competencia en lo que concierne a la posibilidad de atraer a las sociedades del grupo establecidas en Estados miembros, sobre la base del artículo 6.1 del CB (pues sólo es aplicable en tales supuestos intracomunitarios, como ya indicamos en nuestro comentario al asunto *Owusu*, en *AEDIPr.* 2005 *passim*), de manera que planteó la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

El TJCE responde dando tres razones para rechazar el foro de la pluralidad de demandados: primero, la falta de conexidad (TJCE, de 27 de septiembre de 1988, as. 189/87, *Kalfelis*) o contrariedad de decisiones, pues los variados derechos nacionales son aplicables a la patente europea (de anclaje nacional). Segundo, la necesidad de no alentar la práctica del *forum shopping*, que es contraria al espíritu del CB. Y, tercero, y es la razón que nos interesa retener, el que la nulidad de la patente (invocada por las sociedades no establecidas en Holanda) es competencia exclusiva del Estado que expide la patente en aplicación del citado artículo 16.4 del CB, tal y como también indica, ese mismo día, el TJCE en el asunto *GAT* (solución acorde, para la patente europea, con el artículo V del Protocolo anexo al Convenio).

El argumento de estar ante una competencia exclusiva, vinculada a normas de orden público, y en la que intervienen la organización de los registros y las autoridades administrativas del país que expide la patente, es común *GAT* y *ROCHE*, impidiendo –en la práctica– en el último asunto (pues el anterior se dirime entre dos sociedades de un mismo Estado miembro) la concentración de litigios sobre infracción de los derechos de la patente por medio del foro de la pluralidad de demandados. En definitiva, ante la pregunta de si las empresas del grupo residentes en los Estados miembros podrían ser demandadas ante un mismo tribunal, teniendo en cuenta que habían actuado de manera idéntica o similar y con arreglo a un plan de acción conjunta elaborado por una sola de ellas, el TJCE da una respuesta negativa. Contesta que no. Y coadyuva a la respuesta la dada al caso *GAT*, pues si hubiera estimado que el juez que conoce de la demanda de vulneración del derecho de patente puede tener en cuenta, a título incidental, la cuestión de la nulidad (que es invocada en el caso *Roche* por las empresas residentes fuera de Holanda), se estaría dando una interpretación estricta de la competencia exclusiva del artículo 16.4 del CB (o 22.4 R), que ensancharía las posibilidades de los foros de competencia normales o concurrentes (arts. 2, 5.3 y 6.1 CB) pues tal motivo (el que la cuestión de la nulidad es objeto de una competencia exclusiva) dejaría de existir.

Bien podría decirse que a mayor amplitud de la competencia exclusiva ha de operarse una reducción o una interpretación restrictiva de los otros foros generales o concurrentes, e incluido el foro de la pluralidad de demandados. La competencia exclusiva sobre la validez de la patente es plausible que surja como la cuestión principal y no la accesoria (o incidental), de manera que hasta pareciera lógico el centralizar todo el contencioso en el Estado miembro que expide la patente (y no el lugar donde se lleva a cabo el hecho delictivo o donde tiene su domicilio el demandado serio y principal). En resumidas cuentas, la hipótesis de la pluralidad de demandados sólo puede operar si no contradice una competencia exclusiva (QUIÑONES, A., *op. cit.*, p. 46) que es considerada, en este caso, de forma amplia por el TJCE. Y la solución podría extenderse a otros artículos, además del 6.1 CB, como el 2, 5.3 o el 21 del CB, que pudieran verse interpretados estrictamente para no contradecir la competencia exclusiva sobre validez o nulidad de la patente.

3. *Crítica y reflexión final*: no es infrecuente el que la infracción de los derechos de patente afecte a varios Estados miembros y a Estados terceros de manera que parezca oportuno el centralizar el litigio en el único Estado. El CB permite cuando menos centralizarlo con respecto a los demandados domiciliados en la Comunidad (art. 6.1) dejando a las normas internas la posibilidad de centralizar el litigio con respecto a los demandados domiciliados en terceros Estados. Sin embargo, el TJCE rechaza tal posibilidad, respecto a demandados domiciliados en Estados miembros, cuando reconviene planteando la nulidad de la patente (objeto de competencia exclusiva). Podría decirse que el resultado no es completamente satisfactorio pues para las acciones por infracción del derecho de una patente con efectos intracomunitarios (e internacionales) se exige al titular el demandar a los supuestos infractores en cada uno de los países donde estén establecidos, tratándose, incluso, de un grupo de empresas. La solución recuerda, en cierta medida, al asunto *Fiona Shevill c. Pres Alliance*, de 7 de mayo de 1995, en el que, también, el juez vio limitada su competencia a la reparación del daño causado en su jurisdicción, aunque algo más agravada (pues el foro invocado ahora es el art. 2 y el 6.1 del CB). Quizás, para salir del *impasse* en este ámbito de las patentes hace falta algo más que el CB (o el Reglamento). Se requiere cierta comunitarización de la materia y un tribunal *ad hoc* o autónomo que conozca de los litigios que afecten a los derechos de patentes de ámbito europeo. El TJCE aporta una solución parcial a las dificultades que ofrecen, en la práctica, los litigios por violación de patente. Esperemos que, en un futuro próximo, la implantación progresiva del EPLA (*European Patent Litigation Agreement*) pueda modificar el panorama, de suerte que el titular de la patente no esté obligado a plantear varios litigios en cada uno de los Estados miembros ni a hacer frente a las medidas «torpedo» destinadas a dilatar o alterar la competencia.

Ana QUIÑONES ESCÁMEZ

2. Alegación y prueba del Derecho extranjero

2006-26-Pr

APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO. RECURSO DE CASACIÓN.—Régimen de la prueba en el proceso civil del Derecho extranjero.—Motivos de casación: casación por infracción de ley extranjera y casación (o recurso extraordinario por infracción procesal) por insuficiencia de prueba del Derecho extranjero.

Preceptos aplicados: Artículos 8.2, 360, 1.692.3.º y 1.692.4.º LEC de 1881; artículos 424 y 252 BGB; artículo 89.1.b) Código de Comercio alemán; artículos 6.1, 7.1, 10.5, 12.6, 372.3, 1.106 y 1.258 CC; artículo 57 Código de Comercio; artículos 360 y 372 LEC; artículos 24 y 120.3 CE; artículo 17.1.c) de la Directiva 86/653/CE.

Segundo.—[...] 4.º Y llegamos al problema más complejo de los planteados por la recurrente en la cuestión previa a los motivos: si cabe o no recurso de casación respecto al derecho extranjero. La recurrente expone una serie de argumentos favorables y contrarios a la posibilidad de este recurso, que la llevan a considerar que, en la duda, es mejor alegar Derecho español, dada la semejanza con el de Derecho alemán aplicable, cuestión que se argumentará en el estudio de cada uno de los motivos del recurso presentado.

Ciertamente la cuestión resulta compleja, porque siendo doctrina unánime que el Derecho extranjero debe ser objeto de prueba por quien lo alega, lo que, en cierta medida lo convierte en un hecho, será después difícil argumentar que cabe un recurso de casación por infracción de Ley extranjera aplicable, dadas las limitaciones de este recurso en el artículo 1.692 LEC La solución adoptada por sentencias antiguas de esta Sala como las de 20 de marzo y 20 de mayo de 1877; 13 de enero de 1885; 9 de enero de 1911; 30 de junio de 1962; 10 de diciembre

de 1965 y otras fue permitir la casación al amparo del antiguo núm. 7 del artículo 1.692 LEC, que admitía la casación «cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador». Sin embargo, la sentencia de 15 de julio de 1983 entendió que «no pueden ser motivo de casación las infracciones de Leyes extranjeras que no afectan a la uniformidad de nuestra jurisprudencia».

A nuestro parecer deben distinguirse dos aspectos en lo que se refiere a la aplicación de la Ley extranjera: a) el primero consiste en la determinación del contenido de la Ley que deba aplicarse según la norma de conflicto correspondiente; en este momento, deben utilizarse todos los medios de prueba dirigidos a demostrar al juzgador la vigencia, el contenido y la interpretación de la norma declarada aplicable, para lo cual debe emplearse el artículo 12.6 CC. Cuando se ha demostrado al Juez cuál es derecho aplicable, éste no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto de normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación y a ello nos lleva el propio tenor del artículo 1.692, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establecía que el recurso de casación debía fundarse en «la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» y en este caso, el aplicable es el derecho alemán. La Ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc., y no debe hacerse diferencia entre Derecho extranjero y Derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la Ley (art. 24 CE), además de infringir la norma conflictual española. Sin embargo, la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del Derecho extranjero no deba ser tenida como doctrina legal a los efectos del artículo 6.1 del Código Civil, sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas. [...]

Quinto.—El primer motivo del recurso formulado al amparo del artículo 1.692, 4.º LEC denuncia infracción por aplicación incorrecta del principio de la buena fe en el cumplimiento de los contratos, positivamente en el artículo 1.258 CC, que, a juicio de la recurrente, resulta coincidente con lo establecido en el § 242 del Código Civil alemán (BGB). Este primer motivo debe ser rechazado por las razones siguientes:

1.º Porque la recurrente incurre en el vicio de modificar su demanda, ya que basada ésta en la aplicación del Derecho alemán al contrato de agencia marítima con Martico, como alegaba en el escrito de demanda, bajo el subterfugio de que no es seguro que pueda plantear un recurso de casación sobre el Derecho extranjero, intenta convencer a esta Sala que lo que se ha infringido es un principio común a los dos ordenamientos. Esta técnica produce claramente la modificación del libelo (sentencias de 7 de octubre de 1993, 9 de abril de 1994, 17 de mayo de 2001, 21 de octubre, 15 de noviembre y 17 de noviembre de 2005 y 26 de mayo de 2006, entre otras), lo que resulta prohibido en esta instancia, ya que de admitirse este motivo, se produciría una clara indefensión de la otra parte. En definitiva, debiéndose aplicar el Derecho alemán, el cambio de la norma aplicable para fundar un recurso de casación no resulta admisible. [...]

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), de 4 julio 2006. Recurso de Casación núm. 2421/1999. Ponente: Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2006/6080.

Nota: 1. La abundante literatura consagrada a la aplicación judicial del Derecho extranjero podría poner en cuestión la necesidad de dedicar al tema un comentario (más) de jurisprudencia.

dencia, máxime cuando la resolución sobre la que versa está fundamentada en normas hoy derogadas. Sin embargo, la Sent. TS (Sala 1.ª) de 4 de julio de 2006 corrobora la oportunidad de hacerlo, en la medida en que afirma que el desaparecido artículo 12.6.II CC es «semejante al artículo 281.2 de la Ley procesal actualmente en vigor». Esta idea de que la regulación vigente no ha comportado ninguna alteración sustancial del régimen anterior está, cierto es, muy extendida (vide ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La aplicación del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional», *REDI*, 2002, pp. 205-223, esp. p. 206, nota 1), pero existe otra interpretación [la propuesta, principalmente, por JIMÉNEZ BLANCO, P., en «Artículo 281», GÓMEZ DE LIAÑO, F. (Coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Forum, Oviedo, 2000, pp. 348-351 y por CARBALLO PIÑEIRO, L., en «El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional», *AEDIPr*, 2001, pp. 483-503], que no está siendo suficientemente atendida y que considero pertinente respaldar, con la esperanza de que esa afirmación del TS al menos no se acepte como cuestión indiscutida. De este modo, aunque el TS aplique –como he señalado– la anterior regulación, las cuestiones que aborda pueden examinarse a la luz de la nueva normativa, y comprobar, con ello, el cambio experimentado. Tales cuestiones son fundamentalmente dos: la posibilidad de recurrir en casación cuando se entienda que el Derecho extranjero aplicable ha resultado insuficientemente probado o cuando se considere que ha sido aplicado de forma errónea y el tratamiento que ha de recibir en el proceso el Derecho extranjero. A ambas se dedicarán, respectivamente, los apartados 3 y 4. Antes, expondré sucintamente los antecedentes del caso y ciertos aspectos que también interesan desde el punto de vista de nuestra disciplina.

2. El litigio del que trae causa el recurso de casación se entabla por la sociedad *Deutsche Seereederei Rostock GmbH* (*DSR*, alemana), frente a *Martico S. L.* (española), con ocasión de un contrato de agencia marítima. El contrato se halla regido por la ley alemana (ley de la RDA en un primer momento; de la RFA cuando se ha de decidir el asunto, como consecuencia del fenómeno de la reunificación), según el artículo 10.5 CC. En efecto, ésta es la norma de conflicto aplicable, dado que el negocio jurídico fue celebrado en abril de 1987, esto es, antes de la entrada en vigor del CR 1980 para España (art. 17). El TS no hace referencia alguna a la normativa convencional, pero sí se detiene en la aplicación del precepto estatal, a fin de verificar que concurren la condición en él prevista, en relación con la *electio iuris*: si la ley alemana es la *lex contractus* es porque, además de haber sido designada por las partes, presenta conexiones con el negocio de que se trata (vide apdo. 1.º FD Segundo).

DSR resuelve el contrato y demanda a su agente, solicitando el pago de las deudas pendientes. Ésta, a su vez, reconviene: reclama una indemnización por los daños y perjuicios que le fueron generados. El JPI núm. 3 de Bilbao (internacionalmente competente según los arts. 2 y 6.3 del CB 1968, versión de San Sebastián, que es la vigente en el momento de interposición de la demanda) estima ambas pretensiones, y la AP de Vizcaya, resolviendo sobre la apelación planteada por la alemana, confirma en lo esencial la resolución recurrida y añade unos porcentajes indemnizatorios a favor de *Martico*, de acuerdo con lo afirmado por el juez de instancia. La sociedad alemana recurre en casación.

3. La admisibilidad del recurso de casación por infracción de ley extranjera es avalada de forma nítida por el TS, superando con ello reticencias del pasado (vide al respecto CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 7.ª ed., Comares, Granada, 2006, p. 281). En efecto, si el Derecho extranjero hubiera sido objeto de una aplicación incorrecta, el recurso debía admitirse al amparo del motivo 4.º del artículo 1.692 LEC 1881 (hoy, art. 477.1.º LEC 2000, con las condiciones señaladas por FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pp. 165-166). Pero es cuestión distinta que el Derecho extranjero no hubiera sido suficientemente probado. En tal caso, la casación tendría que haberse aceptado con base en el apartado 7.º del artículo 1.692 LEC 1881, mientras en la actualidad fundamentaría la

presentación del recurso extraordinario por infracción procesal del artículo 469 LEC 2000 (ibídem). Por tanto, no acertó la recurrente al entender que los defectos de prueba de la ley alemana no le daban acceso a la casación. El TS no se pronuncia sobre esta posibilidad de recurso en concreto, pero sí sobre la cuestión en sí (i.e., si la prueba practicada fue suficiente), con carácter previo al examen de los concretos motivos (vide apdo. 4). A continuación se centra en la posibilidad de que el Derecho haya sido aplicado de forma errónea, en respuesta a los cinco motivos alegados por la recurrente, fundamentados en su totalidad en la infracción de normas españolas –cuatro al amparo del párrafo 4.º, art. 1.692 LEC 1881 y uno con arreglo al 3.º–. Como se deduce de la respuesta del TS, tales normas sólo eran invocables como disposiciones infringidas en el caso de los motivos tercero y cuarto, toda vez que se refieren a infracciones de normas de carácter procesal, y en tal caso sí se aplica la ley española (ex art. 8.2 CC, vigente en el momento de la presentación del recurso, art. 3 LEC 2000 en la actualidad). Los motivos primero, segundo y quinto se examinarán por el Tribunal a la luz del ordenamiento alemán, a pesar de que la alegación del Derecho español como Derecho infringido debiera conducir a la desestimación de los motivos –*mutatio libelli*–. La razón es, probablemente, que la recurrente estableció en todos ellos un paralelismo de la ley española con la *lex contractus*.

4. Volviendo sobre los aspectos tratados a modo de cuestión previa, el TS comienza por advertir que el carácter imperativo de la norma de conflicto, derivado del artículo 12.6 CC (apartado I en la redacción aquí aplicable, apartado único en la actualidad), convierte a la alegación del Derecho extranjero en algo irrelevante. Respecto de esta afirmación, acorde con lo señalado por la doctrina (cfr. CUARTERO RUBIO, M.V., «Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 21-61, esp. pp. 30 y 31), sí cabe entender que nada ha cambiado con la entrada en vigor de la LEC 2000. Sin embargo, en lo referido al régimen de la prueba, no sería del todo exacto afirmar que no existen diferencias entre el artículo 12.6.II CC y el artículo 281.2 LEC 2000 (vide, no obstante, apdo. 2.º FD Segundo). Mientras aquél, en contradicción sistemática con lo dispuesto en el apartado anterior, que asevera, como es sabido, la imperatividad de la norma de conflicto (cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 30-33), exigía de la parte que alegara el Derecho extranjero la prueba de tal Derecho («la persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido por los medios admitidos en la ley española»), el artículo 281.2 LEC 2000 sólo dispone que «también serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero», y, en relación con éste añade que «deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». Creo que es evidente que la nueva disposición no atribuye a ninguna persona en particular dicha obligación (cfr. JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*, p. 349); de ahí que, a partir de este dato incontestable, considere que es posible interpretar que el órgano jurisdiccional puede actuar de oficio (lo cual ya es debatible y debatido: vide, en contra, p.e., CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pp. 270 y 271).

En efecto, el artículo 281 LEC 2000 comienza estableciendo de manera inequívoca la imposibilidad de que el Derecho extranjero se aplique en el proceso civil a partir del conocimiento privado del Juez, en contraste con lo previsto en el ámbito extrajudicial. Sentado este presupuesto –respecto del cual no creo que haya discrepancias– es lógico que a continuación disponga que el Juez ha de acordar de oficio determinadas actuaciones si el Derecho extranjero no resulta debidamente probado a través de las pruebas propuestas por las partes. Ciertamente, la norma habla en términos potestativos, pero la interpretación conjunta del precepto, el artículo 12.6 CC y el derecho a la tutela judicial efectiva, «impide (que) quede a la elección judicial el momento de actuar para determinar el Derecho aplicable al caso» (cfr. CARBALLO PIÑEIRO, L., *loc. cit.*, p. 489 y nota 16). Recuérdese que si no se permite tal actuación de oficio, la inactividad de las partes deja sin recursos al órgano jurisdiccional para atender a su obligación de

aplicar imperativamente la norma de conflicto. Por otra parte, esta lectura se adecua a lo previsto en el artículo 282 LEC 2000, el cual, al regular la actividad probatoria indica que (con carácter general) ha de iniciarse a instancia de parte, pero añade la posibilidad (excepcional) de que el órgano jurisdiccional la acuerde de oficio ante un mandato legal (cfr. JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*, p. 349). A este respecto, no se me escapa que las «leyes» que alteran esa carga de la prueba se identifican, por lo general, con normas de naturaleza procesal (vide GARAU SOBRINO, F. F., «La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil», *RGD*, núms. 678-679, 2001, pp. 2343-2366, esp. pp. 2348-2349); pero no veo inconveniente en incluir al artículo 12.6 CC en tal referencia. Después de todo, es una «ley» que condiciona la actuación procesal del Juez, desde el momento en que le impone un determinado comportamiento: si está vinculado imperativamente a la norma de conflicto, en orden a atender a la consecuencia jurídica que le impone, ha de poder suplir la pasividad de las partes. Además, en apoyo de esta interpretación del nuevo sistema se ha evidenciado que el órgano jurisdiccional puede «llevar» al proceso el Derecho extranjero sin alterar la *causa petendi*, pues ésta se compone de los hechos jurídicamente relevantes para fundar la petición (i.e., de hechos históricos que admiten su subsunción en un determinado ordenamiento jurídico) y no de las normas jurídicas alegadas (cfr. CARBALLO PIÑEIRO, L., *loc. cit.*, p. 494; para un ejemplo concreto de la posibilidad de introducir de oficio el Derecho extranjero sin apartarse de ambos componentes del objeto litigioso, vide ARENAS GARCÍA, R., «Improcedencia a la aplicación del Derecho español aplicación solicitada por la actora en una separación de dos marroquíes residentes en España», *AEDIPr*, 2002, pp. 867-873, esp. p. 870-873). A tal fin, el Juez contaría con la audiencia previa al juicio (art. 429 LEC) tanto en el ordinario como en el verbal (vide, para éste el art. 442.3 LEC 2000 y, al respecto, GARAU SOBRINO, F. F., *loc. cit.*, p. 2348); y, en lo que a aquél se refiere, también con las diligencias finales.

En el asunto litigioso fueron las partes las que aportaron la prueba del Derecho alemán. Lo problemático, por tanto, era más el *cómo* que el *quién*: tanto con arreglo a la antigua normativa como en aplicación de la nueva, el Juez se vería obligado sólo a cooperar, y en caso de que considerase insuficiente la prueba propuesta por las partes. Pues bien: en lo que a los medios de prueba respecta, de la sentencia (aptdo. 3.º del FD Segundo) parece desprenderse que las partes no emplearon más que la prueba testifical. Sorprende, por ello, que el TS afirme que el contenido del Derecho extranjero se prueba por medio de unos determinados documentos (públicos o intervenidos por fedatarios públicos) y que para su interpretación resulta preciso acudir a expertos, para concluir que el Derecho alemán se probó «ampliamente» a través del testimonio de varios jurisconsultos (¿quiere con ello decir el TS que la prueba documental no es imprescindible?). Pero, en este mismo orden de cosas, lo que carece de sustento legal es que acepte como buena la doctrina derivada de la Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 17 de marzo de 1992 (*RJA*, 1992/2195) cuando señala, en referencia a la prueba, que «no obstante la conveniencia de practicarla para mayor ilustración del órgano jurisdiccional, puede ser conocido y aplicado de oficio por el órgano judicial o simplemente acreditado por medio de la aportación de las fotocopias de la “Gazetta ufficiale”». Claro, que la disparidad de lecturas –doctrinales y jurisprudenciales– existentes en torno a este aspecto (los medios de prueba) es tan abrumadora que resulta imposible –amén de plasmarlas en este comentario– derivar un criterio claro. Sólo puede considerarse nítida la necesidad de que el legislador ponga fin a una situación que cabe calificar de absoluta incertidumbre.

5. En definitiva, creo que tienen razón quienes interpretan que el sistema actual no es necesariamente continuista. La LEC 2000 permitiría al órgano jurisdiccional solicitar la realización de cualesquiera pruebas referidas al Derecho extranjero, tanto en el caso en el que la actuación de parte sea insuficiente, cuanto si ni siquiera se ha invocado su aplicación. Con ello, el sistema español habría dado el paso hacia la aplicación de oficio del Derecho extranjero, respondiendo a las necesidades de una justicia en la que su aplicación es cada vez más habi-

tual; ya que la sociedad española también se encuentra fuertemente internacionalizada, el beneficio social de la aplicación de oficio de dicho Derecho extranjero se extiende de forma importante, de manera que se justifica que el Estado asuma su prueba (vide este argumento en CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El Derecho extranjero y el Tribunal Supremo. La Sala de lo Social contraataca», *AEDIPr*, 2002, pp. 103-114, esp. pp. 105-106). En consecuencia, que el Juez haya procedido a aplicar de oficio el Derecho extranjero cuando no haya sido propuesto por las partes no podrá considerarse motivo para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal (vide, no obstante, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, p. 166).

Que las normas no son lo suficientemente claras, es evidente. Probablemente el legislador no ha querido establecer de forma expresa la obligación de los tribunales de aplicar de oficio el Derecho extranjero, pues en la medida en que sea llevado al proceso por las partes, los litigios serán menos costosos, sobre todo en términos temporales. Mas, sea cuales fueren las razones para la oscuridad de la norma (si es que es consciente), no cabe sino coincidir en que no sólo no se ha mejorado la situación, sino que se ha ahondado en la inseguridad jurídica. Así, concluiría (con ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. cit.*, pp. 222-223) que no basta con establecer criterios claros en relación con los medios de prueba, sino que debería procederse a una modificación global y con carácter urgente de la normativa en esta materia.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

3. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

2006-27-Pr

RECONOCIMIENTO DE SENTENCIA EXTRANJERA.—Sentencia suiza sobre filiación y alimentos.—Régimen del reconocimiento.—Confusión de regímenes.—Rebeldía como consecuencia de citación irregular.—Reconocimiento: no.

Preceptos aplicados: Artículo 25 Constitución Española; Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968; artículos 27.1 y 27.2 del Convenio de Lugano, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 16 de septiembre de 1988; artículos 951 a 955 LEC 1881.

Primero.—Se interesa por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, el reconocimiento y ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal de Distrito de Uster de la Confederación Helvética en 31 de mayo de 2001 [...], en virtud de la cual se declaró la paternidad del demandado al tiempo que se le condenó al abono de la cantidad de 30.139,90 francos suizos, en concepto de alimentos. Tal pretensión, seguido el trámite procedimental previsto en los artículos 951 a 955 Ley de Enjuiciamiento Civil 1881, resultó estimada en la instancia, y frente a la misma se alza el demandado, alegando como primer motivo del recurso su desconocimiento del proceso en el que recayó la sentencia cuya ejecución se pretende, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 954.2.º Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 27 apartado 2 del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1968, normas en las que se sustenta la acción ejercitada.

Segundo.—La sentencia apelada, en cuanto al incumplimiento de tales requisitos, se limita a afirmar, siguiendo el informe emitido por el Ministerio Fiscal, «que se tiene por probado que el juicio de origen se siguió con el conocimiento de ambas partes». Sin otro razonamiento o valoración probatoria que sirven de justificación a tal afirmación. Ello, pese a que ya en la

propia demanda de «*exequatur*», se hace constar, que se realizó la citación al demandado para comparecer en el proceso de paternidad referenciado, mediante publicaciones en el Boletín Oficial del Cantón de Zúrich, ya que en aquel momento se encontraban en paradero desconocido, notificándose las sentencias por el mismo procedimiento edictal. Y toda vez que uno de los requisitos que ha de reunir la ejecutoria dictada por el Tribunal extranjero para su reconocimiento, es que «no haya sido dictada en rebeldía» (art. 959.2.º Ley de Enjuiciamiento Civil) procede analizar el alcance de la citada norma, omitido en la resolución que se recurre. La jurisprudencia dictada en relación con dicha norma ha venido distinguiendo entre la rebeldía por conveniencia propia de quien no obstante haber sido citado y emplazado en legal forma y conociendo la existencia del procedimiento, no acude ante el Tribunal que lo convoca, de la denominada rebeldía «forzada», producida cuando la parte demanda desconoce por completo la existencia del procedimiento seguido en su contra. Solo en este último supuesto debe denegarse la ejecución de la sentencia extranjera. El Tribunal Supremo en auto de 26 de octubre de 1999, y de 27 de julio de 2004 (entre otros) manteniendo el mismo criterio diferenciador, subordina la eficacia de las sentencias extranjeras al cumplimiento de las normas de orden público procesal (también apartado 1.º, artículo 27 del Convenio de Lugano) entre las que se encuentran muy especialmente, las relativas a las garantías procesales que han de observarse en los actos de comunicación, y de contenido constitucional (art. 24 CE) que han de respetarse, cual es, la necesidad de previo agotamiento de los medios precisos para efectuar la citación personal al demandado, antes de acudir a los remedios subsidiarios, como es el emplazamiento edictal. La primera de las resoluciones citadas señala que «el emplazamiento en el juicio de origen a través de edictos publicados en periódicos locales, conforme a la «*lex fori*» aplicable, sin que conste haberse intentado previamente su práctica de manera personal, no puede reputarse bastante para entender que la sentencia no haya sido dictada en rebeldía». Insistiendo en que el TC ha destacado la naturaleza supletoria y excepcional del remedio edictal, «incapaz de enervar la denuncia de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva».

Tercero.—En el presente caso, no solo no consta se hubiesen agotado los medios para comunicar personalmente al demandado la existencia del proceso, previamente a acudir al remedio subsidiario que es la citación a través de los periódicos oficiales. Ni consta se hubiesen realizado las indagaciones necesarias para averiguar el domicilio del demandado. Sino que, se acudió directamente al emplazamiento edictal, pese a constar en el Tribunal de origen, como se deriva de la documental que se readjunta a la demanda, un domicilio del demandado en España en el que podía haber sido citado acudiendo a los mecanismos de cooperación internacional legalmente previstos. En consecuencia, ni se intentó previamente la citación personal, ni se agotaron los medios para llevarla a cabo de modo efectivo. De lo que se deduce llanamente que se trata de un supuesto de «rebeldía forzada», por falta de idónea citación y de desconocimiento de la existencia del procedimiento por el demandado que impide reconocer la firmeza de la sentencia extranjera, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 954.2.º Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 y artículo 27 apartados 1.º y 2.º del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1968. Lo que conduce a la estimación del primer motivo del recurso interpuesto, que hace innecesario el análisis del segundo de los motivos alegados.

[Sent. de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1), de 7 de marzo de 2006. Ponente: Ima. Sra. D.ª Ángela Domínguez-Viguera Fernández.]

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2006/1548.

Nota: 1. La Sentencia que muy sucintamente me propongo anotar es una muestra más de uno de los fenómenos característicos del DIPr de nuestros días que parece estar lejos de ser

suficientemente asimilado por los operadores jurídicos: la pluralidad normativa que confluye en la respuesta a un mismo caso. El texto de dicha sentencia hace alusión a la aplicación del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968, el Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 16 de septiembre de 1988 y la LEC 1881, para disciplinar el reconocimiento de una sentencia suiza sobre declaración de paternidad y condena alimenticia. Es cierto que la referencia al Convenio de Bruselas apenas aparece en los «Vistos», centrándose el resto de la argumentación en el Convenio de Lugano y en la LEC 1881. Pero no lo es menos que con este panorama ya podríamos llenar el primer párrafo del comentario dedicado a las incoherencias del razonamiento: nunca el Convenio de Bruselas sería aplicable al reconocimiento de una sentencia dictada por un órgano judicial suizo; nunca el Convenio de Bruselas ni el Convenio de Lugano al reconocimiento de una sentencia seguida como consecuencia de una acción de filiación por la que se declara la paternidad del demandado; nunca el artículo 954.2 LEC 1881, al existir un convenio bilateral en vigor con un ámbito de aplicación lo suficientemente genérico como para integrar todos los pronunciamientos de dicha sentencia: el Tratado entre España y Suiza sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial, de 19 de noviembre de 1896. Nunca, en fin, dos regímenes de reconocimiento al mismo tiempo y de forma acumulativa en cuanto a las condiciones de fondo (el Convenio de Lugano y la LEC 1881).

2. Así pues, desde la perspectiva de la selección de regímenes aplicable, casi un pleno de despropósitos. Y digo casi, porque el supuesto puede y debe, sin duda, ser diseccionado más de cerca. El Convenio de Lugano sí puede ser utilizado para verificar si se cumplen los requisitos del reconocimiento en cuanto a la *deuda alimenticia* a la que fue condenado el demandado. Y quizá haya sido esta parte de la sentencia suiza la determinante de la aparición en escena del Convenio de Bruselas y del Convenio de Lugano (ambos sí abarcan la materia alimenticia dentro de su concepto de materia civil y mercantil). Que la preponderancia de la parte alimenticia de la sentencia haya podido determinar la «aplicación» del Convenio de Lugano nos lo da a entender otro elemento extraño en la definición del supuesto realizado en el párrafo anterior: el reconocimiento y ejecución de la sentencia suiza lo interesa «el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta». La sorpresa que este hecho podría deparar al lector (el Abogado del Estado solicita en virtud del Convenio de Lugano el reconocimiento de una sentencia suiza de paternidad), quizá pueda explicarse a la luz de un nuevo convenio internacional que no aparece en el texto pero que puede estar en el origen de la solicitud: el Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956. En el marco de este convenio de colaboración entre autoridades, el Abogado del Estado será quien ostente la legitimación activa en representación del Ministerio de Justicia como autoridad intermedia (vide la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2004, de 5 de marzo, *JUR* 2004/98101).

3. Si mi interpretación es correcta, los hechos pudieron haber sido los siguientes: a través de la cooperación instaurada por el citado Convenio de Nueva York, se pide a la autoridad intermedia española la obtención de alimentos, proporcionando la sentencia suiza en la que se declara la deuda (que contiene también una declaración de paternidad). Bien porque así se lo pide la autoridad remitente (parte del art. 6 del Convenio de Nueva York que tradicionalmente se olvida) o bien por propia iniciativa, la autoridad intermedia española decide solicitar el reconocimiento de la sentencia suiza y (esto ya es pura especulación) ante la gran oferta normativa que tiene, el Abogado del Estado decide aplicarla (casi) toda, sin detenerse en su necesaria expurgación. En la citada Instrucción de la Fiscalía General del Estado se hace alusión al Convenio de Bruselas, al Convenio de Lugano, al Reglamento 44/2001, a los Convenios de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y sobre reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias (ambos de 2 de octubre de 1973), y a

la LEC 1881. Como dije, *casi* todo el arsenal normativo: al Abogado del Estado se le pasó por alto el Convenio de La Haya sobre reconocimiento de resoluciones en materia alimenticia y el también citado Convenio bilateral hispano-suizo.

Con este escenario, la recomposición jurídica del supuesto pasa por la aplicación del Convenio bilateral *in totum* al reconocimiento de la sentencia suiza (a pesar de lo dispuesto en el art. 55 del Convenio de Lugano, como a continuación expondré), o en todo caso, a la parte relativa a la acción de paternidad. Para la deuda alimenticia, la combinación de los artículos 57.2 del Convenio de Lugano y 23 del Convenio de La Haya sobre reconocimiento de resoluciones en materia alimenticia (que podría rehabilitar al Convenio bilateral), propicia un atractivo y variado abanico de posibilidades sobre el que ya me he pronunciado en otro lugar [ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, 1996, pp. 241-256 y sobre un ilustrativo supuesto *id.*, «Comentario a la Sent. TS (Sala 1.ª) de 21 de julio de 2000», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, 2001, pp. 233-247]. Posibilidades que, en cualquier caso, no parecen facilitar un recurso de apelación en lo que atañe a la materia de filiación, en aplicación del Convenio bilateral [otras alternativas me las planteé ya en interpretación del Tratado hispano-suizo en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Los Juzgados de Primera Instancia ante el exequátur de laudos arbitrales extranjeros», *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 53-65, p. 56, aunque creo que son más ajustadas al sistema las opiniones que niegan dicho recurso: OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer del procedimiento de exequátur (Reflexiones a raíz de la modificación de las normas de la LEC de 1881, por la LO 19/2003 y por la Ley 62/2003)», *La Ley*, núm. 6039, 14 de junio de 2004, pp. 1-11, p. 5, o CARBALLO PIÑEIRO, L., «Artículo 46», *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (Dir. V. Guilarte Gutiérrez, coord. J. B. Mateo Sanz), Valladolid, 2004, pp. 741-756, p. 756]. La apelación prevista por los artículos 36 y 40 del Convenio de Lugano (en su caso sólo aplicable a la materia alimenticia) parece haberse extendido de forma errónea a este problema.

Así pues, los principios (la selección del régimen de reconocimiento aplicable a cada parte de la sentencia) no han sido correctamente formulados. O, mejor, han sido chapuceramente establecidos.

4. Dicho lo anterior, parece casi una consecuencia lógica que el producto final no puede ser aceptable. Ello, sin embargo, no siempre es indefectible. Aunque el punto de partida en todo análisis sobre las condiciones del reconocimiento de una resolución extranjera debe ser el *concreto régimen de reconocimiento* porque en ese concreto régimen se encuentran los también concretos (e individuales) presupuestos, no es menos cierto que algunos de esos presupuestos son, por decirlo de alguna manera, «más comunes» que otros: la contrariedad con el orden público del Estado requerido o con una sentencia firme dictada en el Estado requerido son presupuestos de primera que admiten pocos matices (aunque también), mientras que otros presupuestos son absolutamente contingentes en su propia existencia (piénsese en el control de la ley aplicada) o configuración. En el caso que nos ocupa, la sentencia fue dictada en rebeldía y la Audiencia procede a dilucidar (sobre la base del art. 954.2 LEC 1881) si se trata bien de una «rebeldía por conveniencia» o bien de una «rebeldía forzada», pasando a analizar a este respecto las garantías procesales que han de observarse en los actos de comunicación procesal. Análisis que, a pesar de la aparición aleatoria del artículo 27.2 del Convenio de Lugano, se efectúa de forma genérica, metiendo en el mismo saco la normativa autónoma y la convencional. Ya alerté de este dislate, mas cumple recordar ahora, que las consecuencias de ambas normas, referidas genéricamente a la misma condición del reconocimiento, no han de ser necesariamente las mismas; que, en todo caso, el referido Convenio no vale para verificar las condiciones del reconocimiento de la declaración de paternidad y que, sin criticar el loable esfuerzo argumental de la Audiencia (con traída al proceso de la práctica del TC), su artículo 27.2 tiene una contrastada rutina interpretativa, tanto en lo que se refiere a rebeldía, cuanto

a regularidad (que parece ser el t3pico m3s en tela de juicio en el caso concreto) o temporalidad de la notificaci3n (entre las 3ltimas decisiones respecto del paralelo art. 27.2 del Convenio de Bruselas vide la Sentencia TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-522/03, con nota de RODR3GUEZ V3ZQUEZ, M. A., *REDI*, 2005,-28-Pr). Y este es uno de esos presupuestos del reconocimiento cuya configuraci3n puede variar de un r3gimen a otro (vide, sin ir m3s lejos la reciente Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 2006 Asunto C-283/05, que interpreta el «sucesor» art. 34.2 del Reglamento 44/2001, con un contenido significativamente distinto). Rutina interpretativa a la que es totalmente ajena la Audiencia.

5. Digamos, no obstante, que las alternativas m3s ortodoxas tambi3n hubieran conducido a la denegaci3n del reconocimiento. Creo que la argumentaci3n gen3rica de la Audiencia vale para interpretar el Tratado bilateral cuando se refiere a que el reconocimiento podr3 denegarse si la decisi3n «...ha sido dictada sin que las partes hayan sido debidamente citadas» (art. 6.2 del Tratado). No es aceptable el emplazamiento edictal, sin haber siquiera intentado previamente la citaci3n personal ni agotar los medios para llevarla a cabo, sin haber puesto en funcionamiento los mecanismos del Convenio de La Haya relativo a la notificaci3n o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, de 15 de noviembre de 1965.

La misma soluci3n valdr3a para interpretar el tan aludido art3culo 27.2 del Convenio de Lugano, a la luz de lo dispuesto en el art3culo IV del Protocolo n3m. I, y de la citada Sentencia TJCE de 13 de octubre de 2005, cuyo fallo se3al3 (para el Convenio de Bruselas) que «...cuando sea aplicable en la materia un convenio internacional entre el Estado de origen y el Estado requerido, la regularidad de la notificaci3n de la c3dula de emplazamiento a un demandado en rebeld3a ha de apreciarse exclusivamente a la luz de las disposiciones de dicho convenio, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir al modo del env3o directo por las personas habilitadas al efecto, siempre que el Estado requerido no se oponga oficialmente a ello, de conformidad con el art3culo IV, p3rrafo segundo, del Protocolo».

Y otro tanto pienso que valdr3a para una correcta ex3gesis del art3culo 6 del Convenio de La Haya sobre reconocimiento de decisiones en materia alimenticia si, como considero, interpretamos la notificaci3n del escrito que contenga los elementos esenciales de la demanda «... de acuerdo con el Derecho del Estado de origen», incluyendo tambi3n a los Convenios internacionales.

6. En fin, que en este caso, el reconocimiento de la declaraci3n de paternidad no cabr3a en aplicaci3n del Tratado bilateral por ausencia de citaci3n debida; tampoco cabr3a el reconocimiento de la parte correspondiente a los alimentos, ni en aplicaci3n del Convenio de Lugano, al concurrir rebeld3a motivada por la ausencia de notificaci3n regular, ni en aplicaci3n del Convenio de La Haya de 1973, por la misma raz3n; y a la misma conclusi3n llegar3amos de aplicar, tambi3n a los alimentos, el r3gimen aut3nomo de la LEC 1881 (carambola posible a partir del contenido del citado art3culo 23 del Convenio de La Haya).

La feliz coincidencia me exime de entrar en el debate sobre una especie de «presupuesto impl3cito» presente siempre en los casos de potencial reconocimiento parcial: ¿cabr3a el reconocimiento de la parte alimenticia junto a la denegaci3n del reconocimiento a la declaraci3n de paternidad? (v3anse sobre este tema mis desarrollos en 3LVAREZ GONZ3LEZ, S. *op. cit.*, pp. 256-258).

Santiago 3LVAREZ GONZ3LEZ

2006-28-Pr

EJECUCION FORZOSA DE TITULOS EJECUTIVOS EXTRANJEROS (LEC).-Procedencia. Sentencia dictada por un Tribunal de Alemania, en rebeld3a de la entidad

R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 2

demandada: cumplimiento por la parte que instó la ejecución con los requisitos formales exigidos en los artículos 54 y 58 del Reglamento CE 44/2001, de 22 diciembre. Constancia de que la entidad condenada en rebeldía pudo haber recurrido contra la sentencia contra ella dictada en el mismo momento en que se le notificó, sin que lo hiciera.

Preceptos aplicados: Artículo 249 Tratado Constitutivo de la Unión Europea; artículos 34, 35, 38.1, 41, 45, 53, 54, 58, 68, 69 y 76 Reglamento 44/2001; artículo 553 LEC.

Cuarto.—De las certificaciones que figuran unidas a las actuaciones, en concreto a los folios 9 y 21 con sus correspondientes traducciones, y emitidas conforme a las previsiones contenidas en los artículos 54 y 58 del Convenio sobre resoluciones y transacciones judiciales, cumpliendo los requisitos del Anexo V del Reglamento 44/2001, se desprende que la resolución cuya ejecución se pretende es una sentencia de la Audiencia Provincial de Friburgo de fecha 12 de diciembre de 2002, habiéndose certificado por la oficial fedataria de la secretaría de dicho órgano judicial que el escrito de iniciación del procedimiento que había dado lugar al título judicial cuya ejecución se instaba había sido notificado a la entidad Atmos Medimatec, S. A., con fecha 7 de noviembre de 2002.

Es cierto que tal y como se desprende de los documentos que figuran a los folios 104 y siguientes, y se ratifica en la carta emitida con fecha 31 de enero de 2003 por el Presidente de la Audiencia Provincial de Friburgo (folios 108 y 109), hubo un manifiesto error por parte de dicho tribunal al notificar a Atmos Medimatec, S. A., un escrito de iniciación de un procedimiento no dirigido contra ellos, sino frente a la mercantil Guretrans, S. L., lo que se puso en conocimiento del Tribunal por parte de Atmos Medimatec, S. A., remitiendo carta al efecto por vía notarial, siendo a dicha comunicación a la que respondió el Presidente de la Audiencia de Friburgo por la carta a la que nos hemos referido, en la que, una vez reconocido este error, expresamente se dice que: «Por lo demás se ha enviado a su parte toda la documentación necesaria para la efectividad de la notificación. Por ello, la notificación es válida con la consecuencia que en el entretanto, se ha promulgado una sentencia en rebeldía de conformidad con lo solicitado en la demanda».

Del documento que figura al folio 107 bis de las actuaciones consta que esta comunicación llegó a conocimiento de Atmos Medimatec, S. A., en el mes de marzo de 2003, constando en todo caso, por lo certificado por la oficial fedataria de la Secretaría de la Audiencia Provincial de Friburgo que la sentencia cuya ejecución se interesó por Atmos Medozintehnick GmbH & Cokg fue notificada a esta entidad con fecha 17 de enero de 2003, habiendo sido notificada la misma a Atmos Medimatec, S. A., con fecha 22 de enero de 2003.

Pues bien, lo cierto es que habiendo tenido conocimiento la entidad Atmos Medimatec, S. A., de la sentencia dictada en procedimiento contra ella seguido a instancia de Atmos Medizintehnik GmbH & Cokg, y de que había sido condenada en dicha resolución al pago de una determinada cantidad, sin embargo no nos consta que recurriera dicha resolución o efectuara cuando se le notificó cualquier tipo de impugnación o manifestación contra la misma, ni que instara en su caso la nulidad del procedimiento por posibles vicios o defectos procesales que hubieran podido cometerse en el mismo, etc.

Quinto.—Así resulta que si bien es cierto que conforme a lo previsto en los arts. 45 y 34.2 del Reglamento 41/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, cabe revocar el otorgamiento de ejecución de una resolución judicial dictada en un Estado Miembro de la Unión Europea a los que vincula tal Reglamento, cuando la sentencia cuya ejecución se pretende hubiere sido dictada en rebeldía, si no constara entregada la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente al condenado en rebeldía, siendo dudoso que en el supuesto que nos ocupa podamos dar validez a la notificación del documento de iniciación del procedimiento realizada con fecha 7 de noviembre de 2002, como ya referimos en el

fundamento jurídico anterior, sin embargo no podemos olvidar que conforme al inciso final del artículo 34.2 citado no se reconocerán estas resoluciones dictadas en rebeldía si no consta la cédula de emplazamiento al demandado rebelde, «a menos que no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiere podido hacerlo», siendo evidente que en el supuesto que nos ocupa Atmos Medimatec, S. A., pudo haber recurrido contra la sentencia contra ella dictada en rebeldía en el mismo momento en que se le notificó la misma, sin que sin embargo nada hiciera al respecto. (...)

[Auto Audiencia Provincial de Madrid núm. 262/2006 (Sección 21), de 28 abril. Recurso de Apelación núm. 381/2004. Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Almudena Cánovas del Castillo Pascual.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, AC 2006/1028.

Nota: 1. El auto objeto de este análisis confirma en la apelación la declaración de ejecutabilidad de la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2002 por la Audiencia Provincial de Friburgo, en virtud de la cual, tras la sustanciación de un proceso en rebeldía, se condenó a la demandada Atmos Medimatec S. A. (domiciliada en España) al pago de una determinada cantidad. A pesar de que la fedataria oficial de dicho órgano judicial certificó la notificación del escrito de iniciación del procedimiento a Atmos Medimatec S. A., a fecha de 7 de noviembre de 2002, esta entidad remitió una carta por vía notarial a la AP de Friburgo manifestando que habían recibido un escrito de iniciación de un procedimiento no dirigido contra ellos, sino frente a «Guretrans S. L.». El 22 de enero de 2003 la demandada recibió notificación de la sentencia y el 31 de enero de 2003 el órgano alemán emitió una carta en la que, tras reconocer el error de notificación alegado, expresa: «Por lo demás (...) la notificación es válida con la consecuencia que en el entretanto, se ha promulgado una sentencia en rebeldía de conformidad con lo solicitado en la demanda». En la documentación de las actuaciones consta que la demandada recibió esta comunicación en el mes de marzo de 2003 (la sentencia devino firme el 27 de marzo de 2003).

2. La Audiencia Provincial de Madrid analiza, en primer lugar, la aplicación del Convenio de Bruselas por el Juzgado de Primera Instancia para resolver la petición de ejecución de la sentencia alemana, por considerar que la efectividad del Reglamento 44/2001 estaba supeditada a su transposición por parte de los Estados Miembros. Si bien la Audiencia Provincial corrige este equivocado razonamiento al abordar el efecto directo de los reglamentos comunitarios y su soporte normativo, concluye precipitadamente la aplicación del Reglamento 44/2001 porque, a pesar de ilustrarnos con un análisis correcto de las relaciones de este Reglamento con otros instrumentos (quizás porque el apelado-demandante invocó el Convenio de Lugano, el Convenio de Bruselas y el «Convenio de Bonn» para fundamentar su pretensión), el cotejo de las circunstancias espaciales y temporales del caso respecto de las exigidas para la efectiva aplicación del Reglamento resulta incompleto y confuso. Por una parte, limita el examen del ámbito de aplicación espacial a que «su aplicación se extiende a todos los Estados Miembros de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca». Por otra, reduce su verificación de las coordenadas temporales a cumplir para la aplicación de este instrumento a la fecha de entrada en vigor, omitiendo toda referencia a las disposiciones del artículo 66. Sin embargo, en este caso la conclusión alcanzada por la AP es correcta, puesto que a efectos del artículo 66.2.a) del Reglamento es dable presumir que la fecha de interposición de la demanda en Friburgo (dato que se desconoce) o bien fue posterior a 1 de marzo de 2002, o bien posterior a 1 de diciembre de 1994, fecha a partir de la cual la misma versión del Convenio de Bruselas vincula a Alemania y España, o, en todo caso, que las reglas de competencia aplicadas se ajustaron a las previs-

tas en un convenio en vigor entre Alemania y España en el momento de interposición de la demanda, a efectos del artículo 66.2.b) (por ejemplo el reclamado Convenio de Bonn).

3. A continuación, la AP resuelve el problema central del caso: si debe desestimar o revocar el otorgamiento de la ejecución en los términos del artículo 43 del Reglamento 44/2001, conforme al motivo previsto en el artículo 34.2 del mismo instrumento, cuyo tenor literal reproduce erróneamente en su fundamento de derecho quinto al incluir el requisito de la regularidad de la notificación inicial en lugar de recoger la expresión «de forma tal» [aún teniendo en cuenta el error de redacción de la versión española del artículo 34.2 tal y como apareció en el *DOCE* número L12 de 16-I-01 (vide JIMÉNEZ BLANCO, P., *R.E.D.I.*, 2001 núm. 1 y 2, pp. 472-445), a 28 de abril de 2006 el órgano judicial debe aplicar la versión corregida]. En su razonamiento, la AP no valora la concurrencia de las circunstancias que provocan el no reconocimiento expresadas en el artículo 34.2 (resolución dictada en rebeldía y ausencia de notificación de forma tal y con tiempo suficiente para poder defenderse), sino la excepción a tales motivos recogida en el inciso final del mismo precepto: que el demandado no haya recurrido contra la resolución cuando hubiere podido hacerlo. La AP concluye que no hay motivo para denegar la ejecución, concretamente con base en el artículo 34.2, por ser «evidente» que la condenada pudo recurrir contra la sentencia desde el momento en que se le notificó, sin que conste en las certificaciones unidas a las actuaciones recurso alguno contra la sentencia alemana.

4. El auto comentado no aporta los datos necesarios para valorar la corrección de la solución expuesta. Así, la AP de Madrid no realiza en su resolución un análisis acerca de las posibilidades materiales de recurso que el demandado ha tenido en este caso. A este respecto, el TJCE declaró en su sentencia de 14 de diciembre de 2006 (vide la nota a esta sentencia en este mismo número de la *REDI*) que a efectos del artículo 34.2 del Reglamento 44/2001, el demandado únicamente tiene la posibilidad de recurrir si ha tenido conocimiento efectivo del contenido de la resolución mediante la entrega o notificación realizada con tiempo suficiente para poder defenderse en el Estado de origen. De los datos apuntados en el auto, no puede deducirse de forma inequívoca que el demandado haya podido recurrir contra la resolución cuya ejecución se interesa. En primer lugar, el demandado, que había realizado gestiones procesales para aclarar el error de notificación, recibió una comunicación del órgano alemán en marzo de 2003 en la que se le informaba del error de la primera notificación y de la validez de la notificación de la resolución definitiva realizada el 22 de enero. En la medida en que la única información que ofrece el auto comentado acerca de la notificación de la sentencia es la fecha de notificación a las partes, mientras que de la comunicación de marzo se dice que expresa al apelante el error, la consiguiente condición de condenado en rebeldía y la validez de la notificación realizada en enero, es razonable dudar sobre cuál de las dos comunicaciones ha sido, conforme a lo dispuesto por el TJCE en su sentencia de 14 de diciembre de 2006 antes citada, la que ha proporcionado al demandado rebelde un conocimiento efectivo del contenido de la sentencia condenatoria alcanzada en el procedimiento alemán. A este respecto, debe considerarse la apreciación que realiza el TJCE en el apartado 19 de la sentencia mencionada, según la cual el artículo 34.2 «no implica que el demandado esté obligado a llevar a cabo nuevas actuaciones que vayan más allá de la diligencia normal en la defensa de sus derechos, tales como informarse del contenido de una resolución dictada en otro Estado miembro». En este sentido, dado que desconocemos el contenido exacto de la notificación de la sentencia definitiva (qué datos recogía y con qué grado de ambigüedad o concreción), es cuestionable tomar como referencia el 22 de enero para el inicio del cómputo del plazo previsto por el ordenamiento procesal alemán para entablar recurso contra esta sentencia, puesto que estaríamos imponiendo al demandado la carga de averiguar en cuál de las dos notificaciones de la AP de Friburgo (la de inicio del proceso o la de la resolución) el nombre del demandado/condenado estaba equivocado, sobre todo si tenemos en cuenta que había realizado ciertas gestiones a este respecto cuya respuesta no recibió hasta marzo.

Volviendo a la valoración de la posibilidad efectiva que tuvo el apelante para interponer recurso, si finalmente, a la luz de los datos relevantes omitidos en el auto [por ejemplo, si la notificación realizada en enero informaba al demandado de los medios de recurso a su alcance contra dicha resolución (vide Considerando 67 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Philippe Léger el 28 de septiembre de 2006 en el Asunto SEMIS)] concluyésemos que el demandado únicamente ha tenido la posibilidad material de recurrir a partir de la comunicación recibida «en marzo de 2003», teniendo en cuenta que la resolución devino firme el día 27 de marzo de 2003, resulta dudoso que tal comunicación haya sido realizada con tiempo suficiente para que un demandado domiciliado en otro Estado se defienda en segunda instancia ante los órganos judiciales alemanes, especialmente si operamos sin conocer la fecha exacta de la comunicación. Aunque el demandado podría haber instado (si consiguiese probar que no recibió la notificación con suficiente antelación para defenderse por causas que le son inimputables) la exención de preclusión regulada por el artículo 19.4 del Reglamento 1348/2000, lo cierto es que el TJCE no ha exigido este trámite en su interpretación de la expresión «cuando hubiere podido hacerlo» del inciso final del artículo 34.2, quizás porque el mencionado artículo 19.4 dispone que la decisión de restitución de los plazos es, en cualquier caso, facultativa del juez.

En todo caso, la AP debió realizar una valoración propia sobre estos extremos antes de decidir la concurrencia de la circunstancia recogida en el último inciso del artículo 34.2 y no limitarse a asumir las valoraciones realizadas al respecto por el Tribunal del Estado de origen [vide STJCE de 15 de julio de 1982, Asunto 228/81, *Rec.* 1982, p. 2723 y AAP Barcelona (Sección 15.ª) de 14 de octubre de 2003, AC 2003/1896], puesto que de otro modo estaría vaciando de contenido la función de doble control que cumple en el sistema del Reglamento 44/2001 la posibilidad de recurso contra la resolución que decide sobre la solicitud de ejecución, prevista en el artículo 43 y en el considerando 18 de su Exposición de Motivos, convirtiéndola en un mero trámite formal.

5. Con independencia de las observaciones anteriores, lo cierto es que la AP ha considerado evidente que la demandada tuvo posibilidad de recurrir y, en aplicación del artículo 34.2, confirmó la declaración de ejecutabilidad de la sentencia alemana. Esta resolución, junto al Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3.ª) de 15 de marzo de 2005 (*RJ* 2005/291), constituye la primera jurisprudencia española que aplica el artículo 34.2 del Reglamento 44/2001. En el auto de 15 de marzo, la AP de Baleares elude la aplicación del inciso final del artículo 34.2 y revoca la declaración de ejecutabilidad, motivando su decisión en la falta de certeza sobre la responsabilidad personal del apelante. En los razonamientos de este auto se toma en consideración la diferente posición procesal del demandado antes y después de dictarse resolución en su contra. Aunque el TJCE se ha pronunciado en el mismo sentido en el asunto Minalmet respecto del artículo 27.2 del Convenio de Bruselas (STJCE de 12 de noviembre de 1992 en el asunto Minalmet, *Rec.* 1992, p. I-5661), del tenor literal de su artículo 34.2 del Reglamento 44/2001 se desprende el nuevo criterio del legislador comunitario: el demandado que interpone recurso contra la sentencia dictada en rebeldía ocupa realmente una posición comparable a aquella en la que se encuentra cuando es emplazado por primera vez ante el Juez del Estado de origen (vide Considerandos 61 y 62 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Philippe Léger el 28 de septiembre de 2006 en el Asunto *SEMIS*).

Por otra parte, la AP de Baleares declaró que conceder la ejecución de una resolución dictada en rebeldía contra un demandado no notificado de forma tal y con tiempo suficiente para poder defenderse cuando tuvo la posibilidad y no ha recurrido «puede afectar (si se da indefensión material o efectiva) al principio constitucional de defensa (art. 24 CE)». A este respecto, la doctrina constitucionalista ha afirmado que la ineficacia de un acto procesal de comunicación con las partes causa indefensión, aunque se hayan respetado todas las prescripciones legales y que «un proceso *inaudita altera parte* tiene que tener como contrapartida que al justicia-

ble preterido se le dé ulteriormente la posibilidad de ser oído, exigencia del artículo 24.1 que proscribe la indefensión» (vide BORRAJO INIESTA, I., y otros, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995, pp. 104-108). En el mismo sentido, el TC ha reiterado que el derecho de defensa garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, que impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal [entre otras, las SSTC 186/1997, de 10 de noviembre (RTC 1997, 186); 158/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 158)] y, en la misma línea, el TEDH ha declarado que el derecho a un proceso contradictorio, que es uno de los elementos del derecho a un juicio equitativo en el sentido del artículo 6.1 del «CEDH», implica que cada parte en un proceso, penal o civil, debe tener la facultad de conocer y rebatir cualquier documento o alegación presentados al juez y dirigidos a incidir en su resolución (vide STEDH Pellegrini c. Italia, de 20 de octubre de 2001, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-VIII, § 44). Así, en el ordenamiento jurídico español se prevén remedios procesales para situaciones de indefensión material producidas por la ineficacia de un acto de comunicación, de modo que si en lugar de la AP de Friburgo fuese un Juzgado español el que hubiese cometido el error de notificación inicial, el condenado tendría a su disposición la posibilidad de recurrir en apelación, pudiendo proponer todas las pruebas que convengan a su derecho (art. 460.3 LEC), o incluso promover el incidente excepcional de nulidad de actuaciones (art. 228 LEC) o el recurso de audiencia al rebelde (art. 501.3.º LEC). Ahora bien, sólo después de un minucioso estudio comparado, que no procede realizar en esta nota de jurisprudencia, podríamos asegurar que los Derechos procesales de los 26 restantes Estados miembros prevén remedios procesales dirigidos a subsanar la indefensión producida por actos de comunicación inefectivos. Dado que no podemos demostrar la homogeneidad procesal en este punto, pero sí sabemos que en general existen divergencias entre los ordenamientos procesales de los Estados miembros [vide ARENAS GARCÍA, R., y JIMÉNEZ BLANCO, P., «Nota a la propuesta de la Comisión Europea para una reforma de los Convenios de Bruselas y Lugano», *La Ley (UE)*, núm. 4510, de 30 de marzo de 1998], es admisible pensar que algún ordenamiento de los Estados de la UE no contemple estos mecanismos. En estos supuestos, la indefensión se producirá en las diversas instancias de la fase declarativa por aplicación del Derecho procesal interno (que no permite realizar las actividades de alegación y prueba que no pudo realizar en primera instancia el condenado que no tuvo conocimiento del proceso), y en la de ejecución por aplicación del inciso final del artículo 34.2 (si ha recurrido, el motivo del artículo 34.2 no será operativo para oponerse al reconocimiento, pero tampoco si no lo ha hecho). Por lo tanto, como advierte la AP de Baleares, la aplicación del inciso final del artículo 34.2 puede afectar al derecho fundamental de defensa, pero restringir su aplicación a los supuestos en que no se haya producido indefensión material no sólo sería contrario al principio de confianza comunitaria e igualdad de los Derechos nacionales, que se fundan en la presunción de que todos los ciudadanos comunitarios tienen acceso a un sistema judicial de normas de calidad elevadas, sino que además afectaría al derecho fundamental a la ejecución de quien ha vencido en juicio, que también se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien el TC ha matizado a este respecto que «el derecho a la ejecución de las Sentencias judiciales postula el que la reacción frente al comportamiento contrario a la Sentencia pueda realizarse en el propio procedimiento incidental de ejecución» [STC 194/1993, de 14 de junio (RTC, 1993,194)].

6. La tensión entre los divergentes intereses y principios expuestos debe ser resuelta a través de su ponderación, labor que ha realizado el TJCE en el asunto Krombach respecto de intereses análogos a los descritos en el apartado anterior. En esta sentencia, el TJCE admitió la posibilidad de aplicar la cláusula de orden público recogida en el artículo 34.1 del Reglamento 44/2001 en supuestos en que «el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en

otro Estado contratante choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental» (STJCE de 28 de marzo de 2000, Asunto Krombach, *Rec.* 2000, p. I-1935).

Este fallo demuestra que, a pesar de que el orden público únicamente debe emplearse en casos excepcionales, constituye un mecanismo necesario para flexibilizar la ausencia de controles procesales, debido a las ya apuntadas diferencias entre los Estados, imposibles de prever en su totalidad (vide BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000 pp. 1197-1202). No obstante, debe tenerse en cuenta, como ya se ha señalado (vide ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario», *La Ley*, núm. 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1-4), que la libre determinación interna del orden público nacional está condicionada por la existencia de un orden público comunitario, que se integra en el orden público nacional y forma parte de él. De este modo, la operatividad del orden público como motivo de denegación de una hipotética solicitud de reconocimiento de una resolución alcanzada en un Estado miembro cuyas garantías procesales no bastan para evitar la indefensión material del demandado rebelde notificado de forma inefectiva, se justificaría por la doctrina del TJCE en la que se reconoce expresamente que el respeto de los derechos de defensa en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo constituye un principio fundamental del Derecho comunitario [vide sentencias de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión (C-185/95, *Rec.*, p. I-8417), y de 11 de enero de 2000, Países Bajos y Van der Wal/Comisión (C-174/98 y C-189/98, *Rec.*, p. I-1)]. En el mismo sentido, la sentencia de 16 de junio de 1981 incluye el derecho del demandado a defenderse ante el Juez de origen dentro de los derechos de defensa que el sistema debe garantizar (STJCE, Asunto 166/80 *Rec.* 1981, p. 1593) y la STJCE de 14 de diciembre de 2006 antes citada, reitera la jurisprudencia que, en relación con el artículo 27.2 del Convenio de Bruselas, declaraba que el objetivo de la libre circulación de resoluciones «no puede alcanzarse menoscabando, de cualquier manera que sea, el derecho de defensa». Con esta alternativa, no sólo se limitarían las posibilidades de enfrentamiento entre el TJCE y el TEDH (y los Tribunales Constitucionales y Supremos nacionales, progresivamente alineados con la jurisprudencia de Estrasburgo), sino que, como ya se ha apuntado a propósito del asunto Krombach [vide RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «Los derechos de la defensa y el orden público en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», *La Ley (UE)*, núm. 5043, de 28 de abril de 2000, y CARBALLO PIÑEIRO, L., «Orden jurídico comunitario, derechos fundamentales e interpretación del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas», *La Ley (UE)*, núm. 5043 de 18 de abril de 2000], cuanto mayores sean las garantías en materia de derechos fundamentales es de prever que mayor sea la confianza de los Estados miembros, o al menos de sus órganos jurisdiccionales, en el proceso de integración.

7. En conclusión, aunque de los datos expuestos en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de febrero de 2006 no pueda extraerse una situación de indefensión material del demandado, de la aplicación del artículo 34.2 del Reglamento 44/2001 pueden derivarse supuestos en que, debido a las diferencias que de hecho existen entre los diferentes ordenamientos procesales nacionales, el demandado rebelde se encuentre en una situación de vulneración efectiva de sus derechos de defensa, desarrollados en los Derechos constitucionales internos. Corresponde a la jurisprudencia del TJCE resolver la tensión que surge en estos supuestos entre la libertad de circulación de resoluciones judiciales necesaria para la integración de un espacio judicial europeo basado en el Derecho comunitario y la defensa de los derechos fundamentales como otra forma de evitar la disgregación. Hasta ese momento habrá que observar qué soluciones adopta la jurisprudencia interna en supuestos donde se produzca tal indefensión material.

2006-29-Pr

RESPONSABILIDAD PARENTAL Y RECONOCIMIENTO DE SENTENCIA EXTRANJERA.—Procedencia. Resoluciones dictadas en Italia relativas a las medidas adoptadas en relación con la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio. Cumplimiento de los requisitos del Convenio del Consejo de Europa núm. 105, de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y de restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.

Preceptos aplicados: Artículo 951 LEC de 1881; artículo 2 y disposición transitoria 2.^a LEC, artículos 9 y 10 Convenio núm. 105 del Consejo, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y de restablecimiento de dicha custodia.

Primero.—Con carácter previo a cualquier otra consideración se debe dejar bien claro que el fin de este procedimiento no es otro que dictar una resolución de efecto meramente declarativo respecto del reconocimiento y homologación de los propios derivados de las sentencias de fecha 7 de febrero y 23 de octubre de 2000, del Tribunal de Menores de Génova, Italia. Quiere esto decir, que la decisión de esta Sala se ha de agotar en ese pronunciamiento simplemente declarativo, respetuoso siempre del alcance y extensión de los efectos propios de la resolución extranjera, sin alcanzar, por lo tanto, a la ejecución en sí misma de los pronunciamientos que éstas contengan, que constituye un estadio posterior al reconocimiento y declaración de ejecutoriedad, y respecto de la que, por lo tanto, el exequátur constituye el presupuesto necesario. Como consecuencia de ello, que no es sino plasmación del carácter meramente homologador que el Tribunal Constitucional (STC 132/9), y este Tribunal mismo AATS de 5 de mayo de 1998, 8 de septiembre de 1998, 27 de abril de 1998, 16 de noviembre de 1999 y 17 de mayo de 2003, entre otros), han conferido a este singular procedimiento, le está vedado a la Sala tanto realizar actuaciones procesales encaminadas al aseguramiento del fin de los concretos actos de ejecución y, en esa línea, tendentes a establecer cautelas o contracautelas respecto de bienes susceptibles de realización, como llevar a cabo los actos de ejecución de la resolución extranjera en sí mismos, una vez hayan sido homologados sus efectos; trámites procesales éstos que deberán intentarse —por cuanto a ellos incumbe— ante los órganos jurisdiccionales encargados de disponer las medidas cautelares y de aseguramiento que se hayan solicitado y sean competentes para llevar a cabo la ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales. Con ello se quiere salir al paso al suplico de la demanda y a su solicitud de ejecución de la sentencia extranjera (...).

Segundo.—Se pretende reconocer en España dos resoluciones dictadas por el Tribunal de Menores de Génova, Italia, de fecha 7 de febrero de 2000 y 23 de octubre de 2000. El régimen aplicable será el del Convenio del Consejo de Europa núm. 105, de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y de restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, del que es parte Italia, y que fue ratificado por España el 9 de mayo de 1984 y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el 1 de septiembre de 1984. El régimen establecido en dicho Convenio desplaza al autónomo de la LEC/1881 —que se mantiene en vigor no obstante la vigencia de la LEC 1/2000, de 7 de enero, habida cuenta de lo establecido en su disposición derogatoria única, apartado 1.º, punto 3.º—, según lo dispuesto en el artículo 951 de la misma Ley, aplicable atendida la fecha de la solicitud de exequátur (art. 2.º LEC/2000, en relación con la disposición transitoria segunda); e igualmente, desplaza al régimen establecido en el Convenio Hispano-italiano de 22 de mayo de 1973, sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil, atendiendo a los principios de especialidad y de favorecimiento al exequátur.

El Convenio núm. 105 es un instrumento internacional que tiene por objeto la homologación de las decisiones relativas a la custodia de menores, incluyéndose en su ámbito cualquier resolución de una autoridad, en la medida en que se refiera al cuidado de la persona del menor, incluido el derecho de fijar su residencia [art. 1.º, apartado c)], y cuya finalidad es lograr el restablecimiento de la custodia atribuida por dicha resolución ante un traslado ilícito del menor, tal y como se pone de manifiesto en su Preámbulo.

Tercero.—De conformidad con el mismo Convenio, han de ser controladas, entre otras, la firmeza de la resolución (art. 10.2), las garantías de audiencia y defensa en el proceso de origen (art. 9) y la litispendencia o decisiones recaídas en el Estado requerido [art. 10.1.d)]. Todos los requisitos establecidos por el tratado bilateral, resultan en ese caso, cumplidos, no incurriendo en ninguno de los supuestos de oposición previstos en los artículos 9 y 10 del citado Convenio.

[Auto del Tribunal Supremo, 23 de mayo de 2006. Jurisdicción: Civil. Exequátur núm. 766/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ 2006/3051.

Nota: 1. Habitualmente cuando se plantea un litigio sobre la responsabilidad parental de carácter transfronterizo emergen varias cuestiones típicas de esta materia: por una parte, cuál es el régimen jurídico aplicable dada la pluralidad de textos potencialmente aplicables en el ámbito de la protección de menores y, por otra, la distinción según el litigio aparezca vinculado a un procedimiento matrimonial o independientemente de éste. Todo ello tendrá sus consecuencias sobre el sector o sectores del DIPr. que se vean afectados por el litigio, en esta ocasión en relación con el reconocimiento en España de una sentencia dictada en Italia sobre la custodia (así como los alimentos) de tres menores (Sara, Antonio y Romeo). La circunstancia de que estemos, además, ante sentencias caracterizadas por su carácter revisable, puede tener consecuencias sobre el eventual reconocimiento y, en su caso, ejecución de decisiones extranjeras.

2. Los hechos son confusos como también la finalidad perseguida con el reconocimiento, ya que afecta a una pareja —Catalina y Eugenio— que, al tiempo del juicio de origen celebrado ante los tribunales italianos, ella —ahora demandante— residía en Italia, mientras que él residía en España. La nacionalidad de ambos se desconoce, aunque tampoco tiene para el caso relevancia. Tampoco queda claro si el juicio de origen concernía al divorcio o separación de ambos sujetos o sólo al tema de la custodia y alimentos sobre el que ahora se discute. El único aspecto indudable es que el Tribunal de menores de Génova dictó una sentencia el 7 de febrero de 2000 y otra posterior modificativa de la precedente el 23 de octubre de 2000, por la que se confirmaba la custodia de los menores al Ayuntamiento de Rapallo, se suspendía la patria potestad al padre de éstos, así como el régimen de comunicaciones entre ellos, y se le obligaba al pago de una compensación económica en concepto de alimentos. La demandante presentó solicitud de reconocimiento de ambas sentencias que el TS ha resuelto concediendo el *exequátur* por aplicación del Convenio de Luxemburgo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores y restablecimiento de esa custodia de 20 de mayo de 1980, ratificado por España e Italia. Se ignora si al tiempo de plantear el reconocimiento de las sentencias la residencia de las partes implicadas seguía siendo la originaria.

3. La determinación del régimen de reconocimiento aplicable a este supuesto suele facilitarse teniendo en cuenta unas cuestiones como son el país de procedencia de la decisión y fecha en que ésta se dictó, la materia afectada, el tipo de decisión (sentencia firme, provisional, medida cautelar o provisional...), y el efecto que pretende el reconocimiento (ejecutivo, de cosa juzgada, constitutivo, registral, probatorio...). En función de la respuesta que obtengamos se concretará entonces el órgano ante el que se solicita el reconocimiento, el procedimiento a

seguir (de reconocimiento y/o ejecución), así como las condiciones a que éste debe someterse (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2004, pp. 179-180).

A) *País de procedencia y fecha en que se dictó. Inaplicación del Reglamento 2201/2003. Régimen transitorio.* En el presente caso, la sentencia proviene de Italia, Estado miembro de la Unión Europea, se dictó en el año 2000, afecta a la responsabilidad parental y a los alimentos, es una decisión de las llamadas «revisables» y el efecto que se pretende, según lo expuesto por el Tribunal Supremo, es meramente declarativo. Con estos datos en mente es necesario partir de un antes y un después del 1 de marzo de 2005, fecha en que entró en vigor –en su totalidad– el Reglamento CE núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (por el que se deroga el Reglamento CE núm. 1347/2000), incluyendo las normas relativas al régimen transitorio que cobran aquí una gran relevancia. Ello nos permitirá averiguar si el régimen aplicado por el Tribunal Supremo, esto es, el Convenio de Luxemburgo de 1980 era, en efecto, el más oportuno para resolver el reconocimiento de las sentencias italianas. Se trata de saber por qué éste no se ha podido resolver de un modo rápido y sencillo a través del Reglamento comunitario al que, por otro lado, no se menciona en ningún momento en la resolución, lo que no deja de sorprender habida cuenta de la trascendencia del mismo y que, a fecha de dictar su resolución (23 de mayo de 2006), hacía ya 1 año que estaba en vigor. Sin embargo, con arreglo a las normas de aplicación transitoria establecidas por el Reglamento, cabe deducir la inaplicación del mismo, ya que según el artículo 64 las normas sobre el reconocimiento y ejecución del actual reglamento se aplicarán respecto a las acciones judiciales que se hayan ejercitado antes del 1 de marzo de 2005 a tres categorías de resoluciones: a) las dictadas después del 1 de marzo de 2005 como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esa fecha, pero después de la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 (producida el 1 de marzo de 2001; b) las dictadas antes del 1 de marzo de 2005 como consecuencia de acciones ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1347/2003 en asuntos que forman parte de su ámbito de aplicación; c) las dictadas antes del 1 de marzo de 2005, pero después de la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de dicho Reglamento. Las sentencias italianas que aspiran al reconocimiento en España se dictaron en febrero y octubre de 2000, es decir, cinco meses antes de que el Reglamento 1347/2000 entrara en vigor (en marzo 2001), por lo que quedan excluidas del Reglamento y, en definitiva, deben ser reconocidas por el régimen aplicable en defecto de normativa institucional, bien un Convenio, bien el régimen autónomo de la LEC de 1881 (todavía en vigor a la espera de la Ley de cooperación jurídica a las que alude la disposición adicional 20.ª de la LEC de 2000) partiendo, en todo caso, del principio favorable al reconocimiento.

B) *Materia afectada. Responsabilidad parental y alimentos. Concepto, contenido y titulares de la responsabilidad parental.* Aunque el Reglamento comunitario no resulta aplicable en esta ocasión, sirve para comentar muchos de los aspectos que se deducen de la sentencia, gracias a las novedades que ha introducido. Como es sabido, el Reglamento comunitario ha alterado el panorama jurídico vigente en España en materia de protección de menores, para los litigios intracomunitarios, como también lo hará la próxima entrada en vigor del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre jurisdicción, ley aplicable, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores, para los litigios extracomunitarios (dada la autorización de la Comisión a la Comunidad Europea para su ratificación, según la Propuesta de Decisión del Consejo de 17 de junio de 2003). Ambos textos suponen la confirmación de la noción de la «responsabilidad parental», ajena a la tradición jurídica española y de otros Estados, pero que se habría elegido por una pretendida vocación unificadora y de respeto de las múltiples diferencias legislativas existentes todavía hoy en esta

materia entre los Estados Miembros. Bajo dicha noción se han incluido todos los «derechos y deberes concedidos a una persona física o jurídica, en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor», con particular relevancia de «los derechos de custodia y visita» (art. 2.7). De hecho se han incluido también instituciones tan variadas como la tutela, la curatela o el acogimiento..., pero se han excluido los alimentos –a pesar de su vinculación con la custodia y visita– que siguen regulados por el Reglamento (CE) núm. 44/2001 de 22 de diciembre de 2000.

El presente caso alude, por una parte, a la patria potestad y a la privación de ésta ordenada por los jueces italianos respecto al padre de los menores, unido al fin de toda comunicación con ellos. Por otra, a la custodia concedida a un tercero, en concreto una institución pública como es el Ayuntamiento de Rapallo. Y, por último, a la obligación de los alimentos que deberá satisfacer el demandado. Por lo que atañe a la privación de la patria potestad, atribuida desde el nacimiento del niño (con independencia de que sus padres estén casados o no, etc., según las legislaciones, y que se distingue del ejercicio de la custodia y visita, tras la ruptura de los padres, concedida a éstos o a un tercero...), nos encontramos con que las diversas legislaciones europeas regulan con variedad de matices los supuestos en que la responsabilidad parental finaliza o se priva de ella por causas diversas. Por lo general, si los padres no están casados ésta puede finalizar por una orden judicial, mientras que si están casados sólo pueden ser privados de la responsabilidad parental porque se ha dictado una orden en favor de otra persona o personas. En el caso de que la custodia la tenga un tercero de modo transitorio ésta finaliza cuando termina el período para el que la orden fue dictada (para un repaso por países ver BOELE-WOELKI, K.; BRAAT, B., y CURRY SUMMER, I. (Eds.), *European Family Law in Action, Vol. III: Parental Responsibilities*, Antwerp-Oxford, 2005, pp. 53 y ss.). En nuestro país, por ejemplo, el Código Civil regula los supuestos de privación y sus requisitos (arts. 170.1 y 92.3 CC), siendo una de las causas más habituales la sentencia fundada en incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (STS de 5 de marzo de 1998) (vide CASTILLO MARTÍNEZ, C., *La Privación de la Patria Potestad*, Práctica de Derecho, S. L., Valencia, 2000, pp. 79 y ss.). En Italia, el artículo 330 del *Codice civile* establece la «*decadenza dalla potestà dei genitori*» por el Juez cuando el padre viole o no cumpla con los deberes inherentes a dicha potestad o bien abuse de sus poderes con grave perjuicio para el hijo. En tal caso, por «graves motivos» el Juez puede ordenar el alejamiento del hijo de la residencia familiar, así como del cónyuge o convivente.

En este supuesto que comentamos, la privación de la patria potestad (debida –presumiblemente– a cualquiera de las causas expuestas) se acompaña además de una orden por la que finaliza el derecho a cualquier comunicación o contacto del padre con sus hijos. No tenía por qué haber sido así necesariamente, ya que el derecho a «mantener el contacto periódico con ambos padres», se reconoce a nivel internacional por textos como la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 (art. 24.3), el Convenio de las Naciones Unidas de 1989 sobre derechos del niño (arts. 9.3 y 10.2) o el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8), así como por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al respeto del derecho de los padres e hijos a mantener relaciones personales (por ejemplo, sentencia 12 de julio de 2001/asunto *K. y T. c. Finlandia*) y el derecho al respeto a una vida familiar (por ejemplo, sentencias de 6 de julio de 2006/asunto *Iosub Caras c. Rumanía*, 20 de enero de 2000/asunto *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía*, 27 de junio de 2000/asunto *Nuutinen c. Finlandia*, 24 de abril de 2003/asunto *Sylvester c. Austria*, 26 de junio de 2003/asunto *Maire c. Portugal* o 29 de abril de 2003/asunto *Iglesias Gil y A.U.A. c. España*). Sólo la existencia de «serios obstáculos» o la existencia de un «riesgo o perjuicio» para el menor, podrían limitar o suspender el contacto del menor con sus progenitores [SAP La Coruña núm. 164/2006 (Sección 3.ª), de 19 mayo/Fundamento Jurídico 2.º, en relación con el derecho de visita]. A este respecto, el Con-

venio europeo sobre relaciones personales concernientes a los niños, aprobado el 15 de mayo de 2003 en el seno del Consejo de Europa (en vigor desde el 1 de septiembre de 2005, no ratificado por España ni Italia) preconiza el derecho del contacto del menor con ambos padres y con otras personas con el que el niño tenga «vínculos familiares» [art. 2.d)], convirtiéndose éste en beneficiario de tal derecho, así como la adopción por los Estados miembros de las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de dicho derecho. Sin embargo, en esta ocasión, el Tribunal de Génova prohíbe cualquier relación entre padre e hijo (aunque no se exponen las causas), hasta el punto de que la demandante quiere ahora reconocer dicha decisión en nuestro país. En todo caso, el carácter revisable de este tipo de decisiones no impide que pueda solicitarse una eventual modificación del régimen estipulado, ante un cambio de circunstancias, lo que puede plantear el problema –al que ahora nos referiremos– de si debe procederse al reconocimiento de la resolución originaria (para luego solicitar una modificación) o al inicio de un nuevo proceso (para la atribución *ex novo* de los derechos), en el caso hipotético de que, por ejemplo, se solicitase el fin de la custodia del Ayuntamiento de Rapallo confirmada por el tribunal italiano (si bien no se especifica si es compartida con la madre) o una ampliación de los alimentos...

Ello nos permite introducir el tema de la determinación de los «titulares» y «terceros» de la responsabilidad parental, utilizando la terminología del Reglamento comunitario, el cual, en consonancia con otros textos internacionales como el Convenio de La Haya de 1996, alude a «cualquier persona» como titular de la responsabilidad parental, albergando así las múltiples opciones que existen en las legislaciones respecto a los posibles titulares (casados o no, padres biológicos no legales, nuevas parejas de alguno de los padres, homosexuales...) y terceros (abuelos, otros familiares, organismos o instituciones públicas...). De hecho el artículo 1.2.c) del Reglamento alude a la designación y funciones de «*toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia*». En Italia, por ejemplo, en cuanto país donde se dictaron las sentencias sobre la custodia de los niños, la reforma operada por la Ley núm. 54 de 8 de febrero de 2006 (*Gazeta Ufficiale* núm. 50, de 1 de marzo de 2006) ha establecido, como regla general, la custodia compartida para ambos padres separados y, de modo residual, la atribución por parte del Juez de la custodia a uno sólo de ellos. El ejercicio de una custodia compartida suele producirse cuando el divorcio o la separación han sido de mutuo acuerdo, mientras que, en caso contrario, es el Juez quien concede la custodia a uno sólo de los progenitores y ocasionalmente a un tercero (un familiar o una institución). (DOSI, G. «Le Nuove Norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio», *Diritto e Giustizia*, núm. 23, 2006, pp. 3 y ss.). En la sentencia italiana, como hemos visto, la custodia se ha concedido al Ayuntamiento de Rapallo, no se sabe si con carácter transitorio o duradero y si compartida o no con la madre.

C) *Tipo de decisión y efecto que pretende el reconocimiento*. El Tribunal Supremo deja bien claro que su objetivo no es otro que el de dictar una resolución de «*efecto meramente declarativo respecto del reconocimiento y homologación*» de las sentencias italianas, «*sin alcanzar, por lo tanto, a la ejecución en sí misma de los pronunciamientos que éstas contienen*». Como ya hemos señalado, estamos ante litigios en los que un cambio de circunstancias puede llevar a iniciar un proceso nuevo o a modificar el régimen establecido en la sentencia originaria, en este caso italiana, procediendo, con carácter previo a la modificación, a un reconocimiento de dicha sentencia para que surta efectos en España. La modificación implica partir del respeto hacia la cosa juzgada de la sentencia extranjera cuya eficacia se pretende ahora modificar, lo que supone una limitación que no se produce si la sentencia decide no reconocerse. Pero, en este tipo de controversias se trata de determinar si se produce también una modificación de la *causa petendi* para adecuarse a la aparición de nuevas circunstancias o si, como ocurre en otros ordenamientos, debe también modificarse la cosa juzgada y, en

consecuencia, reabrirse el proceso (ver, sobre las denominadas «prestaciones periódicas de ejecución continuada», CARBALLO PIÑEIRO, L., «Competencia Judicial Internacional y Modificación de Prestaciones de Ejecución Continuada: Más allá de la STC 61/2000», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 472-473. Para VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho Procesal Civil Internacional*, Cívitas, Madrid, 2000, p. 413, se trata de una «modificación de resoluciones judiciales reconocidas». Ver, asimismo, MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «La Sentencia Extranjera ante el Cambio de Circunstancias (con Especial Referencia a la Condena de Prestación Periódica de Alimentos)», *REDI*, vol. LIV (2002), 2, pp. 641-668). La necesidad de un reconocimiento previo de la resolución que se quiere modificar ha sido puesta de relieve tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis Matrimoniales Internacionales y Prestaciones Alimenticias entre Cónyuges*, Madrid, 1996, p. 224), como forma de evitar un perjuicio a la soberanía del Estado de origen. Si la decisión procede de un Estado miembro de la UE o de un tercer Estado con quien España tiene suscrito un Convenio en materia de reconocimiento y ejecución, parece más sencillo y rápido proceder a dicho reconocimiento (e incluso a una posible ejecución), a través de los mecanismos previstos, bien por el Reglamento 2201/2003, bien por el Convenio internacional (bilateral o multilateral). El reconocimiento de la sentencia extranjera será, muchas veces, la opción más adecuada para esta clase de litigios, en los que se busca la producción de unos efectos en España, pero sin necesidad de que la sentencia tenga eficacia ejecutiva, ya que el objetivo último es modificar tales efectos (en particular, los relativos a la responsabilidad parental y/o alimentos). Si no se reconociera, la sentencia extranjera adquiriría una mera eficacia probatoria en cuanto documento público extranjero (antes arts. 600-601 LEC 1881 y actualmente arts. 143 y 323 LEC 2000), que se tendría en cuenta por el Juez español si se decidiera empezar ex novo otro proceso, permitiendo demostrar que, por ejemplo, hubo un divorcio y, vinculado a él, unos derechos relativos a un menor (vide Comentario a la SAP Barcelona de 30 septiembre 2003, de ESPINOSA CALABUIG, R., en *REDI*, vol. LVI (2004), I, pp. 379-386).

D) *Órgano ante el que se solicita el reconocimiento, procedimiento a seguir y condiciones en función de la normativa finalmente aplicable. Pluralidad de textos aplicables.* Como puede apreciarse por el número de *exequátur* (766/2003), la fecha en que se solicitó el reconocimiento de las sentencias italianas motivó que fuera todavía el Tribunal Supremo el órgano competente para resolverlo, en lugar del Juez de Primera Instancia, tal como introdujo la reforma realizada por Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 2 de julio (*BOE* 26 de diciembre de 2003). De hecho, la redacción de los hechos induce a confusión cuando se relata que «*A requerimiento de esta Sala, la parte solicitante presentó escrito, en fecha 8 de junio de 2004, por el que manifestaba el objeto de la solicitud de reconocimiento*» (...), pudiendo parecer que es entonces cuando se presentó la solicitud de reconocimiento. Teniendo clara la competencia del Tribunal Supremo para resolver el *exequátur*, basta determinar cuál es el procedimiento a seguir en función del régimen aplicable, teniendo en cuenta que no se aplica el Reglamento igualmente por una razón temporal. A este respecto, no resulta claro que, en defecto de la normativa comunitaria, deba acudir al Convenio de Luxemburgo de 1980, ya que éste se concibe especialmente para supuestos de traslado ilícito (causa de muchas de las vulneraciones de los derechos de custodia) y de los hechos no parece deducirse, ni que se haya cometido ni que se prevea su comisión. Se trata de valorar la pertinencia de aplicar dicho Convenio, o bien el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores o el Convenio bilateral con Italia o, incluso, el régimen interno de la LEC de 1881, dado que se trata de aplicar el régimen más favorable al reconocimiento. Cabe advertir, por otra parte, que en ningún momento se alude, curiosamente, al régimen aplicable a los alimentos, pues el alto Tribunal se limita a aplicar el Convenio de Luxemburgo de 1980, a pesar de

que éste sólo concierne a la custodia y a su restablecimiento, olvidando textos como el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, que podría aplicarse en defecto del Reglamento 44/2001, al que también se le aplican las disposiciones transitorias.

En realidad ninguno de los Convenios mencionados recoge un adecuado régimen de reconocimiento. Por una parte, el CLH de 1961 distingue entre las medidas que pueden ser simplemente reconocidas (por ejemplo, la modificación del padre al que se atribuye la patria potestad del menor) y aquellas otras que conllevan la ejecución (una orden dictada para la restitución del menor trasladado ilícitamente a otro Estado) (Ver VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 553), pero tan sólo regula las primeras. De hecho, en el caso de un traslado ilícito a otro Estado, la decisión que modifica la patria potestad y aquella que ordena la restitución del menor, reciben un tratamiento independiente, de modo que el reconocimiento de la primera se puede efectuar mediante el Convenio de 1961 y la segunda por la del Convenio de Luxemburgo de 1980. Únicamente las primeras –de reconocimiento– se regulan por el Convenio de 1961, mientras que las segundas se deben regular por otros textos en la materia o, en su caso, por el DIPr. autónomo (art. 7). Precisamente, como forma de colmar dicha laguna legal, el Consejo de Europa elaboró el Convenio de Luxemburgo de 1980, con normas sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de custodia y restablecimiento de la custodia de menores (arts. 7 y ss.), en el que se prevé un procedimiento de *exequátur* simplificado para obtener el reconocimiento de la eficacia de las resoluciones extranjeras y su posterior actuación. La efectividad de este Convenio, lamentablemente, deja también bastante que desear ya que sólo alude a la custodia, pero no a otras medidas de protección, y regula de un modo limitado la sustracción ilícita de menores, además de un criticable listado de causas de denegación del reconocimiento (vide BONOMI, A., «La Convenzione dell’Aja de 1961 sulla Protezione dei Minori: Un Riesame dopo la Ratifica Italiana e l’Avvio dei Lavori di Revisione», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1995, pp. 650-651). De ahí las expectativas puestas en el Convenio de La Haya de 1996, que recoge un modelo más completo de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales para las controversias extracomunitarias, al igual que las esperanzas depositadas en el Reglamento 2201/2003 y en las reglas específicas de la responsabilidad parental para los litigios intracomunitarios como el del presente caso.

Rosario ESPINOSA CALABUIG

2006-30-Pr

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES.–Motivos de denegación del reconocimiento. Artículo 34.2 del Reglamento (CE) núm. 44/2001. Posibilidad de que el demandado interponga un recurso contra la resolución dictada en rebeldía. Falta de notificación y traslado de la resolución.

Partes: ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS).
Preceptos aplicados: Artículos 26 y 34.2 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 y artículo 19 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000.

El artículo 34, número 2, 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 demandado únicamente «tiene la posibilidad» de interponer un recurso contra una resolución dictada en rebeldía, si efectivamente ha conocido el contenido de la misma por medio de la

entrega o notificación efectuada con tiempo suficiente para poder defenderse ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen.

[Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 2006. Asunto C-283/05. Juez Ponente: K. Lenaerts.]

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

Nota: 1. Nos encontramos, de nuevo, ante una Sentencia que versa sobre la lesión de los derechos de defensa del demandado, aunque con la particularidad de que es la primera vez que el TJCE interpreta este motivo de denegación del reconocimiento tal y como ha quedado configurado en el artículo 34.2 del Reglamento Bruselas I. En el caso que anotamos, se trataba de dilucidar si la excepción que prevé esta norma sobre la posibilidad de interponer un recurso contra la resolución dictada en rebeldía, requiere que dicha decisión se haya notificado o trasladado en debida forma al demandado en rebeldía o si es suficiente que este último haya tenido conocimiento de su existencia.

Los hechos que motivaron la presente decisión fueron, básicamente, los siguientes: Mediante sentencia de 16 de junio de 2004, el Rechtbank's-Hertogenbosch (Países Bajos) condenó en rebeldía a SEMIS, sociedad con domicilio en Freistritz-Drau (Austria), a pagar a ASML, sociedad con domicilio en Veldhoven (Países Bajos), cierta cantidad de dinero.

Dos datos del procedimiento de origen, según consta en la resolución de remisión, son claves para el entendimiento del supuesto: por una parte, la citación para la vista sobre la demanda ante el tribunal holandés, fijada por éste para el 19 de mayo de 2004, no fue notificada a SEMIS hasta el 25 de mayo de 2004 (por lo que la demandada no tuvo tiempo suficiente para preparar su defensa); y, de otro lado, la sentencia dictada en rebeldía no se notificó ni entregó a la sociedad condenada.

A solicitud de ASML, el órgano jurisdiccional austríaco requerido en primera instancia otorgó, mediante resolución de 20 de diciembre de 2004, la ejecución de la sentencia holandesa dictada en rebeldía. Se notificó a SEMIS copia auténtica de esta decisión austríaca, aunque a dicha notificación no se adjuntó la sentencia dictada en rebeldía.

Interpuesto recurso de apelación por SEMIS, el Landesgericht Klagenfurt desestimó la solicitud de otorgamiento de la ejecución debido a que el requisito de la «posibilidad de interponer un recurso» contra la sentencia dictada en rebeldía, enunciado en el artículo 34.2 RBI, implicaba, según dicho tribunal, la entrega o la notificación de dicha sentencia al demandado en rebeldía.

Interpuesto recurso de casación por ASML, el Oberster Gerichtshof destacó que, en el caso de autos, SEMIS no había recibido notificación o traslado de la demanda con un plazo de tiempo suficiente para poder defenderse, dado que la citación para la vista no le fue notificada hasta después de la fecha en la que ésta se celebró. Por lo tanto, según el órgano jurisdiccional remitente, puesto que se produjo lesión de los derechos de defensa, era aplicable el artículo 34.2 RBI, salvo que se diese el supuesto previsto en la excepción de esta disposición (es decir, si procedía estimar que SEMIS no había interpuesto recurso contra la sentencia en rebeldía cuando tuvo la posibilidad de hacerlo).

Considerando que la solución del litigio requería una interpretación del artículo 34.2 RBI, el supremo órgano austriaco decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales: «1. ¿Debe interpretarse la expresión... *a menos que el demandado no hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo*, contenida en el artículo 34, número 2, del Reglamento 44/2001 en el sentido de que esta posibilidad requiere, en cualquier caso, notificar o dar traslado al demandado, con arreglo a la legislación aplicable en la materia, de una copia auténtica de una sentencia estimatoria de la demanda dictada en rebeldía en un Estado miembro?; 2. En caso de respuesta negativa a la primera

cuestión: la mera entrega o notificación de una copia auténtica de la resolución relativa a la solicitud de otorgar en Austria la ejecución de la sentencia dictada en rebeldía y de ordenar la ejecución forzosa en virtud del título ejecutivo extranjero cuya ejecución se ha otorgado, ¿debió inducir a la parte demandada y deudora a comprobar, por un lado, la existencia de esta sentencia y, por otro lado, la existencia de un medio de recurso que (en su caso) se podía interponer, con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado en el que se dictó la citada sentencia, con objeto de determinar si dicha parte demandada tuvo la posibilidad de interponer un recurso, lo que constituye requisito esencial de aplicabilidad de la excepción al motivo de denegación del reconocimiento previsto por el artículo 34, número 2, del Reglamento 44/2001?».

2. Como hemos adelantado, mediante estas dos preguntas, que el Tribunal examina conjuntamente, lo que el tribunal remitente pregunta, en esencia, es si el requisito de haber tenido la posibilidad de interponer un recurso contra la resolución dictada en rebeldía exige que el demandado haya podido tener conocimiento del contenido de dicha resolución, de modo que ésta se debió haber notificado o entregado al demandado en rebeldía (tesis defendida por los Gobiernos alemán, neerlandés, austríaco y polaco, así como por la Comisión y el Abogado General); o si es suficiente que el demandado haya tenido conocimiento de su existencia en el procedimiento de ejecución en el Estado requerido (como sostenían la sociedad ASML y el Gobierno del Reino Unido).

3. Si uno de los objetivos del Reglamento Bruselas I es simplificar las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales, facilitando la libre circulación de resoluciones en los Estados miembros, tal objetivo no podía conseguirse a costa de un sacrificio de los derechos de defensa (tal y como lo ha manifestado con insistencia el TJCE interpretando el, por entonces, artículo 27.2 del Convenio de Bruselas de 1968 –vide, entre otras, SSTJCE de 11 de junio de 1985, *Debaecker/Plouvier*; y de 13 de octubre de 2005, *Scania Finance France/Rockinger*–). De ahí que el Reglamento instaure la tesis del doble control puesto que tanto el Juez de origen, como el requerido deben velar por el respeto de dicho derecho.

Ahora bien, la redacción del artículo 34.2 RBI difiere sensiblemente de la disposición equivalente del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 porque, como se sabe, en el Reglamento ya no se exige necesariamente la notificación regular de la cédula de emplazamiento (sino el respeto efectivo del derecho de defensa) y se prevé una excepción a la denegación del reconocimiento y exequátur en el supuesto de que el demandado en rebeldía no haya recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo.

La finalidad de la nueva redacción de la norma es, indiscutiblemente, restringir el alcance del artículo 27.2 del Convenio de Bruselas y los efectos perjudiciales que se derivaban de la interpretación extensiva que de dicha disposición había realizado el TJCE. La jurisprudencia dictada por el Tribunal en los asuntos *Lancray/Peters* (una mera irregularidad formal de la notificación de la cédula de emplazamiento, que no lesionó el derecho de defensa, es suficiente para denegar eficacia a la resolución) y *Minalmet/Brandeis* (demandado que aguarda al procedimiento de reconocimiento y ejecución en el Estado requerido para invocar su vulneración del derecho de defensa, cuando pudo interponer un recurso en el Estado de origen), presentaba el inconveniente de fomentar la pasividad, o incluso la mala fe, de los demandados. Esta situación fue objeto de duras críticas por la doctrina (vide RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., *Denegación de la eficacia de sentencias europeas por indefensión del demandado*, Barcelona, 2001, pp. 75-97, y bibliografía allí citada) y motivó la reforma de la disposición.

4. Si con la nueva norma el legislador comunitario ha querido que el demandado sea diligente en el procedimiento de origen (de modo que no saque provecho de su propia negligencia en la defensa de sus derechos al dejar de interponer los pertinentes recursos en el Estado de origen), esa diligencia debe entenderse en sus justos términos y no exigirle llevar a cabo nuevas actuaciones que no le corresponden, como sería el averiguar la resolución dictada en otro Estado miembro (vide puntos 59 y 60 de las Conclusiones del Abogado General).

Una cosa es que el demandado, teniendo constancia de la resolución no la recurra cuando puede hacerlo, y, otra diferente, es que no interponga recurso porque no tenga conocimiento de la sentencia dictada en rebeldía en su contra. Ambos comportamientos no son equiparables, por lo que no pueden solucionarse del mismo modo.

La notificación es el medio a través del que se pone en conocimiento del demandado que se ha dictado una resolución frente a él, pudiendo ejercer, si así lo estima, los pertinentes recursos de la *lex fori*, por lo que este requisito es irrenunciable. Es decir, para saber si el demandado ha tenido la posibilidad de interponer un recurso contra la resolución dictada en rebeldía, en el sentido del artículo 34.2 RBI, es necesario que haya tenido conocimiento del contenido de dicha resolución, lo cual supone que ésta le haya sido entregada o notificada (tal y como afirma el Tribunal en el motivo 40).

Efectivamente, si la sociedad SEMIS, como resulta del relato de los hechos, no tenía conocimiento de la sentencia holandesa dictada en su contra en rebeldía, porque no le fue notificada ni entregada ¿cómo la iba a recurrir? El mero conocimiento de la existencia de dicha sentencia por parte de SEMIS, mediante la entrega de la resolución austríaca que otorgaba la ejecución, no puede subsanar la falta de notificación de la sentencia en rebeldía.

Cualquier otra interpretación de dicha disposición habría sido contraria a la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6 CEDH (vide la citada por el Abogado General en los puntos 105 y 106 de sus Conclusiones). Y no hay que olvidar que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (recuérdese el Dictamen 2/94, de 28 de marzo, y la famosa Sentencia Krombach —especialmente su motivo 25—).

5. Sentada la premisa de que para considerar si el demandado ha tenido la posibilidad de interponer un recurso contra la resolución, es imprescindible que se le haya notificado o entregado la sentencia (no siendo suficiente el mero conocimiento de su existencia), la siguiente cuestión que analiza el TJCE es la relativa a saber la forma de dicha notificación.

Y la duda se plantea porque los Gobiernos alemán y austríaco, en sus observaciones, sostuvieron que las exigencias formales de la notificación de la resolución al demandado en rebeldía debían ser comparables a las que establece el artículo 34.2 para la cédula de emplazamiento, de modo que una mera irregularidad formal no bastaba para excluir la aplicación de la excepción. En sentido análogo se pronunció el Abogado General.

Al respecto el TJCE considera que no hay que someter la notificación de la resolución a condiciones más estrictas que las previstas respecto a la notificación de la cédula de emplazamiento, por lo que basta con un conocimiento del contenido de la resolución con tiempo suficiente, de manera que el demandado haya podido defender sus derechos de manera efectiva ante el órgano jurisdiccional de origen, sin que sea necesario una entrega o notificación de forma regular en todos los sentidos.

Sin lugar a dudas, son dignas de aplauso estas palabras puesto que con ellas el Tribunal zanja su jurisprudencia anterior y acoge la dimensión material de la lesión de los derechos de defensa como motivo de denegación del reconocimiento. Si la notificación debe realizarse en una forma debida (conforme a lo dispuesto en el derecho aplicable), que permita al demandado tener conocimiento de la demanda o de la sentencia, dicha formalidad no debe llevarse al extremo de amparar comportamientos oportunistas

No todo defecto de forma provoca lesión del derecho de defensa o, dicho con otras palabras, cualquier irregularidad en la notificación no es suficiente, sino que es necesario que haya producido indefensión material. La eficacia transfronteriza de resoluciones no puede obstaculizarse por meras cuestiones de forma.

No obstante, queremos hacer una llamada de atención puesto que, a nuestro juicio, la relajación en la interpretación de este requisito no debe perjudicar al demandado. De las circunstancias del caso deberá deducirse claramente si la notificación defectuosa produjo —o no— indefensión.

En virtud de las argumentaciones expuestas –y sin entrar, como lo hizo el Abogado General en sus Conclusiones, en el artículo 42.2 del RBI, del que también podía deducirse que la resolución que es objeto de la solicitud de exequátur debe entregarse o notificarse necesariamente a la parte contra la que se insta– el TJCE considera que el artículo 34.2 RBI debe interpretarse en el sentido de que un demandado únicamente tiene la posibilidad de interponer un recurso contra una resolución dictada en rebeldía si efectivamente ha conocido el contenido de la misma por medio de la entrega o notificación efectuada con tiempo suficiente para poder defenderse ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen.

6. Si la respuesta del Tribunal es clara y la Sentencia es conforme con la finalidad del artículo 34.2 del Reglamento Bruselas I, hay que lamentar un dato: el presente caso es fruto de la mala actuación del Juez de origen. Si éste hubiese cumplido con las previsiones del artículo 19 del Reglamento 1348/2000, como establece el artículo 26 RBI, habría apreciado que SEMIS no había sido emplazada con tiempo suficiente para poder defenderse, debiendo haber actuado para que fuera citada para una vista posterior.

Asuntos de este tipo justifican la necesidad de mantener el control de los derechos de defensa por parte del Juez requerido.

M.^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ.

II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

1. *Reconocimiento e inscripción de adopciones internacionales*

2006-31-Pr

ADOPCIÓN INTERNACIONAL.–Régimen común y régimen convencional. Requisitos para el reconocimiento e inscripción de adopciones constituidas por autoridad extranjera. Competencia registral. Control de la competencia de la autoridad extranjera. Control de la ley aplicada por la autoridad extranjera. Orden público. Efectos reconocidos.

Preceptos aplicados: Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989; Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional: Artículos 2, 14 a 22, 17, 23, 25, 27, 39, 48; Convenio de Munich relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, de 5 de septiembre de 1980: Artículo 1.1; Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Constitución Española: Artículos 14 y 39; Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 22.3; Código Civil: Artículos 9.4, 9.5, 9.8, 11, 12.3, 19.1, 40, 44, 108, 112, 176, 173, 173bis, 178, 180; Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: Artículos 952 a 954; LEC 2000: Artículos 323, 144; Ley del Registro Civil: Artículos 2, 3, 12, 15, 16, 18, 23, 24, 38, 43, 46, 95; Reglamento del Registro Civil: Artículos 85, 68, 154.1, 311 a 316. Código de familia argelino: Artículos 121 a 123; Mudawana marroquí: Artículo 83.3; Dahir 1-02-172 de 13 de junio de 2002 relativo a la promulgación de la Ley 15-01 relativa a la toma a cargo (Kafala) de niños abandonados: Artículos 2 y 17.

[Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil española de las adopciones internacionales. Ponente: La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.]

F.: *BOE*, núm. 207, de 30 de agosto de 2006.

Vide en este mismo número ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento e inscripción en el Registro Civil de las adopciones internacionales».

2. Protección de menores

2006-32-Pr

MENORES. RÉGIMEN DE VISITAS.—Progresivo inicialmente. Padre que reside en el Líbano. Acreditación del maltrato psicológico a la madre. No autorización a que la menor sea llevada al país de origen. Existencia de riesgo: inexistencia de convenio bilateral entre España y Líbano sobre traslado y retención de menores.

Preceptos aplicados: Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Tercero.—Pero la cuestión que realmente se plantea en esta alzada es la relativa a, una vez restablecida la relación entre el padre y la hija y creados los lazos necesarios para que la menor se encuentre segura y cómoda con su padre, si se ha de permitir o no que esas futuras visitas sean no tuteladas y, sobre todo, si puede el padre llevarse la menor con él a su país de origen.

El tema es complejo, pues se están entrelazando muy diversas cuestiones, como el derecho de los familiares paternos a contactar con la menor o el del padre de tenerla consigo un período de tiempo más amplio del que se prevé en el anterior apartado, y sin supervisión ajena, e incluso el derecho de la menor a conocer sus raíces (nació y vivió dos años en el Líbano) y tener contacto con su familia paterna, junto al riesgo reiteradamente denunciado por la madre de la alta probabilidad de que la menor no sea devuelta tras marchar al Líbano. (...)

Cuarto.—Como conclusión de todo lo dicho, no se ha de autorizar en ningún caso que la menor sea llevada al país de origen (Líbano).

No sólo porque el padre carezca de credibilidad en sus propósitos, a la vista de los resultados de los test practicados, como antes se ha expuesto, sino porque se trata de una situación de grave riesgo, que compromete seriamente los derechos más elementales de la niña.

Para concluir de tal manera se ha tenido en cuenta la situación social y política de tal país, en una grave crisis no superada, desde la guerra civil de los años noventa, sin una estructura social firme, dividido en clanes, y donde la comunidad a la que pertenece el padre desconoce derechos fundamentales a las mujeres, discriminadas jurídicamente en cuestiones tales como herencia, independencia personal o en el trabajo. Junto a ello, debe tenerse en cuenta que no existe un convenio bilateral entre España y Líbano sobre traslado y retención de menores, ni de efectividad de resoluciones judiciales dictadas en el otro país, y que el Líbano no ha firmado ni se ha adherido al Convenio de la Haya de 1980 sobre efectos civiles del traslado o retención ilícita de menores, así como de la ineficacia del exequátur, pues, en definitiva, no puede salir un menor del país si no lo autoriza el padre.

[Sentencia Audiencia Provincial Murcia núm. 73/2006 (Sección 1.ª), de 8 febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/161424.

Nota: 1. La SAP de Murcia de 29 de junio de 2006 afronta una de las múltiples vertientes del circular binomio «ejercicio transnacional del derecho de visita» y «sustracción interna-

cional de menores», que quedan reunidas por afectar fundamentalmente al derecho del menor a mantener relaciones personales periódicas con ambos progenitores cuando estos residan en Estados diferentes (art. 10.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en adelante CDN). Esta concreta tipología surge de la siguiente pretensión: organización en un Estado «occidental» del régimen de visita que mantendrá una menor residente en dicho Estado con el titular del derecho de visita (generalmente, el padre) que tiene su residencia habitual (RH) en un Estado de tradición islámica que no es parte de los Convenios de la Conferencia de La Haya en materia de protección de menores. Cada litigio, obviamente, es distinto en función de un conjunto inimaginable de factores (edad del menor, relaciones de éste con ambos progenitores, arraigo del menor y del progenitor no custodio en ambos Estados, posibles malos tratos del progenitor titular del derecho de visita hacia la madre y/o hacia el hijo, existencia de relaciones bilaterales convencionales o consulares entre Estados implicados, etc.). Sin embargo, se observan tres parámetros que reúnen a esta modalidad del binomio que puede denominarse «organización en un Estado occidental del derecho de visita transnacional que debe ejercerse en un Estado de tradición islámica»: 1.º) La especialidad del Derecho musulmán en relación a las cuestiones relativas al derecho de la familia conlleva un elevado riesgo de que el menor sea retenido ilícitamente por su padre en su Estado de origen tras finalizar el período de visita, seguido por la probable legalización del secuestro conforme al respectivo Derecho del Estado de refugio, traduciéndose en dos sentencias contradictorias; 2.º) Ausencia de instrumento internacional multilateral aplicable que logre la restitución del menor al Estado de su RH (aunque el CDN ha sido ratificado por los países musulmanes, su eficacia por varios motivos, como es sabido, es bastante limitada en éstos); 3.º) Difícil solución judicial que se inclina por adoptar conforme a la *lex fori* una serie de medidas limitativas del derecho de visita que prevengan la sustracción internacional del menor. Estos supuestos plantean muchas y muy difíciles cuestiones sobre las cuales se reflexionará al hilo de la resolución objeto del comentario.

2. Los datos de hecho que se desprenden de la sentencia son los siguientes: matrimonio entre española y libanes, celebrado en Líbano, lugar donde se establece la RH del matrimonio. Del matrimonio nace una hija que vive en el Líbano hasta los dos años. En el 2004 la mujer española se traslada a España con su hija y formula demanda de separación conyugal junto a la regulación de las medidas complementarias habituales en supuestos de crisis matrimoniales con hijos. El demandado se opone únicamente en relación a lo que se convierte en la cuestión controvertida: régimen de visitas. Mientras la demandante solicita unas visitas restringidas en el Punto de Encuentro Familiar (PEF), el demandado desea su normalización. La sentencia de instancia accede a la separación, atribuye la guarda y custodia a la madre, se pronuncia con normalidad respecto al resto de las pretensiones y, con relación al aspecto discutido, fija un régimen de estancias de la menor con su padre de manera que pueda desplazarse al Líbano durante las vacaciones escolares. La demandante apela la sentencia únicamente en la cuestión relativa al régimen de estancias y comunicaciones de la menor con su padre, siendo estimado el recurso. En el fallo se organiza el derecho de visita de manera restringida y progresiva: 1.º) Las relaciones personales directas se limitan geográficamente a España y de manera vigilada en el PEF junto a comunicaciones telefónicas semanales. Atendiendo a los informes respectivos de los profesionales del PEF se podrá restablecer el ejercicio no tutelado de esta modalidad de relaciones. En caso alguno se autoriza a que el padre pueda trasladar a la menor al Líbano con él y, en el supuesto de normalización futura de las relaciones personales directas, se adoptarán las medidas necesarias para evitar la sustracción.

3. No cabe duda que el resultado material final obtenido por la Audiencia es acertado, pero el camino seguido es discutible y criticable: «des-internacionalizador del caso», escasa calidad jurídica, y un «nacionalismo judicial» que, si desde luego no es desconocido en temas

de protección de menores, se acentúa aún más en litigios internacionales en los que, hoy por hoy, subyace un conflicto entre culturas.

4. La solución es acertada pues si bien padres e hijos tienen el derecho fundamental de relacionarse directamente, todos los textos internacionales que se ocupan de su regulación [que, como es sabido, son muy diversos, tanto en número como en naturaleza, alcance, y eficacia (vide, mi trabajo «Un nuevo instrumento internacional en la regulación del derecho de visita: El Convenio del Consejo de Europa sobre las relaciones personales del menor de 15 de mayo de 2003», *REDI*, vol. LVII (2005), 2, pp. 1166-1178)], coinciden en que el derecho puede ser suprimido o restringido en atención al interés del menor. Los requisitos que deben concurrir para tal limitación se resumen en tres: causas justificadas serias, medida proporcional, y en el caso que implique, la supervisión del ejercicio del derecho la temporalidad debe estar presente en su adopción. La decisión comentada cumple estos requisitos. En primer lugar, las circunstancias del caso exigían no una prohibición pero sí una restricción del derecho: existía un riesgo real de que el menor fuera retenido ilícitamente en el Líbano al finalizar el período de visita; no existe Convenio multilateral ni bilateral que nos vincule con el Líbano para obtener la restitución del menor a España; la resolución judicial sobre la custodia dictada en España no sería ejecutada en el Líbano por razones de orden público internacional; el Líbano es un Estado que se encuentra actualmente en una situación de des-estructuración política, económica y social grave; en caso de sustracción, las posibilidades de asegurar la restitución son bien limitadas: acudir a la vía diplomática sin demasiadas probabilidades de éxito (SAP de Barcelona de 21 enero de 2002), o abrir la alternativa a la cooperación internacional en materia penal teniendo en cuenta que tras la LO 9/2002, se tipifica de nuevo en el Derecho penal español el delito de sustracción de menores (art. 225 bis del CP). En segundo lugar, las medidas restrictivas adoptadas también satisfacen el requisito de la proporcionalidad, pues si bien la introducción y aplicación de restricciones territoriales al derecho de visita en el marco de los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 resultan inadecuadas y difícilmente articulables con el derecho a la libre circulación (vide, JIMÉNEZ BLANCO, P., «Modificación del régimen de visitas y solicitud de salida del menor de España», *AEDIPr.*, 2005, pp. 960-963), su adopción en los supuestos extraconvencionales está justificada en el interés del menor y sólo debe adecuarse la medida restrictiva a la causa que la justifica. La jurisprudencia española en este sentido es unánime, y en atención a la mayor o menor gravedad de la causa justificativa adopta una u otra medida limitativa (o varias) de las que le ofrece los artículos 103 y 158 3.º CC, mostrando una tendencia por la limitación espacial en el foro del ejercicio del derecho de visita combinada (o no) con la vigilancia del ejercicio del derecho [vide, AAP de Girona 26 de enero de 2004; SAP de Lleida 30 de junio de 2003 (JUR 2003/168162); SAP de Barcelona 30 de abril de 2002 (JUR 2002/185582); SAP Barcelona 21 de enero de 2002 (*La Ley Juris*: 1094001/2002); SAP de Murcia (Secc. 1.ª) 29 de junio de 1999 (JUR 1999/228271)]. Ahora bien, aunque la línea jurisprudencial española es bastante unívoca en estos litigios extraconvencionales, debe advertirse que la mayor parte de los casos resueltos no se ajustan al supuesto tipo aquí analizado, sino que se trata de litigios en los que el titular del derecho de visita, con mayor o menor arraigo en España, suele residir en nuestro país donde ejercita su derecho. El modelo que nos ocupa, por el contrario, se peculiariza precisamente porque el ejercicio del derecho de contacto personal debe llevarse a cabo en un tercer Estado y este dato espacial exige una adopción de soluciones especiales al supuesto. La solución final de la Audiencia, no obstante, se adecua a esta especialidad que, en definitiva, traduce el riesgo que justifica la restricción del derecho: visitas en el PEF (medida que es bastante excepcional) y limitación espacial del derecho a circular de la niña (por supuesto, no del padre). En tercer lugar, la temporalidad de la medida es el elemento que por dos razones avala la corrección del resultado: 1.º) Como principio general, en los supuestos en que el derecho de visita sea restringido a visitas tuteladas, el derecho del menor a relacionarse con sus dos progenitores exige que la

decisión judicial sea temporal, requisito que satisface la sentencia, en cuanto fija un régimen de visitas progresivo tendente a su normalización; 2.º) Especialmente, en el supuesto tipo que nos ocupa, la temporalidad de la medida adquiere una relevancia de suma importancia en atención fundamentalmente al interés del menor. Piénsese que si el titular del derecho de visita reside en un Estado distinto al de la RH del menor, difícilmente el menor podrá tener contactos con su familia paterna sino se traslada al Estado de la RH del progenitor no custodio (tampoco se podrá ejercer el derecho de los familiares paternos a tener contactos directos con la menor). Y es más, la temporalidad de la medida era completamente necesaria en el caso concreto, si se tiene en cuenta que la menor había nacido en el Líbano, tenía la nacionalidad libanesa, y más de la mitad de su vida había transcurrido en dicho país. Por tanto, su derecho a conocer sus raíces debía ser también debidamente protegido.

5. Aunque defendemos la adecuación del resultado final, la escasa calidad jurídica de la sentencia es realmente criticable por varias razones: 1) Se encuadra entre una de esas decisiones de nuestra jurisprudencia que ante la presencia de situaciones privadas con elemento extranjero llevan a cabo una «des-internacionalización», aplicando a las mismas, de manera apriorística, el Derecho privado español (vide, CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 7.ª ed., 2006, p. 14). En efecto, ambas instancias tratan el supuesto de hecho como si fuera un supuesto interno, eludiendo implícitamente afrontar las cuestiones de DIPr. que suscitaba el caso. En primer lugar, la correcta solución de la cuestión litigiosa exigía examinar y concretar los elementos de hecho acaecidos desde el momento en que se produjo la ruptura conyugal. Esta labor previa imprescindible en toda operación jurídica, no se realiza en ninguna de las instancias, observándose una seria incertidumbre sobre elementos de hecho relevantes en la resolución del supuesto (*ad. ex.*: ¿Cuánto tiempo hace que la esposa y la hija tienen su RH en España?; ¿consintió el esposo el traslado de la hija a España?). En segundo lugar, aunque las partes no lo planteen, la primera cuestión que debió examinar el tribunal es si poseía competencia judicial internacional para entrar a conocer de las pretensiones de las partes (art. 36 LEC 1/2000), pues la competencia de los tribunales españoles es el presupuesto del proceso (GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.). Pues bien, ambas instancias ignoran la cuestión, a pesar de que el demandado en un primer momento interpuso declinatoria internacional [(aunque, posteriormente, según la sentencia, desistió de ella y se sometió a los tribunales españoles (?))], y entran a conocer directamente del asunto sin fundamentación jurídica alguna. Debió resolverse sobre la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer del supuesto, aplicando las respectivas normas que regulan en nuestro sistema cada una de las pretensiones. El resultado de una correcta aplicación del conjunto normativo español en sede de competencia hubiera conducido a verificar la competencia del tribunal español para conocer de todas las pretensiones, concentrando el litigio en España (y con independencia de que las autoridades libanesas también habrían tenido también competencia *in casu* conforme a su respectivo ordenamiento jurídico). Así, respecto al divorcio resultaba aplicable en dicho momento el R. (CE) 1347/2000, que atribuía competencia al tribunal español *ex artículo 2.a*) en virtud de la RH del demandante en España cuando es nacional español si ha vivido allí al menos seis meses antes de la presentación de la demanda; con relación a las medidas de protección de la hija en común: custodia y derechos de visita (responsabilidad parental en términos del citado R.) resultaba también aplicable la normativa comunitaria aplicable a la separación, que atribuía competencia al tribunal español por acesoriedad al cumplirse el requisito de la RH de la menor en un Estado Parte (art. 3.1); respecto a la prestación de alimentos debido a la hija, en este caso, no siendo aplicable las reglas de competencia comunitaria *ad hoc*, esto es, R (CE) 44/2001 (por encontrarse el demandado domiciliado fuera de territorio comunitario, RH del demandado en el Líbano), el tribunal español debería haber acudido a la LOPJ, fundando su competencia en el foro especial del 22.3 LOPJ (RH del acreedor de alimentos en España). Finalmente, respecto a la pensión compensatoria, aunque presen-

te mayores problemas interpretativos, el tribunal podría haber acudido tanto al foro especial en materia de alimentos (art. 22.3 LOPJ) como, de manera más satisfactoria, a los foros especiales en materia matrimonial: demandante español con RH en España (vide, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., 2004, p. 411). Resuelto satisfactoriamente el problema de la competencia judicial internacional, el tribunal debió enfrentarse a la temida y compleja cuestión de la determinación de la ley aplicable al caso, cuestión que por supuesto ignoró en términos absolutos. Sin ánimo de detenernos en este punto, que escapa a todas luces de la presente nota, solo apuntaré que finalmente el supuesto quedaba sujeto, en mi opinión, a la *lex fori* en todas sus pretensiones (centrándose en los pronunciamientos principales, respecto al aspecto controvertido del litigio: el instrumento aplicable a los derechos de visita es el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores (RH del menor en España), que remite *in casu ex* artículo 2 a nuestra ley interna (ley interna del país de la RH del menor); respecto a la ley aplicable al divorcio (que se hubiera convertido en el aspecto más puntilloso): teniendo en cuenta todos los elementos de hecho y fundamentalmente que la separación no fue tramitada de manera consensuada, la aplicación del artículo 107 en su redacción vigente hubiera conducido en un primer momento a la ley libanesa (ley de la última RH común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside en dicho Estado), pero el tribunal español debería haber descartado dicha ley en beneficio de la ley española por concurrir la causa prevista en el artículo 107.2.II.c): efectivamente, el demandado pertenecía a la comunidad chiíta que se rige por el derecho jaafarite y conforme al mismo no sólo no existe la separación, al igual que en otros ordenamientos musulmanes, sino que el divorcio por causa de desavenencia entre los cónyuges no es admitido (vide GANNAGÉ, P., «Liban», *Juris-Classeur, Droit comparé*, 8, 1990, pp. 59-97, esp. p. 95). La segunda crítica que merece especialmente la sentencia es el excesivo nacionalismo judicial que trasluce en todo su *iter*, hasta el punto que en ciertos momentos parece que coloca al demandado en una situación discriminatoria y casi de indefensión. Esta actitud judicial posee especial relevancia en cuanto al tema central que nos ocupa, pues el tribunal comete, en mi opinión, un grave error en su argumentación jurídica, expresión del citado nacionalismo, y también de su mal hacer unido a limitaciones probatorias. Me refiero, concretamente, al hecho de que para fundar las limitaciones espaciales del derecho de visita del demandado, el tribunal se centra en reiterar que queda probado un maltrato psicológico del padre hacia la madre y que la personalidad del padre coloca a la niña en una situación de riesgo en el caso de que ambos ejercieran su derecho a relacionarse directamente con normalidad. Esta fundamentación es forzada y errónea. Es forzada por dos razones: 1.º Esta circunstancia no tiene un peso decisivo en las limitaciones del derecho de visita del padre (sí la tendría si los malos tratos físicos o psicológicos hubieran sido hacia la hija). Detrás de esta argumentación se trasluce claramente la intención del juez de «justificar» la criticable actitud de la progenitora española durante el proceso de crisis matrimonial (la actitud consiste en limitar unilateralmente los derechos de custodia y visita del progenitor, sitúa a la niña en la clandestinidad por temor a la ejecución provisional de la sentencia de instancia e interrumpe todo contacto entre el padre y la hija durante más de un año; 2.º El carácter del padre según queda probado por los informes periciales es: «*individualista, frío, solitario, con serias dificultades para transmitir afecto*». Esta descripción de las características del progenitor no justifican en caso alguno las limitaciones a su derecho de visita, y parece que el órgano judicial acude a este débil argumento porque no dispone de otro que desprestigie al demandado en su papel de progenitor *versus* la progenitora española. Considero más grave que el razonamiento sea incorrecto a que sea forzado, pues puede sentar una jurisprudencia bastante peligrosa en términos de inseguridad jurídica. En efecto, en los casos que hemos denominado «organización en un Estado occidental del derecho de visita transnacional que debe ejercerse en un Estado de tradición islámica», las limitaciones espaciales al primero deben adoptarse

siempre de manera justificada, y el elemento principal para su adopción debe ser el «riesgo real de que el menor sea retenido ilícitamente en el Estado de tradición islámica».

6. En definitiva, se ha comprobado que la SAP de Murcia de 29 de junio de 2006 resuelve con muy baja calidad jurídica el litigio, aunque la solución adoptada no deja de ser la más adecuada al interés de la hija *in casu*. Se alinea de este modo a la respuesta jurisprudencial que hasta el momento vienen recibiendo este tipo de litigios internacionales en Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tanto en la jurisprudencia francesa como en la jurisprudencia belga se aprecian los dos elementos que caracterizan a esta tendencia: 1.º) Acuerdan derechos de visita limitados territorialmente al foro y en espacios vigilados con objeto de prevenir la sustracción; 2.º) Muestran una tendencia sistemática a aplicar la ley del foro (vide, GOSSELAIN, C., «Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: Conventions bilatérales et Etats de tradition islamique», *Document préliminaire N.º 7 de septembre/octobre 2002*, Conferencia de La Haya de Derecho internacional, <http://www.hcch.net>, p. 3). En fondo, creo que se observa un deseo de imponer las concepciones occidentales que consideran más protectoras de la mujer y del menor *versus* las concepciones musulmanas.

7. Finalmente, no puede sino reconocerse que tanto la sentencia comentada como la línea jurisprudencial seguida en Francia y Bélgica traducen, en definitiva, una situación desoladora en la resolución de este tipo de litigios, que se muestran exponentes máximos del conflicto de civilizaciones. Revelan *in extremis* la ineficacia de los Ordenamientos jurídicos estatales para afrontar unilateralmente los retos de la multiculturalidad característica del siglo XXI y, sobre todo, que en los casos de crisis matrimoniales internacionales surgidas de matrimonios mixtos que ponen en contacto civilizaciones o culturas diferentes, el ejercicio normalizado del derecho del niño a mantener contactos directos con ambos progenitores es, hoy por hoy, casi una utopía.

8. No existen dudas acerca de que la cooperación internacional y el establecimiento de unos principios comunes en torno al interés del menor en un marco convencional que englobe los países de ambas civilizaciones es la única vía para resolver este tipo de litigios. Hasta el momento, el camino empleado ha sido la vía convencional bilateral, aunque la experiencia ha demostrado su ineficacia como regla general (vide, GOSSELAIN, C., «Enlèvement d'enfants...», *cit.*). Frente al reiterado fracaso, la solución actual se inclina por la revisión de los Convenios bilaterales (haciendo hincapié en las estructuras de mediación y en la incorporación de reglas de competencia judicial) y, fundamentalmente, por un enfoque multicultural de la cuestión que vincule a los países miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado con los Estados de tradición islámica. El principal logro alcanzado en este marco multilateral es lo que se conoce como «Proceso de Malta», dialogo entre los países miembros del Convenio de La Haya de 1980 y los países de tradición islámica, con objeto de establecer una serie de principios comunes en relación a los problemas que suscita el binomio «derecho de visita transnacional»/«sustracción internacional de menores» cuando se encuentran implicados países de los distintos círculos jurídicos. El Proceso se inició con la *Primera Conferencia de Malta (14 al 17 marzo de 2004) sobre las cuestiones transfronterizas del Derecho de familia* (en la que intervinieron países como Líbano, Argelia o Marruecos), y dio como resultado la «*Declaración de Malta*». Esta Declaración sirvió de base para la *Segunda Conferencia Judicial de Malta sobre cuestiones transfronterizas de Derecho de Familia (19-22 de marzo de 2006)*. Entre las Conclusiones adoptadas en la Declaración de la Segunda Reunión destacan: la necesidad de unificar las normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento/exequátur de las decisiones relativas a derechos de custodia y derechos de visita, incentivar la resolución amistosa de los conflictos, y establecer Autoridades Centrales como estructura principal de cooperación (vide, <http://www.hcch.net>). Los esfuerzos en el marco multilateral a través de la conclusión de este tipo de Declaraciones suponen, a pesar de no ser vinculantes, una primera etapa de un futuro proceso de armonización de culturas jurídicas sumamente difí-

cil, pero, en definitiva, un indiscutible proceso en aras a la realización efectiva del derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores cuando estos residen en Estados diferentes.

Sandra GARCÍA CANO

3. Documentos públicos extranjeros

2006-33-Pr

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

Preceptos aplicados: Artículos 8, 9, 10, 11, 12, 608, 1.217 y 1.462 del CC; artículo 4 de la LH.

Segundo.—(...) se ha de señalar la oportunidad de la precisión efectuada por el Tribunal de primera instancia en el fundamento de Derecho segundo de la sentencia recurrida acerca de que no debe perderse de vista que el objeto de discusión viene determinado por el contenido de la calificación realizada por el Registrador de la Propiedad de Puerto de la Cruz, pues como bien se dice, se impugna la resolución pero sólo cabe discutir sobre la calificación.

Tercero.—Así, el primer motivo del recurso hace referencia a dicha cuestión: la regulación en la legislación hipotecaria del acceso al Registro de la Propiedad de los títulos otorgados en país extranjero.

Con carácter previo, se ha de observar que la omisión resulta en cierto modo sorprendente, porque el motivo que señalaba la nota de calificación del Registrador para denegar la inscripción se fundaba precisamente en el artículo 4 de la LH; sin embargo, la sorpresa puede ser menor si consideramos, como afirmaba el Tribunal de primera instancia, que en la práctica la tesis de la DGRN conllevaría la inviabilidad absoluta de los títulos extranjeros para acceder al Registro de la Propiedad, conclusión a la que sólo cabe llegar ignorando la legislación registral.

Cuarto.—(...) hemos de comenzar por señalar que desde la perspectiva de la legislación vigente, en el ámbito de la adquisición del dominio y de los derechos reales, el Código Civil da un diferente tratamiento a la legislación registral y a la notarial, pues mientras que, por una parte, atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria (art. 608), naturalmente, la Ley Hipotecaria española, pues la publicidad registral de los inmuebles sitos en España se rige por la Ley Hipotecaria española, conforme al artículo 10 del Código Civil, por otra parte, el Código no hace una remisión similar a la legislación notarial, únicamente en el ámbito de la «prueba de las obligaciones» hay una remisión a la legislación notarial en el artículo 1.217 del Código Civil, al regular los documentos públicos a efectos de esa prueba, diciendo que «los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial», tampoco dice que se trate de la legislación notarial español, sino que, lógicamente, ha de ser la legislación notarial correspondiente a la ley que regule «las formas y solemnidades del contrato», conforme al artículo 11 del propio Código. (...)

La expresión «fuerza en España con arreglo a las leyes» recogida en el artículo 4 de la LH no puede interpretarse como sinónima de los requisitos formales y solemnidades exigidas al documento notarial español. (...). Es lógico, además, que con la expresión «tener fuerza en España con arreglo a las leyes» nos estemos refiriendo exclusivamente al ámbito de las nor-

mas de derecho internacional privado (...) porque se trata de un precepto regulador de un supuesto de Derecho internacional privado, cual es el documento otorgado en un país extranjero, y además se refiere a la fuerza de dicho documento extranjero en España, razón por la cual al fuerza la ha de dar la Ley que rige los requisitos de esos documentos en España, que son precisamente, los artículos 8 a 12 del Código Civil y el Convenio de Roma.

Así, en materia de capacidad ha de estarse a la ley de la nacionalidad, que en el caso de los otorgantes del documento de autos es la legislación alemana, y no la española, y respecto a ella es más conocedor el Notario alemán que el español. Respecto a la forma y solemnidad del documento ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 11 del Código Civil, sin que sea requisito imprescindible que cumpla con las formas y solemnidades de la legislación española, pues dicho precepto permite atenerse a la ley del lugar de celebración del acto, salvo en los casos de negocios solemnes como sería, por ejemplo, la donación de inmuebles. Respecto al estatuto real, ha de estarse al lugar de situación del bien, es decir, la legislación española. Y también es la legislación española la que rige la publicidad.

Así pues, el documento extranjero autorizado por Notario alemán cumple con los requisitos exigidos por el artículo 4 la Ley Hipotecaria, es decir, cumple con el requisito de «tener fuerza en España con arreglo a las leyes» cuando se adapta a las normas de derecho internacional privado, pues son las que regulan los requisitos del documento y del acto según los puntos de conexión establecidos en los artículos 8 al 12 del Código Civil y en el Convenio de Roma, sin que sean exigibles otros requisitos, formalidades o solemnidades, como serían las de la legislación notarial española, que por definición no son aplicables a dichos documentos, por no estar sometidos los notarios extranjeros a la normativa notarial española, ni tampoco limitarse la Ley Hipotecaria española a los documentos notariales españoles, dada la gran apertura del artículo 4 de dicha Ley. Todo ello se ve con mayor nitidez, si cabe, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, en cuyo último párrafo se instituye al Registrador como el órgano encargado del control de acceso al Registro de los documentos correspondiéndole la «calificación de los requisitos de la legislación extranjera sobre formas y solemnidades extranjeras y sobre aptitud y capacidad legal necesaria para el acto. (...).

Como complemento de estas atribuciones se plantea la posibilidad –o facultad– de subsanar la omisión de determinados requisitos formales a efectos de la inscripción en el Registro. (...).

Quinto.–(...) La tradicional regla del «locus regit actum», no es que haya sido relativizada por el apartado 2 del referido artículo 11, sino que éste la confirma al admitirse una pluralidad de criterios en materia de forma, y sólo se aplica la ley reguladora del contenido cuando las formas y solemnidades son exigibles «para la validez del acto», y aún así, lo único que exige es que el acto en ese caso se otorgue en la forma pública prevista en la legislación del contenido, pero no que se apliquen las solemnidades de la legislación notarial españolas, pues éstas nunca constituyen requisito para la validez del acto. Así por ejemplo en materia de donación de inmuebles, la legislación del contenido si es la española, establece la necesidad de otorgamiento en escritura pública, pero no dice que tenga que ser una escritura pública ante notario español. (...).

Sexto.–(...) De ello cabe derivar que el artículo 1.462.2.º del Código Civil no puede ser una norma internacionalmente imperativa porque ni siquiera es una norma imperativa interna, ya que el supuesto de tradición que invoca opera únicamente a falta de disposición expresa o tácita de las partes. (...).

Así pues, la «ratio» del artículo 1.462.2.º del Código Civil es la espiritualización de la tradición material o posesoria, entendiendo que la «forma solemne» de un acto, cuando se expresa lo contrario, equivale a la transmisión del dominio, sin requerir la entrega manual o la posesión material. Pues bien, si esa es la «ratio» inspiradora del precepto, y lo que cuenta es la solemnidad de la intervención del funcionario público y la espiritualización de la «tradi-

«tio» posesoria o material, es indiferente que el funcionario público sea español o extranjero, pues la solemnidad a estos efectos es la misma. (...).

Séptimo.—(...). En definitiva, las dos posturas alternativas por las que se puede optar parecen estar claras: o bien se aplica la legislación notarial española, elevándola a la categoría de norma de carácter imperativo, soslayando lo que se deduce de la legislación registral y de las normas de Derecho internacional privado, opción que si bien puede representar una mayor garantía para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, de hecho, cierra la entrada al Registro de la Propiedad español de las escrituras notariales extranjeras; o bien se facilita el acceso al mismo de esos documentos públicos asumiendo el Registrador funciones —que si bien no le son del todo extrañas en cuanto que están previstas en la legislación registral— deberá ejercer con más intensidad a lo que normalmente requiere la escritura otorgada ante Notario español. Es cierto que puede achacarse tanto a una como a otra postura el estar ancladas de alguna forma en el marco de una determinada política legislativa, pero desde el punto de vista de la interpretación y aplicación del Derecho, la segunda nos parece, en general, más acorde con el ordenamiento jurídico español y con las posiciones más aperturistas y europeístas que imbuyen la legislación más reciente, ello sin causar un excesivo deterioro a la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y a la vigilancia del cumplimiento de determinada normativa sectorial que tienen asignada los Notarios españoles.

[Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, de 22 de noviembre de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Fernando Suárez Díaz.]

F.: Inédita.

Nota: 1. En sentido estricto, una batalla es, según el Diccionario de la Real Academia Española, «una serie de combates de un ejército con otro, o de una armada naval con otra» (<http://buscon.rae.es/draeI/>, consultado el 23 de enero de 2007). De una manera más correcta, el Diccionario de uso del español de María Moliner (Madrid, 1970) la define como «cada episodio de una guerra en que se encuentran y luchan los ejércitos enemigos». Más allá de este sentido estricto utilizamos el término batalla como metáfora para referirnos a las disputas que se enmarcan en un conflicto más amplio. En este último sentido figurado la Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2006 es un episodio dentro de una de las batallas más interesantes que se han desarrollado en la tierra del DIPr.

Digo esto porque creo que la sentencia en sí no puede ser entendida más que en su contexto, que no es otro que el de un enfrentamiento de largo alcance, que trasciende el DIPr. y que puede tener como resultado una transformación significativa del Derecho privado español. En la presente nota me ocuparé más de este enfrentamiento que de la sentencia concreta, pues ésta, tal como señalaré a continuación, no es más que el punto final de un debate que ya ha producido dos decisiones ampliamente conocidas y comentadas. La exposición que seguirá en el punto dos no pretende más que informar a quienes se encuentren con este tema precisamente al leer esta nota y desconociendo los antecedentes de la Sentencia que comentamos.

2. Todo comenzó en el año 2004, cuando una nacional alemana residente en Alemania solicita la inscripción en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz, Tenerife de una escritura notarial alemana de compraventa sobre un inmueble situado en dicha ciudad. El Registrador de la Propiedad rechaza la inscripción por entender que el documento alemán carece de plena fuerza legal en España y ser el sistema español de transmisión por compraventa de la propiedad y demás derechos reales muy diferente del alemán. La calificación realizada por el Registrador fue impugnada ante la DGRN, que resolvió mediante Resolución de 7 de febrero de 2005 (*BOE*, 6-IV-2005, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2005/2452). En esta Resolución se mantuvo la denegación de

la inscripción del documento notarial alemán desarrollándose los escuetos argumentos de la nota de calificación redactada por el Registrador de Puerto de la Cruz.

Esta Resolución de la DGRN llamó profundamente la atención a la doctrina y al mundo jurídico en general, siendo objeto de un número relevante de comentarios (vide GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Traditio y escritura pública (Reflexión crítica a propósito de la doctrina de la DGRN contenida en las Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005), *La Ley*, num. 6322 de 20 de septiembre de 2005, D-208, vol. 4, pp. 1585-1589; SÁNCHEZ LORENZO, S., «La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *ibid.*, núm. 6425 de 20 de febrero de 2006, pp. 1-14; AÑOVEROS TERRADAS, B., «Effects in Spain of a deed of sale and Purchase of a Property, Located in Spain, Authorised by a German Notary Public», *Yearbook Private International Law*, 2005, vol. 7, pp. 277-282; ARENAS GARCÍA, R., «Denegación de la inscripción de un documento en el Registro de la Propiedad español por el hecho de ser extranjero», *AEDIPr.*, 2005, vol. V, pp. 337-349; HEREDIA CERVANTES, I., *CCJC*, 2006, núm. 70 (enero/abril), pp. 122-138) y de algún seminario como el organizado en Barcelona por la Asociación de Estudios Jurídicos Internacionales y el Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de Cataluña, que contó con la participación del profesor Sixto Sánchez Lorenzo, el Sr. Francisco García Mas, Notario español y Letrado adscrito a la DGRN, el Sr. Alfonso Candau Pérez, Registrador de la Propiedad español y el Dr. Peter Paul Ganzter, presidente de la Asociación hispano-alemana de juristas y notario alemán, precisamente aquél que había otorgado la escritura cuya inscripción se pretendía en el Registro de Puerto de la Cruz (vide la información sobre este acto de A. Font i Segura en este mismo número de la *REDI*). La existencia de todos estos elementos para la reflexión en torno a la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005 creo que excusa sobradamente que vuelva aquí sobre ella, remitiéndome a lo expuesto en las contribuciones que acabo de citar.

La parte interesada en la inscripción no se conformó con la Resolución de la DGRN que confirmaba la calificación del Registrador sino que impugnó ésta y aquélla ante la jurisdicción civil de acuerdo con lo previsto en los artículos 324 a 328 de la LH. La impugnación fue resuelta por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife por medio de Sentencia de 9 de marzo de 2006 (*Aranzadi Westlaw*, AC 2006/244). Comenté esta Sentencia en el número anterior de la *REDI*, por lo que me remito a lo allí expuesto sobre ella. Aquí basta, creo, indicar que la Sentencia anula la calificación del Registrador y la Resolución de la DGRN y declara la procedencia de la inscripción de la escritura notarial alemana. La decisión del Juzgado de Primera Instancia fue objeto de recurso de apelación ante la AP de Tenerife, resolviendo este órgano jurisdiccional mediante la Sentencia que aquí se comenta y que ratifica la decisión de instancia y mantiene, por tanto, la nulidad de la calificación del registrador y de la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005, así como la procedencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad del documento alemán.

3. En esta breve nota no me detendré en la pluralidad de argumentos que emplea esta Sentencia, pero ha de apuntarse que contiene gran número de desarrollos relevantes para el DIPr., más allá incluso de lo que sería preciso para resolver la cuestión planteada. Así, existe un claro pronunciamiento favorable a la admisibilidad en el Registro de la Propiedad de los documentos extranjeros; interpreta la exigencia de que tales documentos hayan de tener fuerza legal en España para poder ser inscritos y reconduce esta «fuerza legal» al cumplimiento de las exigencias de la normativa de DIPr., en concreto, a la aplicación de las leyes que vienen establecidas en nuestro sistema conflictual; y mantiene que el artículo 11 del CC debe interpretarse en el sentido de que la forma de los actos jurídicos ha de ajustarse a lo previsto en alguna de las leyes indicadas en el apartado 1 del artículo, y que en los casos en los que la ley rectora del contenido exija una forma solemne, ésta debe cumplirse, pero no necesariamente de acuerdo

con las formalidades previstas en la ley rectora del contenido; sino de acuerdo con lo establecido en cualquier derecho siempre que se trate de una forma equivalente a la exigida por la ley rectora del contenido del acto.

Nos encontramos, por tanto, con una decisión «aperturista», que rechaza la construcción de la «forma de control», fruto de la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005 y que implicaba que en los supuestos en los que se tratara de documentar un acto regido por el Derecho español solamente los notarios españoles podían realizar el otorgamiento. Se trata de un resultado que había sido adelantado por la doctrina que se había ocupado de la mencionada Resolución y que parece poner fin a tan discutida construcción, abriendo de nuevo nuestros Registros públicos a los documentos extranjeros otorgados por autoridades que cumplan funciones equivalentes a las de nuestros notarios. Se pone fin así a la batalla a la que me refería al comienzo de esta nota y en la que se disputaba sobre la posibilidad de que los documentos notariales extranjeros pudiesen acceder al Registro de la Propiedad español. La DGRN había mantenido la imposibilidad de este acceso, otorgando al Notariado español el monopolio en la producción de documentos capaces de ser inscritos en el Registro español, mientras que la jurisdicción ha devuelto la situación al punto en el que se encontraba antes de esta escaramuza, confirmando lo que ya era práctica habitual en nuestros Registros públicos, nada reticentes, por lo general, a la admisión de documentos extranjeros.

Desde la perspectiva del DIPr. esta vuelta a la apertura no puede ser más que valorada positivamente. La eficacia internacional de los documentos favorece el tráfico jurídico internacional y una doctrina que mantuviera la imposibilidad de la eficacia en España de los documentos notariales extranjeros supondría un grave retroceso en la facilitación de los intercambios internacionales. En tanto que instrumento destinado a favorecer tales intercambios, el DIPr. debe buscar las vías para conseguir dicha eficacia extraterritorial de los documentos, delimitando las condiciones que deben cumplir y el procedimiento que ha de seguirse en su reconocimiento, pero sin admitir la imposibilidad absoluta de su circulación.

Ahora bien, esta posición aperturista –obligada actualmente a partir de nuestro Derecho positivo, artículo 4 de la LH y 36 del RH– tampoco puede desconocer que en el Derecho español el Notario no es un mero legitimador de firmas o un transcriptor de lo que estipulan las partes. El Notario ha de realizar un control de la legalidad de los actos en los que interviene, debiendo negarse a prestar su oficio en caso de que lo que se le solicite no se ajuste a Derecho. Esta conclusión se desprende del artículo 145 del Reglamento Notarial (Decreto de 2 de junio de 1944; *BOE*, 7-VII-1944; *Aranzadi Westlaw*, RCL 1945/57), pese a que la doctrina registral muestre ciertas reticencias a admitirlo (vide, por ejemplo, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Planteamiento sobre la naturaleza y caracteres de la calificación registral», en *id.* (ed.), *La calificación registral*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Civitas, 1996, pp. 43-48, p. 45). De esta forma, la calificación de la autoridad encargada del Registro (Registrador de la Propiedad, Registrador Mercantil o Juez encargado del Registro Civil) se realiza a partir de un documento que ya ha debido ser «depurado» por el Notario, por lo que las garantías de corrección en lo que finalmente publica el Registro son mayores como consecuencia de este doble control de legalidad. En los casos en los que el documento que llega al Registro ha sido producido por un Notario extranjero es preciso reconocer que el control de legalidad que cabe presumir que ha realizado el Notario se habrá hecho a partir de un sistema de DIPr. diferente del español, aunque quizás según el mismo Derecho material que hubiera utilizado un Notario español, por lo que, a su vez, el control que haya de realizar la autoridad encargada del Registro al que acceda el documento habrá de ser más intenso que en los supuestos en los que el documento notarial ha sido producido por un Notario español (vide sobre esto ARENAS GARCÍA, R., *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, p. 207. La decisión que nos ocupa se ocupa de este extremo en el Fto. de Derecho séptimo).

Es precisamente la vinculación entre el problema que nos ocupa —el acceso al Registro español de los documentos notariales extranjeros— y el doble control de legalidad —notarial y registral— que prevé nuestro Derecho la que ofrece el contexto de la batalla en la que se inserta la Sentencia que comentamos. Tal como se acaba de indicar la admisión en el Registro de la Propiedad (y resto de Registros públicos) de los documentos notariales extranjeros justifica la necesidad de que el encargado del Registro realice un control de legalidad respecto a los documentos que se le someten. Esta intensidad del control del Registrador será mayor cuanto menos hayan sido los controles ejercidos por la autoridad extranjera que haya intervenido en el otorgamiento del documento, por lo que la admisión en nuestro Registro de cualquier documento extranjero, incluso los producidos fuera de los sistemas de Notariado Latino abogarían por realzar el papel calificador del Registrador respecto a los documentos que se le presentan. Si, por el contrario, se atribuye a los Notarios españoles el monopolio en la producción de los documentos extranjeros podría plantearse la reducción o, incluso, eliminación del control de legalidad que realizan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles respecto a los documentos cuya inscripción se solicita. La exclusión de los documentos notariales extranjeros de los Registros públicos españoles obligaría a justificar el mantenimiento del doble control de legalidad que ahora prevé nuestro sistema, enfrentándonos a la necesidad de privar de dicho control o bien a los Notarios o a los Registradores.

Esta lucha por la asunción del control de la legalidad en los actos y contratos que acceden a los registros públicos es la guerra en la que se inserta la batalla a la que me refería en el primer punto de esta nota; y también el contexto en el que hay que interpretar otras cuestiones abiertas en el ámbito jurídico español. Así, y sin ánimo de ser exhaustivo, el sentido de la nueva redacción del artículo 1 de la Ley de Organización del Notariado de 28 de mayo de 1862 que propone la Disposición Final Tercera del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria que se está debatiendo en las Cortes en el momento de escribir estas líneas (vide el texto del proyecto en el *BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, núm. 109-1, de 27 de octubre de 2006, <http://www.congreso.es/>, consultado el 23 de enero de 2007) o la interpretación de determinados contenidos de la propuesta de Anteproyecto de Ley de Navegación Marítima que se elaboró en el seno de la Comisión General de Codificación y que no fueron recogidas en el Proyecto de Ley presentado en el Congreso (ibídem, núm. 111-1, de 10 de noviembre de 2006), en concreto, los relativos a la atribución en exclusiva a los Notarios y cónsules españoles de la competencia para documentar determinados negocios (compraventa de buques españoles y constitución de hipoteca sobre buques españoles).

El lector añadirá, sin duda, otras cuestiones que pueden enmarcarse de manera implícita en este trascendente debate que se desarrolla en la línea de delimitación de las funciones notarial y registral. Por mi parte, sin embargo, me conformo con apuntar las cuestiones indicadas en el párrafo anterior para mostrar cómo los problemas específicos de DIPr. que origina el acceso de los documentos notariales extranjeros al Registro de la Propiedad español deben ser considerados en un contexto más general; algo así como sucede cuando dos ejércitos combatientes entran en una finca. Lo que hasta ese momento eran setos se convierten en muros de defensa, los sembrados en trincheras y los árboles en obstáculos al avance de la infantería contraria. De la misma manera preceptos como los artículos 10.1 u 11 del CC se transforman en instrumentos para un objetivo que trasciende al DIPr. y que tiene que ver con uno de los debates más profundos que afectan al Derecho privado español.

No es éste el lugar para entrar en dicho debate; pero sí apunto la necesidad de afrontarlo de una manera directa, pues no se trata de una mera confrontación corporativa. Más allá de los intereses profesionales que puedan tener Registradores y Notarios se encuentra la articulación de sus relaciones al servicio del sistema de publicidad registral; y éste, como es sabido, es un elemento fundamental de nuestro Derecho privado y de nuestro sistema económico. Existen actualmente circunstancias que aconsejan volver sobre la función notarial y registral. El desarrollo de la infor-

mática y las telecomunicaciones, el aumento en la intensidad del tráfico económico internacional como consecuencia de la globalización y la necesidad de armonización de ciertos sectores del ordenamiento jurídico por imperativos de la integración europea son todos ellos elementos que explican, seguramente, la necesidad de una reflexión nueva sobre el papel de Notarios y Registros. Creo que resultaría útil afrontarla de una manera directa y no perder la perspectiva general en enfrentamientos aislados que no contribuyen al debate racional.

4. Con esto concluye mi comentario a la Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2006. Tal como indicaba al comienzo mi propósito no ha sido el de volver sobre las diferentes cuestiones debatidas y que ya han sido tratadas en los diferentes comentarios escritos a la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005 y a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006, sino ubicar todas ellas en el contexto en el que se mueven, un ataque y contraataque en una guerra de ideas intensa y apasionante en la que está en juego una de las joyas del Derecho español: nuestro sistema de publicidad registral, fruto de un elegante engarce entre las funciones del Notario y del Registrador.

Rafael ARENAS GARCÍA

4. *Contrato de trabajo*

2006-34-Pr

CONTRATO DE TRABAJO.—Ley aplicable. Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a obligaciones contractuales. Autonomía material y autonomía conflictual: autonomía conflictual dependiente; alcance del pacto de autonomía material. Prueba del Derecho extranjero. Carga de su acreditación: parte interesada. Aplicación del Derecho español en defecto de prueba del Derecho extranjero.

Preceptos aplicados: Artículos 3.1, 3.3, 6.1 y 6.2 del *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*; artículo 12.6 CC.

(...)

Cuarto.—(...) *la cita genérica del Convenio de Roma no identifica a cuál de sus preceptos se refiere, cosa esencial, dada la complejidad de criterios que combina dicho texto legal en orden a determinar qué legislación resulta aplicable en las relaciones jurídicas con elementos de extranjería. (...)*

Es, este denominado «Convenio de Roma» la norma que determina la Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento de extranjería (...) En orden a determinar qué norma sea ésa cuya aplicación deben efectuar los órganos judiciales españoles conforme al Tratado de Roma hay que contar con las previsiones de sus artículos 3 y 6, que establecen, respectivamente, cuanto se va a decir. El artículo 3 acuerda que «1. Los contratos (...) 3. La elección por las partes de una Ley extranjera (...)». El artículo 6 señala que «1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la Ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la Ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo. 2. No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá: a) Por la Ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país».

Por lo tanto, de las reglas indicadas resulta, por lo que al presente litigio interesa, que, en caso de elección, expresa o tácita, de los contratantes a favor de la aplicación de la legislación de un determinado país, el contrato de trabajo se rige por la legislación elegida, siempre que no implique la renuncia a normas que hubieran resultado imperativas en caso de haberse aplicado la Ley que hubiera debido regir en el supuesto de que no se hubiera hecho tal elección. En defecto de opción, se aplica la Ley del país donde el trabajador esté llevando su prestación de servicios de forma estable.

Cuarto.—La Administración recurrente, no obstante admitir la aplicación en este caso de la «Disciplina» italiana de referencia, pretende no estar vinculada por el establecimiento de la paga extraordinaria contemplado en su artículo 25, defendiendo que en el contrato de los trabajadores se encuentra establecido un salario anual, cuya cuantía equivale a trece pagas de mensualidades ordinarias, decisión que sería reflejo de la voluntad de los contratantes de que sea el propio contrato el que regule esta materia salarial y no las legislaciones española o italiana, debiendo respetarse tal decisión por imperativo del principio de autonomía de las partes (...) Es decir, según la tesis de recurso es voluntad de las partes contratantes, derivada del principio de autonomía que les confiere el artículo 3 del Tratado de Roma, acordar la exclusión parcial de la legislación italiana a la que han acordado someterse a efectos de descartar el abono de la paga extraordinaria de junio establecida en la «Disciplina» de referencia.

Bajo esta tesis lo que se está planteando es ni más ni menos que la posibilidad de aplicar la Disciplina italiana a todos los aspectos de la relación laboral existente entre el Ministerio recurrente y la Sra. Imanol, salvo en materia salarial. Es decir, se pretende dar aplicación al Ap. 1 del artículo 3 del Convenio de Roma, el cual, ciertamente, permite que las partes sometan su relación a una determinada legislación, excluyendo, no obstante, la aplicación de esta última en algún aspecto de la relación laboral. Ahora bien, para que eso sea posible se requiere, como dice el apartado 3 del mismo artículo 3, que esta exclusión no afecte a disposiciones que se consideren imperativas conforme a la Ley italiana que rige el conjunto de la relación laboral. Lo que, en definitiva, remite a la posibilidad de que la normativa italiana contenga una cláusula de compensación en virtud de la cual el abono de las catorce pagas extras previstas en su Disciplina deje de hacerse efectivo si el salario fijado en contrato, considerado en su globalidad, es mayor que el derivado de la propia Disciplina.

Quinto.—Llegados a este punto surge un problema procesal de notable entidad: determinar a quién corresponde la carga de acreditar la existencia de una norma de las características citadas.

Como regla general, quien alega que una normativa a la que se han sometido las partes no es imperativa, sino que puede ser desplazada en materia retributiva por otras normas que permiten la absorción y compensación salarial, es también quien debe proceder a la acreditación del carácter no imperativo de aquella norma (art. 217 LEC). Por tanto, en este caso sería carga del Ministerio demandado, hoy recurrente, probar la existencia de esa norma italiana que atribuye carácter no imperativo al precepto de la Disciplina que establece la paga extra que se reclama en este pleito, ya que es aquella Administración quien pide que, en lugar de la Disciplina italiana, se aplique el Derecho español y las cláusulas de absorción salarial que en éste se contemplan.

Pero en el caso especial de que la prueba afecte al Derecho extranjero hay que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo. Al respecto el criterio recogido en las sentencias de casación para unificación de doctrinas de fechas 22 de mayo de 2001, —dictada en Sala General— y 25 de mayo de 2001, ha sido modificado por el de la sentencia de 4/11/04 —también dictada en Sala General—, volviendo a la tesis que ya expusiera la antigua sentencia del Tribunal Supremo de 16/3/99.

Ese cambio jurisprudencial toma como punto de partida la sentencia del Tribunal Constitucional 33/02, que se interpreta por el Tribunal Supremo en el sentido siguiente: «Analizando la doctrina que se contiene en la sentencia que se acaba de transcribir se observa que no se estima constitucionalmente aceptable que el Tribunal del Orden Jurisdiccional Social no lleve a cabo un pronunciamiento de fondo cuando no queda acreditada la legislación extranjera, en caso de que –como aquí ocurre– la norma de conflicto la señala como aplicable, pues en tal caso ha de aplicarse subsidiariamente la lex fori, la legislación laboral española. Esta es la verdadera razón de decidir de la sentencia constitucional, al margen de las argumentaciones complementarias que en la sentencia se formulan sobre la circunstancia concreta de que en este supuesto no debía hacerse recaer sobre la demandante los efectos desestimatorios de su pretensión por no acreditar la existencia y alcance de una norma extranjera, cuya aplicación ni siquiera invocó, sino que tales efectos adversos deberán recaer sobre la parte que invocó tal aplicabilidad, la empresa demandada. No obstante, el problema, como se ha dicho, no se resuelve por el TC aplicando los principios de la carga de la prueba y sus consecuencias sobre la pretensión, sino que la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva se aprecia al no haber suplido la Sala de lo Social del TSJ la realidad de la falta de prueba del Derecho extranjero con el Derecho español para resolver la controversia». Es decir, el Tribunal Supremo sostiene que, en caso de que se entienda que una relación laboral se rige por una Ley extranjera cuyo contenido no se encuentre acreditado en el proceso, la decisión judicial se tomará aplicando la normativa española, al margen de a quién hubiera debido corresponder la carga de probar tal regulación extranjera.

Por tanto, parece que el actual criterio del Tribunal Supremo nos llevaría en este caso a entender que, aun cuando la Administración recurrente no pruebe el carácter dispositivo de la eventual norma italiana que permitiría la exclusión parcial de las disposiciones en materia salarial contenidas en la Disciplina, esta posibilidad tendría que admitirse, ya que, por una parte, el Convenio de Roma permite la exclusión parcial de la Ley que rige la relación laboral elegida por las partes contratantes si la norma excluida no es imperativa, con el consiguiente desplazamiento de la Disciplina italiana en favor de las normas de Derecho español en material salarial, y, por otro lado, en el marco de nuestro ordenamiento el artículo 26.5 ET permite la absorción y compensación salarial cuando la retribución fijada en convenio supere la establecida legal o convencionalmente.

Sexto.–(...) en el contrato de la Sra. Imanol se estipuló que su régimen sería el «establecido por la legislación local vigente y la normativa que dicte el Ministerio de Asuntos exteriores de España sobre el funcionamiento interno de las representaciones relacionadas con la actividad». De donde se deduce que las partes han acordado el sometimiento de la relación laboral a la Disciplina italiana, sin excluir de ella la regla salarial referida al abono de la paga extra de verano. No parece posible admitir que se haya excluido la aplicación de la normativa de la Disciplina en materia de pagas extras. Expresamente nada se dice al respecto. Tácitamente tampoco se puede llegar a otra conclusión, pues, si el contrato señala que se rige por la legislación local y por determinadas normas ministeriales, dado que el contenido de tales normas ministeriales no consta probado, mal puede sobreentenderse que la mención que hace el contrato de trabajo a la normativa ministerial haya que interpretarla en el sentido de que permite suprimir una paga reconocida con arreglo a la norma extranjera que rige la relación entre las partes en caso de que el salario global fijado en tal norma sea inferior al pactado en contrato. (...)

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 109/2006 (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 13 de febrero. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María José Hernández Vitoria.]

F.: Aranzadi Weslaw, AS 2006/859.

Nota: 1. Los hechos que dan lugar a la *STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 13 de febrero de 2006* que comentamos son, sucintamente, los siguientes. Varios trabajadores prestan servicios por cuenta del Ministerio de Asuntos Exteriores, en dependencias de la Embajada de España en Roma (Italia), firmando en esta ciudad sus respectivos contratos de trabajo. En ellos pactan la competencia legislativa de la legislación local, en concreto, la denominada *Disciplina para las relaciones laborales de empleados de embajadas, consulados, legaciones, institutos culturales y organismos internacionales en Italia* (la Disciplina italiana), así como la normativa que dicte el Ministerio de Asuntos Exteriores de España sobre el funcionamiento interno de las Representaciones relacionadas con la actividad. Comoquiera que la Administración no había abonado ciertas retribuciones correspondientes a distintas pagas extras, los trabajadores de la Embajada reclaman ante la jurisdicción española los abonos que, según ellos, se les adeuda en atención a lo dispuesto en la normativa italiana referida. El juzgador de instancia les da la razón, procediendo al reconocimiento de su derecho a la paga extra de junio de 2004 en *Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid de 5 de octubre de 2005*. En unos casos, por entender que dicha pretensión ya estaba amparada por la figura de la cosa juzgada positiva: la mayoría de los trabajadores habían obtenido previa sentencia favorable reconociéndoles tal derecho, aunque para una convocatoria anterior. Y en otro, respecto de una trabajadora, con base en la regulación contenida en el artículo 25 de la Disciplina italiana. Frente a esta resolución el Ministerio de Asuntos Exteriores presenta recurso de suplicación, con base en lo que entiende que es un pacto en el contrato de trabajo entre trabajadores y Ministerio a favor de la recepción por parte de los trabajadores de sólo trece pagas y no las catorce que reconoce el Derecho italiano, así como, según se deduce de la sentencia comentada, la aplicación del Derecho español en la parte que determina proceder a la absorción y compensación salarial que sucede al estimar que la retribución fijada en el convenio supera la establecida legalmente. Este recurso fue desestimado.

De las cuestiones que se plantean en la sentencia, que se refieren fundamentalmente al caso de aquella trabajadora sobre cuya pretensión no había habido pronunciamiento previo, procederemos a comentar brevemente dos de ellas. Por una parte, la aplicación del *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* (CR) en orden a la identificación del régimen aplicable a los contratos de trabajo; en concreto, el juego de la autonomía de la voluntad material y conflictual en un ámbito como es el laboral, habituado a respuestas especiales. Y por otra, las manifestaciones del TSJ de Madrid sobre la aplicación del Derecho extranjero en el proceso, tema que en sede laboral recibe respuestas, en ocasiones, también distintas de las habituales que viene manejando la práctica jurisdiccional española al respecto. Todo ello en un ámbito que, de un tiempo a esta parte, viene siendo frecuente, como es el de las relaciones laborales en el seno de embajadas, consulados, organismos culturales y otros representativos del Estado español en el extranjero, de problemática interesante, como demuestran los temas que aquí nos ocupan y otros como, p.e., la proyección del principio de igualdad de trato entre trabajadores empleados por la Administración española en el extranjero (vide, p.e., *STSJ de Madrid (Sala social) de 28 de enero de 2003, Act. Lab.*, junio, 2003, con nota de GARDEÑES SANTIAGO, M., *REDI*, 2004-I, p. 387; o, más en general, ESTEBAN DE LA ROSA, G./MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Granada, 2002, pp. 100-111).

2. En cuanto a la ley aplicable, y tal como se recoge en la resolución que comentamos, el CR, régimen al que atiende el TSJ de Madrid (FD 4.º), remite a la ley italiana como normativa reguladora de las relaciones laborales a partir de un pacto de elección de ley incluido en el contrato. Cláusula ésta que plantea una serie de problemas, no tanto como vía de selección de la *lex contractus*, como cuanto a su alcance. En efecto, no parece haber dudas respecto de la remisión que se hace al Derecho italiano en ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por parte de trabajadores y Administración empleadora: primero, existe una cláusula de

elección de ley expresamente recogida en el contrato, según se deduce de la resolución (FD 2.º); segundo, los pactos en este sentido son admitidos en el artículo 6.1 CR siempre que la protección que les oferte la normativa elegida no se halle por debajo de la ofrecida por la ley aplicable en defecto de pacto, circunstancia que, como veremos, aquí no se debate; finalmente, la trabajadora planteó su demanda en términos de Derecho italiano, y tal como consta en la sentencia, la Administración recurrente no cuestiona sino que *admite* la aplicación de este ordenamiento jurídico (FD 4.º).

Ahora bien, asumiendo la aplicabilidad de la ley italiana, la Administración pone en duda el *alcance* del pacto, pretendiendo estar vinculada a su normativa en *todo* excepto en los aspectos relativos al salario, «...cuya cuantía equivale a trece pagas de mensualidades ordinarias [y no la catorce del artículo 25 de la Disciplina italiana], decisión que sería reflejo de la voluntad de los contratantes de que sea el propio contrato el que regule esta materia salarial...» (FD 4.º). Habría que ver, pues, visto lo visto, si efectivamente puede hablarse de un pacto material en este sentido.

Pues bien, aunque no se halla regulada expresamente en el CR (el art. 3.1 CR regula sólo el fraccionamiento voluntario del contrato), nada impide que prospere un pacto de elección de ley combinado con pactos o cláusulas específicas del contrato reguladoras en especial de aspectos concretos de la dinámica contractual (autonomía conflictual y material), siempre y cuando se verifiquen ciertas condiciones que, a nuestro juicio, no concurren en el caso que nos ocupa. Por un lado, es necesario que se verifique la voluntad clara de trabajador y empresa dirigida en este sentido. Y ni consta un pacto expreso, ni tampoco tácito: de la resolución no se deducen datos que permitan justificar el argumento de la Administración, más todavía cuando ésta no parece haberse esforzado en la prueba de la existencia de este consenso implícito (así lo entiende el TSJ de Madrid, FD 6.º).

Y, por otro, es necesario que el ejercicio de la autonomía material se lleve a cabo en el marco de un ordenamiento nacional previamente determinado, la *lex contractus*: será ésta la que determine el alcance del pacto material, los límites dentro de los cuales las partes pueden autorregular ciertos aspectos de su contrato, esto es, el pacto material relativo al salario (pagas extras) debe ajustarse a las normas imperativas internas (italianas) reguladoras de la relación laboral (VIRGÓS SORIANO, M., «Obligaciones contractuales», en GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1995, p. 149; nótese, en este sentido y con carácter general, lo que puede ser una cierta apertura del sistema en lo que es el juego de la autonomía de la voluntad material; piénsese, p.e., en las cláusulas de incorporación por referencia: frente al CR, que somete al filtro de una ley estatal la elección por las partes de, p.e., los Principios Unidroit, la *Propuesta de Reglamento Roma I*, COM, 2005, 650 final, cuyo art. 3.1 permite su elección directa; también es así en art. 9.2 *Convenio de México de 1994 sobre ley aplicable a contratos internacionales*). Ello significa que habría sido necesario verificar el carácter disponible o imperativo del artículo 25 Disciplina italiana a fin de decidir si los aspectos concretos relativos a las pagas extras pueden (o no) ser objeto de autorregulación, algo que no consta en la resolución. Por otra parte, el TSJ de Madrid, que sí hace referencia a la relevancia de esta naturaleza disponible o imperativa del artículo 25 de la Disciplina italiana (FD 4.º *in fine*), no lo hace, a nuestro juicio, en los términos y cauce correctos. Que el eventual carácter imperativo del artículo 25 de la Disciplina italiana pueda condicionar el alcance de un pacto material no resulta del tenor del artículo 6.2 CR, habida cuenta de que las normas imperativas (internas) de la ley aplicable en defecto de pacto coinciden, como veremos, con la *lex contractus*, con lo que el título de aplicación de la ley italiana resulta del artículo 6.1 CR y no del artículo 6.2 CR. Ni del artículo 3.3 CR, que es lo que de modo equivocado entiende el Tribunal (FD 4.º), dado que este precepto reclama la atención de las disposiciones imperativas internas respecto de supuestos puramente internos en los que se elija una ley extranjera, cosa que aquí no ocurre al ser un caso objetivamente internacional. En todo

caso, tanto en uno como en otro cauce, hablamos de normas laborales imperativas sólo a nivel interno, ya que el artículo 7 CR permitiría siempre la introducción de las normas materiales imperativas, que no es el caso.

En fin, para terminar, un breve apunte sobre la ley aplicable en defecto de pacto (aún existiendo pacto, la entiende como ley dominante del régimen laboral MOURA RAMOS, R. M., «El contrato individual de trabajo», en *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 1883-1905, pp. 1894-1986). El TSJ de Madrid, que sí hace referencia a las relaciones entre artículos 6.1 y 6.2 CR, no entra a valorar los niveles de protección del Derecho elegido y del Derecho aplicable en defecto de elección. Y ello es así, tal vez porque no se ha cuestionado la bondad de la ley italiana a la hora de proteger al trabajador, y menos cuando el artículo 25 Disciplina italiana concede una paga extra (rebatida desde la óptica de la Administración *ex* Derecho español, que es la normativa a la que acude; FD 5.º). O bien porque el TSJ de Madrid (y esto nos parece más probable, FD 4.º *in fine*), ha podido entender, como ya apuntamos, que, dado que los trabajadores prestan servicios en Italia, coinciden ley elegida y ley aplicable en defecto de pacto (*lex loci*), con lo que no tiene sentido la comparativa.

Ahora bien, cabe cuestionarse si una posible coincidencia de las nacionalidades de trabajador y Estado-empleador, como sucede en el caso, podría constituir elemento suficiente a la hora de desviar la remisión del artículo 6.2 CR desde la *lex loci* hasta la ley española como ley más estrechamente vinculada. A nuestro entender, para justificar un desvío de la *lex loci* sería necesario verificar la vinculación de todos los elementos relevantes del contrato con un Estado (p.e., trabajador captado en su mercado laboral, el español) a excepción, claro, del lugar de prestación del servicio (Italia, en nuestro caso), que habría de pasar por ser el único elemento de extranjería (así, GARDEÑES SANTIAGO, M., *cit.*, p. 404, a favor de la ley yugoslava como *lex loci*; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Madrid, 2004, p. 483). Circunstancias todas ellas que, de acuerdo con los datos (escasos) de la sentencia, no parecen concurrir en este caso, con lo que no podría considerarse una vinculación más estrecha con el ordenamiento jurídico español, entendiéndose, pues, la ley italiana como ley que sería aplicable en defecto de pacto *ex* artículo 6.2 CR a título de *lex loci*.

3. Visto el primer punto, veamos ahora brevemente las manifestaciones del TSJ de Madrid sobre la aplicación del Derecho extranjero en el proceso (FD 5.º). Dos cosas, una positiva y otra negativa. La primera. Aunque no hace una mención tajante y se limita a referir la *STC 33/2002, de 11 de febrero*, también vinculada al ámbito laboral, loable es, a nuestro juicio, la actitud del TSJ de Madrid que, siguiendo la última jurisprudencia en esta materia en sede social, no entiende la desestimación de la demanda como la mejor de las alternativas a la ausencia de prueba del Derecho extranjero (FD 5.º), y más en un ámbito como éste que se había pronunciado en aquel sentido en más de una ocasión (p.e., STS (Sala Social) 22 de mayo de 2001, *RAJ*, 6477; o STS (Sala Social) 25 de mayo de 2001, *RAJ*, 8698; en cambio, STS (Sala Social) 4 de noviembre de 2004, *RAJ*, 1056, que aboga por la *lex fori*; en la doctrina, pro desestimación, CARRILLO POZO, L., «El Derecho extranjero en el proceso de trabajo», *Rev. Min. Trab. y Asuntos Soc.*, núm. 62, 2006, pp. 13-57; sobre la no idoneidad de esta respuesta, por razones de índole procesal y razones vinculadas a la tutela judicial efectiva, por todos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional», *REDI*, 2002-I, pp. 205-223, pp. 209-212).

La negativa. A nuestro juicio, a lo bueno del alejamiento descrito debe unírsele lo no tan bueno de considerar, llegado el caso, la aplicación subsidiaria de la *lex fori* (FD 5.º). Por una parte, porque, en sí misma, esta respuesta presenta serias dificultades de encaje en el sistema, ya que, primero, el Derecho extranjero no se puede aplicar por falta de prueba, y, segundo, tampoco el Derecho español, habida cuenta de que la norma de conflicto, imperativa, reclama la aplicación de un Derecho extranjero (art. 12.6.I CC). Podría suponer, a la espera de un pronunciamiento más contundente por parte del Tribunal Constitucional (sus resoluciones al res-

pecto no son, por ahora, precisas en este punto; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *cit.*, p. 219, sobre la STC 33/2002), un posible vicio de inconstitucionalidad formal al alterar por un cauce incorrecto las fuentes del Derecho (CARBALLO PIÑEIRO, L., «El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal (y) constitucional», *AEDIPr.*, vol. I, 2001, pp. 485-504, pp. 493-494).

Y, por otra, porque detrás de la atención a la *lex fori* se halla la asunción del sistema clásico de tratamiento procesal del Derecho extranjero a instancia de parte, y, con ello, no valorar ir un poco más allá. Y es que, en ausencia de prueba del Derecho extranjero y con la intención de evitar respuestas habituales, de difícil encaje en el sistema, lo aconsejable podría ser, aún entendiendo como entiende el TSJ de Madrid que es a la parte interesada quien tiene la carga de acreditar el tenor y naturaleza del Derecho extranjero (FD 5.º, aunque en la resolución se deduce que es el propio juzgador el que indica que el régimen aplicable es el CR, FD 4.º), que sea el propio juzgador el que tome la iniciativa a través de los medios que el legislador dispone y traiga el Derecho extranjero al proceso, abra a las partes la posibilidad de debatir sobre sus normas, y, posteriormente, cargue con las costas derivadas de su averiguación a la parte que tenía el deber de acreditarla (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *cit.*, p. 221; se evitaría, además, la búsqueda deliberada de la *lex fori* como normativa que favorece a la parte interesada a través de la no-prueba de la ley extranjera, como indica, p.e., en *STSJ Madrid de 31 de mayo de 2004*, AS., 2347, algo que parece intuirse en el FD 5.º de la sentencia que comentamos). Más todavía si el juzgador se enfrenta a un sistema conflictual nacido en el seno de un Convenio internacional como es el CR. Piénsese que, en un contexto de unificación del D.i.pr. relativo a los contratos, no resulta fácil alcanzar un mismo resultado (llegar a la aplicación para el contrato de las normas materiales del mismo ordenamiento jurídico) cuando conviven sistemas de aplicación de oficio del Derecho extranjero con sistemas, como el nuestro, cuya aplicación es *de facto* a instancia de parte. Piénsese también en un contexto como éste donde se ofertan normas como el artículo 7 CR, a fin de atraer la regulación contenida en normas materiales imperativas, o, como es el caso que nos ocupa, normas como el artículo 6.2 CR, esta vez para atraer al contrato lo dispuesto en normas imperativas internas que conforman el sustrato de protección básico del trabajador (posible, *in casu*, art. 25 de la Disciplina italiana). Poder llegar a resultados semejantes, y, con ello, respetar las obligaciones internacionales derivadas de la voluntad común de los distintos legisladores, así como procurar el respeto de los objetivos que persigue una norma como la mencionada del artículo 6.2 CR de defensa de la posición del trabajador como contratante débil, pasaría en este contexto por cuestionar la doctrina clásica de tratamiento procesal del Derecho extranjero en favor de su aplicación de oficio (CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980», en *Contratos internacionales*, *cit.*, p. 136; BOSCHIERO, N., «Norme di diritto internazionale privato facoltative», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, pp. 540-588, p. 573). Posibilidad ésta que, con carácter general y tal como están las cosas al día de hoy en lo que a aplicación del Derecho extranjero se refiere, sólo parece posible a través de una reforma legal que establezca esta vía con contundencia, por otra parte, solicitada habitualmente (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *cit.*, p. 222).

Javier MASEDA RODRÍGUEZ

III. DIMENSIÓN INTERNA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

2006-35-Pr

CASACIÓN FORAL.—Competencia funcional del TSJ de Aragón. Recurso de casación por infracción de normas de Derecho civil común y Derecho civil aragonés. Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Preceptos aplicados: Artículos 28, 29 y 35.1.4.º del Estatuto de Autonomía de Aragón, artículo 152.1 CE, artículo 56.1 y artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 1.686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 3.1 CC.

«Se plantea ante esta Sala, si la competencia para conocer del presente recurso de casación, fundado conjuntamente en infracción de normas de Derecho civil común y de Derecho civil foral aragonés, interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, corresponde a esta Sala o, por el contrario, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (...) el problema surge porque la indicada Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón ha eliminado de su texto el contenido del antiguo artículo 29, pasando a ocupar este número de articulado el contenido del antiguo artículo 28, de la misma forma que ha sucedido con los artículos 27, 26 y 25, que pasan a recoger los contenidos de los antiguos artículos 26, 25 y 24 según dispone el artículo 2 de dicha Ley Orgánica de reforma. La consecuencia de todo ello es que el texto actualmente vigente del Estatuto de Autonomía de Aragón no contiene una expresa atribución competencial, en materia de recurso de casación civil por infracción de normas de Derecho foral, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, limitándose su artículo 29, reproducción del antiguo artículo 28, a establecer que «El Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto». Y como quiera que el artículo 73.1 LOPJ atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, la competencia para conocer del recurso de casación «siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución», y a su vez el artículo 1.686 LEC atribuye a estas mismas Salas la competencia para «conocer de los recursos de casación en los supuestos de infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas en cuyo Estatuto de Autonomía se haya previsto esta atribución», se suscitan serias dudas en torno a la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para seguir conociendo de los recursos de casación por infracción de normas de Derecho civil foral aragonés (...).»

[Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 6 de junio 2006. Recurso de Casación núm. 174/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2006/4557.

Nota: 1. El Auto de 6 de junio de 2006 de la Sala Civil (Sección 1.ª) del Tribunal Supremo vuelve a plantear, una vez más (Auto de 24 de febrero de 2004, recurso 5350/2000 y 13 de julio de 2004, recurso 454/2004), la competencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Aragón para conocer de un recurso de casación fundado conjuntamente en infracción de nor-

mas de Derecho civil común y Derecho civil foral aragonés (concretamente el art. 159 de la Ley aragonesa 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte) interpuesto contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza. La relevancia del mismo no se debe tanto al significado de la decisión que nos ocupa como al momento en que se produce, y sirve para realizar un repaso de las novedades acontecidas en la materia en la Comunidad Autónoma de Aragón.

2. La controversia acerca de la competencia del TSJ aragonés se convierte en una cuestión interpretativa que ha dado lugar a un intenso debate en torno a la supresión del artículo 29 del vigente Estatuto de Autonomía de Aragón por Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1982 de 10 de agosto de Estatuto de Autonomía de Aragón (*BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 1997*) y a la voluntad política de eliminarlo, y por tanto de renunciar a la casación foral. En su redacción originaria el artículo 28 del Estatuto de Autonomía aragonés señalaba al Tribunal de Justicia de Aragón como el órgano en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial y en el artículo 29 le otorgaba la competencia para conocer del recurso de casación en las materias de Derecho civil aragonés. De esta forma el TSJ de Aragón conocía de los recursos de casación foral hasta que se produjo la mencionada reforma en 1996.

3. Tal y como establecen los artículos 152.1 de la Constitución, 56.1 y 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 1.686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la competencia para conocer del recurso de casación fundado en infracción de normas de Derecho civil foral o especial se confiere a los Tribunales Superiores de Justicia cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto ésta atribución y así lo hacen los Estatutos de Autonomía de Cataluña, País Vasco, Galicia, Murcia, Valencia, Navarra, Extremadura e Islas Baleares. Sin embargo, el texto actualmente vigente del Estatuto de Autonomía de Aragón no reconoce dicha competencia funcional. Precisamente la ausencia de una referencia expresa a la atribución competencial de la competencia de la Sala de lo Civil del TSJ de Aragón resultante del reajuste producido en la enumeración de los artículos del Estatuto con la reforma de 30 de diciembre de 1996 (el antiguo artículo 28 ha pasado a ser el artículo 29, del que se ha eliminado su contenido) produce ciertas dudas acerca de su subsistencia.

4. En los siguientes años a la reforma del Estatuto tanto los órganos jurisdiccionales aragoneses (en Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 28 de febrero de 1997, Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, de 4 de marzo de 1997, y Auto del TSJ de Aragón, de 14 de abril de 1997) como el Justicia de Aragón (en Resolución dirigida a las Cortes de Aragón el 18 de marzo de 1997 instando a la reforma del Estatuto de Autonomía) optaron por una interpretación literal de los preceptos citados y atribuyeron la competencia en la materia al Tribunal Supremo. A pesar de ello no tardaron en manifestarse opiniones contrarias, a favor la competencia del TSJ, que calificaban la omisión del artículo 29 como «*un error material inintencionado*» (Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía presentado por 19 Diputados de las Cortes de Aragón el 1 de diciembre de 1997) y en ese mismo sentido se produjo el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto mediante Auto de 10 de febrero de 1998.

El Auto del Tribunal Supremo objeto del presente comentario, al igual que anteriores Autos de 24 de febrero y 24 de marzo de 1998, de 2 de marzo y 21 de diciembre de 1999, de 22 de febrero de 2000, de 24 de junio de 2003, de 24 de febrero de 2004 y 13 de julio de 2004, reproduce textualmente su primer pronunciamiento adscribiéndose a dicha tesis y, a pesar de la desaparición del artículo 29, declara subsistente la competencia de la Sala Civil del TSJ para conocer los recursos de casación fundados en infracción normas de Derecho civil foral aragonés.

5. Las razones que llevan al Tribunal Supremo a tomar esta decisión son varias y las novedades acontecidas en la materia ratifican su validez. Por un lado, señala que una primera aproximación interpretativa de las normas en juego nos llevaría a reconocer la ausencia de competencia del TSJ y subraya que la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de

Aragón para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, derivada de los artículos 149.1.8 CE y 35.1.4.º de su Estatuto de Autonomía, no puede ser tomada como criterio atributivo de competencia judicial. No obstante, apela a los elementos interpretativos establecidos en el artículo 3.1 del CC a la hora de valorar todos los factores en juego y resuelve la cuestión teniendo en cuenta, entre otras cosas, que Aragón ha sido uno de los territorios con Derecho civil propio con mayor vocación y desarrollo postconstitucional. En efecto, no podemos obviar la importancia que tiene para el correcto desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales la creación de una jurisprudencia que favorezca su continua adaptación a la realidad social y ayude a incrementar su conocimiento y revitalización.

Por otro lado, combina el hecho de que la redacción originaria del Estatuto de Aragón sí atribuyera expresamente la competencia en materia de casación foral al TSJ junto con la idea de que las reformas estatutarias producidas posteriormente se habían dirigido, en todo caso, a la ampliación de competencias de la Comunidad Autónoma y no a su reducción para concluir que, la eliminación del artículo 29 del Estatuto, se trata de un defecto de técnica legislativa subsanable por la vía de la interpretación. Y en función de todo ello otorga la competencia a la Sala de lo Civil del TSJ de Aragón .

6. Además de todas estas razones, debemos destacar la importancia que adquiere, a la hora de conceder la competencia sobre este tema al TSJ aragonés, la promulgación de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa (*BOA núm. 75 de 24 de junio de 2005, BOE, núm. 201, de 23 de agosto de 2005*) en tanto corrobora la relevancia de la jurisprudencia del TSJ como complemento del Derecho civil aragonés y podría haber supuesto un elemento decisivo en la resolución que nos ocupa. A este respecto no entramos a valorar la competencia del legislador autonómico para legislar sobre la casación foral ya que se trata de una polémica, que a nuestro entender, quedó zanjada tras el recurso de inconstitucionalidad 3141/1993 contra la primera Ley 11/1993, de 15 de julio, relativa al recurso de casación gallego, la STC 47/2004 que le pone fin, de 25 de marzo, y la subsiguiente aprobación de la Ley 47/2005, de 25 de abril del recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia (*DOG núm. 94 de 18 de mayo de 2005*; vide PARDO GATO, J. R., «La casación en las CCAA: la Ley 5/2005, de 25 de abril, del recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia», *AC*, núm. 8, abril de 2006).

7. Por último, no podemos finalizar este comentario sin aludir a la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía aprobada por las Cortes de Aragón en Sesión Plenaria celebrada el día 21 de junio de 2006 y remitida al Congreso de los Diputados, puesto que nos proporciona el fundamento definitivo para despejar este asunto. En el nuevo texto la reincorporación del contenido del artículo 29 por medio de su artículo 63.2 constituye la mejor prueba de la falta de voluntad política de suprimirlo y se erige como potencial criterio de atribución competencial a futuro.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI

2006-36-Pr

DERECHO INTERREGIONAL.—Calificación negativa de la Registradora de la Propiedad de una escritura de aceptación de herencia. Competencia de la *Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques*. Ley aplicable a la sucesión. Reenvío. Remisión *ad intra*. Determinación del Derecho civil español aplicable.

Preceptos aplicados: Artículos 7.2, 9.2, 20.1.e) Estatuto de Autonomía de Cataluña (1979); artículos 14.2, 129, 147.2 Estatuto de Autonomía de Cataluña (2006); artículo 149.1.8 Constitución; artículos 1, 2 Ley catalana 4/2005, de 8 de abril, de los recursos contra las calificación-

nes de los Registradores de la Propiedad de Cataluña; artículos 9.8, 12.2, 12.5, 15, 16.1 Código civil; artículo 111-3.1, apartado 2 Código civil de Cataluña; artículo 1 Convenio de La Haya de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias; artículo 17 *Loi portant le Code de droit international privé* (2004, Bélgica).

Fundamentos de Derecho

Primero.—Determinación de la competencia para la resolución del presente recurso.

1.1 *En el informe de la registradora se hace constar que esta Dirección general puede no ser competente para conocer y resolver el recurso porque no tiene por fundamento una norma de Derecho catalán sino la aplicación de las normas del reenvío, eso es, sobre las normas de conflicto que, en un supuesto concreto en el cual se plantean diversos puntos de conexión, determinan la aplicación o no del Derecho catalán. Conviene pues, que se plantee como cuestión de pronunciamiento previo, la determinación de la competencia de esta Dirección General para conocer sobre este recurso.*

1.2 *Por ello, en primer lugar es preciso atenernos a una interpretación finalista de la norma. El Estatuto de 1979 (art. 9.2) atribuía a la Generalidad la competencia exclusiva sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil y hoy, con más precisión, el artículo 129 del nuevo Estatuto le atribuye la competencia exclusiva «en materia de Derecho civil, excepto en las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado», estableciendo, además, en el artículo 5, que la Generalidad tiene una posición singular con relación al derecho civil con fundamento en los derechos históricos del pueblo catalán. Es evidente que esta competencia exclusiva debe ir acompañada de unos mecanismos propios para controlar la aplicación adecuada de este Derecho. De aquí viene que, por ejemplo, de acuerdo con el antiguo artículo 20.1.e) del Estatuto de 1979 la competencia de los órganos jurisdiccionales en Cataluña se extendiese, en el orden civil, a todas las instancias y grados incluido el recurso de casación en materia de Derecho civil catalán y que, ahora, el artículo 95 del nuevo Estatuto afirme que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es la última instancia de todos los procesos iniciados en Cataluña y de todos los recursos que se tramitan en su ámbito territorial, sea cual sea el Derecho invocado como aplicable y que le corresponda en exclusiva la unificación de la interpretación del Derecho de Cataluña. Igualmente, la letra e) del mismo apartado primero de aquel antiguo artículo 20 disponía que la competencia de los órganos jurisdiccionales en Cataluña se extendía a los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que tendrán que tener acceso a los Registros de la Propiedad; competencia que ahora, directamente, el nuevo artículo 147.2 atribuye a la Generalidad especificando que ésta tiene la competencia exclusiva en materia de régimen de recursos sobre la calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán. Ésta es, precisamente, la finalidad de la Ley 4/2005, de 8 de abril: la de garantizar la aplicación del Derecho catalán cuando corresponde. Y está claro que por medio de la aplicación correcta de las normas de conflicto se preserva esta aplicación.*

1.3 *Como hemos indicado en nuestras Resoluciones de 22 de mayo de 2006 y de 7 de septiembre de 2006 el punto de referencia debe ser el artículo 1 de la Ley 4/2005 ahora mencionada, según el cual «el objeto de la ley es establecer el régimen de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas de estos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes muebles de Cataluña, siempre y cuando se fundamenten, de manera exclusiva o junto con otros motivos, en una infracción de las normas del Derecho catalán», en cuyo caso el recurso se tiene que interponer ante la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, tal y como dispone el artículo 2 de la Ley 4/2005.*

1.4 *En el supuesto de este recurso se alegan, ciertamente, los artículos 9.8, 12.2 y 16.1 del Código Civil español, pero la alegación de estas normas tiene una finalidad del todo ins-*

trumental o accesoria siendo la cuestión principal que se debate la de si a una sucesión concreta le es de aplicación el Derecho catalán o no, y es indiscutible que no puede haber infracción mayor de las normas del Derecho catalán que dejar de aplicarlas cuando corresponde. Por otra parte, tal y como se indica en las dos resoluciones antes mencionadas, el artículo 1 de la Ley 4/2005, como tampoco el 147 del Estatuto, no otorgan ningún tipo de relevancia al hecho de que la infracción del Derecho catalán recaiga o no sobre la principal de las que han sido objeto de recurso. Es preciso subrayar, además, que a pesar de las alegaciones concretas a las normas instrumentales mencionadas, tanto la nota como el recurso tienen por punto central de discrepancia instituciones de Derecho catalán, en concreto, la naturaleza, cuantía y protección de la legítima y la interpretación de un llamamiento universal como institución de heredero en el testamento. No se citan los artículos concretos del Código de sucesiones, es cierto, pero la cuestión de fondo que constituye el objeto del recurso es la infracción de las normas de Derecho catalán que regulan aquellas instituciones.

1.5 *El hecho de que la determinación de las normas para resolver los conflictos de leyes sea de competencia del Estado de acuerdo con el artículo 129 del Estatuto y 149.1.8 de la Constitución, no comporta que esta Dirección General no sea competente para resolver el recurso que se plantea. Por si no es suficiente la razón finalista antes analizada, otra de economía procesal lleva a la misma solución: en caso de no ser competente para resolver qué Derecho es el que es preciso aplicar, una vez determinado por los órganos del Estado que el Derecho aplicable es el catalán se debería devolver el recurso a esta Dirección General para que resolviese sobre el fondo de la cuestión. En cambio, si esta Dirección General entendiese que el Derecho a aplicar no es el catalán, entonces sí que, previos los razonamientos adecuados, se tendría que abstener de resolver. Es preciso concluir, pues, que la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas es competente para conocer y resolver este recurso.*

Segundo.—Aplicación del Derecho catalán a la sucesión inmobiliaria de ROP, ciudadano belga residente en Cataluña en el momento de su defunción.

2.1 *La calificación negativa de la escritura y su mantenimiento por la registradora sustituta se fundamenta en que el Derecho belga protege mejor a los legitimarios que el catalán y, siendo el Registro de la Propiedad una institución de seguridad jurídica preventiva, no parece lógico ni admisible que se pueda utilizar el juego de las normas que regulan el reenvío resultando el beneficio de intereses de una sola de las partes. A pesar de eso, lo que es preciso resolver en este recurso no es tanto cómo hay que proteger en Cataluña la efectividad de la legítima que establece la ley de los belgas, sino si es de aplicación o no el Derecho civil de Cataluña.*

2.2 *De conformidad con el artículo 111-3.1 del Código civil de Cataluña, «El Derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se tengan que regir por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad». Por su parte, el artículo 9.8 del Código Civil español, como ley estatal que contiene las normas de conflicto para solucionar los conflictos de leyes, establece, con claridad, que «La sucesión por causa de muerte se rige por la ley nacional del causante en el momento de la defunción, sean cuales sean la naturaleza de los bienes y el país donde estén. Así mismo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados de conformidad con la ley nacional del testador o del disponente en el momento de otorgarlo conservan la validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se tienen que ajustar, si se tercia, a esta última».*

2.3 *De acuerdo con las normas de conflicto indicadas, la sucesión de una persona de nacionalidad extranjera muerta en Cataluña se ha de regir por su Ley nacional. Ahora bien, existe la posibilidad de que la Ley nacional de la persona extranjera adopte un criterio diferente al de la nacionalidad como puede ser el del último domicilio del causante. En este caso se produce un reenvío de la ley extranjera, aplicable según la ley española, a una ley tercera*

que, en hipótesis, puede haber optado por el criterio de la situación de los bienes y no ser coincidente, por tanto, ni con la ley de la nacionalidad ni con la del domicilio. Para evitar este juego, que puede reproducirse de manera consecutiva rompiendo el principio general de universalidad de la sucesión que rige nuestro Derecho, y también para evitar la aplicación de la ley extranjera en detrimento de la ley española en una sucesión que la Ley nacional del causante no considera adecuado que rija ésta porque remite a la Ley española, el Código Civil español establece al artículo 12.2 que «La remisión al Derecho extranjero se entiende hecha a la ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española».

2.4 Tanto la registradora como el recurrente alegan, en defensa de sus posiciones, las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996, de 21 de mayo de 1999 y de 23 de septiembre de 2002, según las cuales el reenvío es funcional y a través suyo es preciso buscar soluciones razonables y respetuosas hacia la norma de conflicto y tendría que excluir el fraccionamiento de la sucesión. Fraccionamiento de la sucesión que se daría si se le aplicasen leyes diferentes según el lugar donde estén. No es este el supuesto que es objeto del recurso porque la aplicación de la Ley belga lleva a la conclusión de que los tribunales belgas aplicarán a la sucesión de ROP la ley catalana en cuanto a los bienes muebles y a la totalidad de los inmuebles situados en Cataluña. Por tanto, la aplicación de la norma de reenvío es respetuosa hacia el derecho belga y no lo distorsiona porque otorga a la sucesión de referencia exactamente la misma unidad que le habría otorgado la Ley belga.

2.5 A partir de aquí es útil interrogarnos sobre cuál es la Ley española aplicable, ya que se trata de la sucesión de un ciudadano belga para el cual el estado de vecindad civil catalana es del todo irrelevante pese a su residencia continuada en Cataluña. El artículo 12.5 del Código Civil español establece que «Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el cual coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación de lo que es aplicable entre éstos se debe hacer de conformidad con la legislación del dicho Estado». Por otra parte, el artículo 16.1 del mismo texto legal dispone que «Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de diversas legislaciones civiles en el territorio nacional se resuelven según las normas que contiene el capítulo IV ...». De manera similar se expresa el artículo 17 del Código belga de Derecho internacional privado de 2004 mencionado antes. De estas normas se deduce que cuando una norma de conflicto de un estado extranjero remita a la legislación española, la determinación de la que es aplicable entre los diversos ordenamientos españoles es la española. Llegados aquí, es fácil deducir que, puesto que el conflicto de leyes se produce entre la Ley belga y la española teniendo en cuenta el punto de conexión de la situación de los inmuebles y de la última residencia habitual del difunto, puesto que tanto los unos como la otra están situados en Cataluña, las leyes españolas aplicables son las de Cataluña. Esta solución se ampara, además, en otros tres argumentos. Primero, el Derecho catalán es el Derecho español más próximo y mejor conectado al caso y es el derecho material más próximo a las autoridades, funcionarios o tribunales que lo tienen que aplicar. Segundo, el principio que establece el artículo 12.5 del Código Civil español es aceptado de manera general en materia de Derecho internacional privado no sólo por la doctrina que lo trata, sino también, por multitud de tratados internacionales entre los cuales parece suficiente mencionar el Convenio sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, ratificado por España en 1988, el artículo 1 el cual establece que «... si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en este sistema y, en su defecto, por el vínculo más efectivo que tuviese el testador con una de las legislaciones que componen el sistema», y está claro que este vínculo más efectivo es con la legislación catalana. Tercero, De acuerdo con el artículo 7.2 del Estatuto de autonomía de Cataluña (actual 14.2), y también de acuerdo con el artículo 111-3.1, apartado 2 del Código Civil de Cataluña, los extranjeros que adquieren la

nacionalidad española están sometidos al Derecho Civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra. Voluntad en contra que sólo se puede dar si puede elegir otra vecindad de las que prevé el artículo 15 del Código Civil. El señor ROP no adquirió la nacionalidad española, es cierto, pero de haberla adquirido, su vecindad civil habría sido la catalana necesariamente porque no podía acogerse a ninguno de los tres puntos de conexión diferentes al de la residencia.

[Resolución de 18 de septiembre de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques. Ponente: Xavier Muñoz Puiggròs.]

F.: DOGC núm. 4748 de 26 de octubre de 2006, pp. 44886-44890.

Nota: 1. ¿Cuál es el Derecho Civil español aplicable cuando nuestro ordenamiento debe regir una sucesión como consecuencia de un reenvío de primer grado o de retorno? Si la resolución que se va a comentar llama ya la atención por los temas que plantea la cuestión, cabe añadir que contiene asimismo un dato de gran interés: el órgano resolutorio no es la DGRN, sino la *Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques* (DGDEJ, en adelante), cuya competencia viene atribuida en la medida en que el recurso interpuesto se fundamente, de manera exclusiva o juntamente con otros motivos, en una infracción de las normas del Derecho catalán. Nuevamente la pluralidad legislativa, tan absurdamente desatendida, se filtra en supuestos internacionales, pero lo que es más importante, condiciona la unidad jurisdiccional, obligando a un replanteamiento en el nivel estatal del ordenamiento que se está viendo superado por normas de desarrollo constitucional, como el recientemente aprobado Estatuto de Cataluña.

La DGDEJ resuelve el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Torredembarra (Tarragona) denegatoria de la inscripción de unas escrituras de aceptación y adición de herencia de un ciudadano belga muerto siendo residente en Cataluña. El ciudadano belga, al que llaman ROP en la resolución, otorgó testamento en 1973 ante notario belga en la ciudad belga de Amberes. En el testamento, en previsión de que hubiera legitimarios al momento de su muerte, legaba y dejaba a la que más tarde sería su segunda esposa la mayor parte disponible en plena propiedad y en usufructo de todos los bienes muebles e inmuebles que habían de constituir la herencia a su muerte. Asimismo, establecía que la que pasaría a ser la segunda esposa del señor ROP, la señora AJMT, tendría el goce y disposición de los legados a partir del día de la defunción. El señor ROP falleció el 12 de febrero de 1998, dejando a una hija fruto de una anterior relación, y la señora AJMT aceptó la herencia ante notario español en julio de 2000. En junio y julio de 2004 un notario español autorizó sendas escrituras de adición de herencia en las que se inventariaron los bienes que formaban parte de la herencia situados en Cataluña. El notario aplicó Derecho sucesorio catalán, que establece una legítima *pars valoris* que constituye una cuarta parte del valor patrimonial de los bienes de la herencia. La aplicación del Derecho catalán era consecuencia del reenvío de retorno previsto en el artículo 12.2 CC, dado que la norma de conflicto belga dispone que la sucesión por causa de muerte queda regida por la ley del último domicilio, en lo que se refiere a los bienes muebles, y, en lo que se refiere a los bienes inmuebles, por la ley del lugar de situación. La presentación al Registro de la Propiedad de tales escrituras concluyó con una calificación denegatoria de la registradora al considerar que no procede aceptar el reenvío puesto que no se consigue una mayor justicia material con ello, considerando que la aplicación del Derecho catalán conllevaría conculcar los intereses de la legitimaria que no ha comparecido en la adjudicación de los bienes de la herencia, cuestión que se estima necesaria toda vez que en Derecho belga, la legítima es *pars bonorum* y, si hay un solo legitimario o descendiente, la legítima consiste en una mitad en pleno dominio de los bienes hereditarios. Es el Derecho belga, en consecuencia, el que, para la registradora, debe ser aplicado por efecto del artículo 9.8 CC.

La lectura de la resolución proporciona más elementos de los que hasta aquí se han reseñado y, por ello, merecería un largo comentario. Lamentablemente no será posible. Es sabido que para determinadas personas un espacio reducido puede tornarse en opresiva amenaza. Uno se hace cargo de tal angustia cuando se da cuenta de que al escribir estas palabras lleva ya malgastados 3.878 caracteres (con espacios). Por consiguiente, la nota va a limitarse a dos puntos. La competencia de la DGDEJ, por una parte, y la aplicación del Derecho catalán a esta sucesión, por otra. No obstante, no puedo resistirme a apuntar que una de las claves del asunto es la aceptación del reenvío y, más allá de otras consideraciones, hay un elemento que deja bajo sospecha el verdadero cumplimiento del principio de unidad de la sucesión. En las escrituras de 2004 se inventariaron los bienes que formaban parte de la herencia situados en Cataluña (vide Relación de Hechos II) y en el Fto. Segundo, 2.4, se declara que «los tribunales belgas aplicarán a la sucesión de ROP la ley catalana por lo que hace a los bienes muebles y a la totalidad de los inmuebles situados en Cataluña». ¿Solo se inventariaron los bienes *situados en Cataluña*? ¿Es que había bienes inmuebles en algún otro lugar? No podemos despejar la incógnita, pero recogemos la advertencia de CALVO VIDAL, I. A., cuando indica que la formación del inventario es una operación integrante de la partición, lo que impide una aceptación automática del reenvío (vide «Nota a la RDGRN de 18 de enero de 2005», *REDI*, 2005, 2, p. 1030).

2. La competencia de la DGDEJ en la materia deriva del artículo 20.1.e) del Estatuto de Cataluña de 1979, precepto que fue desarrollado en la Ley catalana 4/2005, de 8 de abril, de los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad de Cataluña, después de que la redacción del artículo 324.2 LH, en la versión dada por la Ley 24/2001, y la redacción de la disposición adicional 7.ª de la LOPJ, en la versión dada por la LO 19/2003, establecieran que la DGRN remitirá al órgano jurisdiccional competente los recursos gubernativos contra las calificaciones denegatorias de registradores de la propiedad basadas en normas de Derecho foral (*sic*), cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales radicados en la comunidad en que esté demarcado el registro. El efecto inadvertido por el legislador estatal era que esta remisión no permitía seguir la vía administrativa contra las calificaciones denegatorias de registradores de la propiedad basadas en el Derecho civil propio de la comunidad, puesto que el recurso gubernativo no iba a poder ser atendido por la DGRN. En consecuencia, el resultado fue que, cuando concurrían las circunstancias previstas en la norma, únicamente podía interponerse un recurso jurisdiccional. Con el fin de garantizar el acceso a las dos instancias, gubernativa y jurisdiccional, la mencionada Ley 4/2005 atribuye competencia a la DGDEJ cuando el recurso contra la calificación negativa se fundamente en normas del Derecho catalán. Merece la pena observar que las normas adoptadas por ambos legisladores no corren paralelas. Parece incluso percibirse descuido o ignorancia, por una parte, y recelo o desconfianza, por la otra. En efecto, cabe destacar que mientras el legislador estatal no advertía que las disposiciones aprobadas conducían a una limitación en el régimen de recursos, el legislador catalán atribuía la competencia al órgano administrativo autonómico cuando el recurso —y no la calificación negativa del registrador, como disponen las normas estatales— estuviera fundamentado «de manera exclusiva o *juntamente con otros motivos*, en una infracción de las normas del Derecho catalán».

En este supuesto la registradora pone en tela de juicio la competencia de la citada dirección general, argumentando que en el supuesto se discute sobre la aplicación de las normas relativas al reenvío y no sobre la infracción de las normas de Derecho catalán, sobre las que, por otra parte, reposan los fundamentos del recurso (vide Relación de hechos, puntos VII y VIII). La DGDEJ, en cumplimiento de la Ley 4/2005, se centra en el contenido de las alegaciones esgrimidas en el recurso, pero lo que hay que remarcar es el argumento sobre el que mantiene su competencia. Se debate, nos dice la DGDEJ, si a una sucesión concreta le es de aplicación o no el Derecho catalán, y no puede haber infracción mayor de las normas del Derecho catalán que dejar de aplicarlas cuando corresponde. Luego se añade a este argumento que

el punto central del asunto gira en torno a instituciones de Derecho catalán. Pero, ¿cómo sabemos si existe infracción de estas normas si no sabemos todavía si son de aplicación? Es verdad que nada constituye mayor infracción que el dejar de aplicar lo que corresponde, pero las normas que determinan la aplicación o no del Derecho catalán al supuesto, ¿son normas de Derecho catalán? Es igualmente verdad que lo que se discute es si es de aplicación el Derecho catalán (a un supuesto internacional), pero no es menos cierto que ello depende del artículo 9.8, del 12.2, del 12.5 y del 16.1. Si esto es así, ¿se puede asegurar que la alegación de estas normas tiene una finalidad instrumental o accesoria, tal como hace la DGDEJ? Es indiscutible que el punto central de la discrepancia es establecer si el Derecho catalán es o no de aplicación, pero también lo es establecer si el Derecho de los belgas es o no de aplicación. No obstante, no hay que olvidar que el legislador estatal al determinar si es de aplicación o no el Derecho de los belgas no cumple la misma función que la que desarrolla cuando determina si es de aplicación el Derecho catalán, o cualquiera de los Derechos civiles coexistentes en España. Aun admitiendo que la función desplegada no es exactamente la misma, ¿cabe deducir la competencia de la DGDEJ por el hecho de que se plantea si el Derecho catalán es el aplicado de entre los distintos Derechos civiles españoles que consituyen la pluralidad legislativa del ordenamiento español? ¿Debemos deducir la competencia la DGDEJ siempre que el Derecho catalán sea uno de los Derechos en presencia? Así, la sucesión de un belga con domicilio en Cataluña entre cuyos bienes hereditarios están bienes inmuebles situados en Cataluña y en Bélgica, ¿puede generar un supuesto que recaiga en la competencia de la DGDEJ? ¿Va a depender del recurso interpuesto? ¿Y si se trata de un causante belga que poseía bienes inmuebles en Vinaroz (Castellón-Comunidad Valenciana), por ejemplo, y San Carlos de la Rápita (Tarragona-Cataluña)? La solución prevista legal y jurisprudencialmente para el reenvío que tendría lugar eventualmente en los dos supuestos hipotéticos que se acaban de presentar es clara, no procede admitir el reenvío de retorno porque llevaría a un fraccionamiento en la regulación de la sucesión. Pero lo que se cuestiona es si el órgano competente es la DGDEJ, si lo es la DGRN o si lo son ambas direcciones generales, especialmente en el supuesto que el causante belga hubiera poseído bienes inmuebles en Castellón y Tarragona cuya inscripción en el Registro generara calificaciones negativas y el recurso se hubiera interpuesto contra ambas al amparo del Código Civil, en un caso, y del Código de Sucesiones catalán, en el otro.

Muchas preguntas, pocas respuestas. Lo que late en el fondo, y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ ha puesto recientemente el dedo en la llaga –vide «Derecho internacional privado europeo, plurilegislación española y Derecho interregional (o ¿para quién legisla el legislador autonómico de Derecho civil?)», *Dereito* (en prensa, agradezco la gentileza del autor para disponer del mismo), es que el ejercicio de una competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil difícilmente puede concebirse sin comprender asimismo la delimitación del ámbito de aplicación espacial. Sin embargo, esta es la previsión constitucional.

En suma, lo que con toda crudeza se pone de manifiesto son las dificultades para mantener la pluralidad legislativa en un todo coherente. Resulta difícil encontrar un punto medio (*aurea mediocritas*), equidistante del rígido encorsetamiento y de la dispersión incoherente. La competencia legislativa no se agota con la regulación material. Trascendiendo a tan importante cuestión, también se proyecta sobre el régimen de recursos o sobre la delimitación del ámbito de aplicación en el espacio, tal como se evidencia en esta resolución.

3. El otro punto al que me quería referir en este constreñido espacio en el que escribo, es el de la aplicación del Derecho catalán una vez se ha admitido que procede el reenvío de retorno. No importa ahora cuál es el órgano competente y cuáles son los argumentos que permitirían atribuir la competencia al mismo. El supuesto demuestra una vez más que la plurilegislación española condiciona la regulación de los supuestos internacionales, sin que la desidia del legislador estatal permita evitar los resquicios por los que aquélla se filtra. El reenvío de retorno supone la aplicación de un ordenamiento, el español, que es plurilegislativo y, por consi-

guiente, debe determinarse cuál de los Derechos civiles españoles es de aplicación, punto que, como es sabido, no está específicamente resuelto. El sistema conflictual español no establece norma alguna que prevea esta situación. En realidad, el artículo 12.5 CC fue adoptado para resolver aquellos casos en que el ordenamiento designado aplicable por la norma de conflicto española, sea un ordenamiento plurilegislativo y probablemente no fue concebido para resolver la remisión *ad intra*, pero procede su aplicación por analogía. A mi juicio, no cabe deducir, como parece hacer la DGDEJ (Fto. de Derecho Segundo, 2.5), la aplicación de la norma belga relativa a la remisión a sistemas plurilegislativos para establecer la solución que lleve a determinar cual de los Derechos perteneciente al ordenamiento plurilegislativo designado es el aplicable (igualmente SÁNCHEZ LORENZO, S. «Artículo 12 apartado 5», *Comentarios al Código Civil*, t. I, vol. 2.º, Madrid, 1995). Si así fuera debería aceptarse la remisión prevista en el sistema de Derecho internacional privado del ordenamiento al que pertenece la norma de conflicto extranjera. Tanto si esta remisión es indirecta, lo que no suscitaría ninguna interferencia, como si ésta fuera directa, lo que obviaría el sistema español de Derecho interregional para determinar el Derecho civil español aplicable. El artículo 12.2 CC admite únicamente, y con carácter excepcional, la aplicación de una norma de conflicto extranjera siempre que ésta designe como aplicable el Derecho español. Ahí acaba su cometido. La DGDEJ se envuelve en unos argumentos –que en ocasiones se contradicen entre sí– que esconden lo que podía haber sido fácilmente resuelto por el propio sistema. Quisiera resaltar únicamente que llama la atención el argumento que atiende no sólo al hecho de que el Derecho catalán es el Derecho más próximo –y efectivamente lo es–, sino que tiene en cuenta además que el Derecho catalán es el Derecho más próximo a las autoridades que lo tienen que aplicar. Si lo ponemos en relación con lo que se ha visto en el anterior punto (epígrafe 3), el argumento es circular: las autoridades administrativas catalanas son competentes porque el Derecho catalán es aplicable y el Derecho catalán es aplicable porque es el Derecho material más próximo a las autoridades competentes.

Sin embargo, todos estos argumentos eran, como dije, innecesarios. Efectivamente, la solución era simple. La norma de conflicto belga remite al ordenamiento español. El ordenamiento español es plurilegislativo, por lo que es de aplicación el artículo 12.5 CC, que insta, en un caso de remisión *ad intra* por efecto del reenvío, a aplicar el sistema de Derecho interregional (art. 16.1 CC). La sucesión por causa de muerte queda regida por la ley de la vecindad civil (art. 9.8 CC en relación con el artículo 16.1.1 CC) y al ser ésta indeterminada, por tratarse de un extranjero que evidentemente no puede ostentar vecindad civil alguna, acudimos al artículo 9.10 CC, que dispone que se considera como ley personal de los que tuvieren indeterminada su nacionalidad (o vecindad civil, en este caso) la ley de su residencia habitual (vide BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel», *Rec. des C.*, 1994, vol. V, t. 249, p. 329). Ergo, el Derecho catalán es el aplicable.

4. En definitiva, lo que esta resolución pone de relieve es que las normas de Derecho internacional privado en un ordenamiento plurilegislativo como el español no solo regulan supuestos de tráfico jurídico externo, sino que además gestionan la pluralidad interna. En efecto, se constata que la regulación de supuestos internacionales no puede ser ajena a la pluralidad legislativa inherente al ordenamiento español actual. En realidad, se lleva a cabo igualmente una función (constitucional) delimitativa de los distintos Derechos civiles españoles. Esto era evidente en el llamado sistema de Derecho interregional, especialmente desde que lo pusiera claramente de manifiesto A. ARCE JANÁRIZ, pero se constata ahora que de alguna manera esta función está también latente en la regulación del Derecho internacional privado, lo que no es una cuestión menor si tenemos presente que quien pronto va a adoptar normas en materia de Derecho internacional privado va a ser la Comunidad Europea y no el legislador estatal. Este cambio en el origen de la producción normativa no es por sí mismo ni bueno ni malo, pero hay que ser conscientes de ello, advertencia que extraigo de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. cit.*

