

## 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*.—II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL: 1. *Nombre de las personas físicas*. 2. *Protección de menores*. 3. *Adopción internacional*. 4. *Divorcio*. 5. *Sucesiones*.—III. DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL: 1. *Arbitraje*.—IV. DIMENSIÓN INTERNA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

### I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

#### 1. *Competencia judicial internacional*

2008-18-Pr

**RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.—Competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Abstención de oficio por falta de competencia judicial internacional. Ley aplicable a la responsabilidad de los administradores.**

Preceptos aplicados: artículos 104 y 105.5 LSRL y Reglamento (CE) núm 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000.

---

\* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2008-1. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en el año 2008. Colaboran en la presente crónica, Rafael Arenas García, Elena Artuch Iriberrí, Laura Carballo Piñeiro, Ángel Espiniella Menéndez, Josep María Fontanellas i Morell, Federico Garau Sobrino, Sandra García Cano, María Ángeles Lara Aguado, Nerea Magallón Elósegui, Nuria Marchal Escalona, Cristian Oró Martínez, Martín Pérez Dieste, Marta Requejo Isidro e Isabel Rodríguez-Uría Suárez, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Córdoba, Granada, Illes Balears, Lleida, Complutense de Madrid, Oviedo, País Vasco y Santiago de Compostela.

*Segundo. [...] Por tanto, si bien la competencia del Juzgado de instancia está justificada para el conocimiento de la acción de reclamación derivada del contrato de compraventa mercantil que vinculaba a las partes, no puede decirse lo mismo de las acciones de responsabilidad que se ejercitan contra los administradores de la sociedad, respecto a las que deberá estarse al principio general de que la jurisdicción competente es la del Estado miembro donde el demandado tiene establecido su domicilio, que es este caso no es otro que Portugal.*

*Tercero. [...] En el presente caso, la acción que la juez de instancia no estima, es la de responsabilidad de los administradores ejercitada al amparo de los arts. 105.5 de la LSRL en relación con el artículo 104 de la misma Ley, y aun cuando no se haya formulado oposición de contrario al ejercicio de dicha acción ante los Tribunales españoles, en cuanto que no se ha contestado a la demanda, ello no exonera de analizar si los tribunales españoles son o no competentes para conocer de tal acción, máxime cuando en el auto de fecha 4 de abril de 2003, no se hace un análisis específico sobre el particular.*

*La sociedad demandada tiene su domicilio social en Portugal (Chaves), los administradores de la sociedad codemandados igualmente tienen el domicilio en Portugal, lo que implica que la acción no ha sido correctamente planteada ante los tribunales españoles, pues, como se ha indicado con anterioridad, de acuerdo a las normas generales de competencia establecidas en el Reglamento Comunitario 44/2001, el juez competente para el conocimiento de la acción de responsabilidad de los administradores planteada en la demanda, sería el de la localidad en la que los administradores tienen su domicilio; el hecho de que inicialmente el Juzgado de instancia se declarara competente para conocer de la demanda, no es óbice para que, apreciado con posterioridad que entrar a conocer sobre una de las dos acciones que se ejercitan en la misma, afecta a las reglas relativas a la competencia judicial, no pueda declararse de oficio incompetente, cuando además dicha sociedad viene sometida, en cuanto a las causas de disolución y de responsabilidad de los administradores, a la legislación portuguesa, lo que hace inviable que pueda ser examinada la posible responsabilidad de los administradores a la luz de la LSRL española, sin que por todo ello se estime que pueda ser apreciada la vulneración invocada del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa y derecho a un proceso con todas las garantías, pues tales derechos no han sufrido merma alguna con la decisión tomada por la juez de instancia.*

**[Sentencia de la AP de León (Sección Tercera) de 7 de mayo de 2008. Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Pilar Robles García.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR/2008/303535.

**Nota:** 1. Una sociedad portuguesa es demandada en España, en concreto en La Bañeza (León), permanece en rebeldía y es condenada al pago de una determinada cantidad de dinero. Junto con la sociedad se demanda también a los administradores de la misma –que, parece ser, tampoco comparecen en el procedimiento–, solicitando que se les considere responsables solidarios de las deudas sociales de acuerdo con lo previsto en el artículo 105.5 LSRL en relación con el artículo 104 de la misma norma. Como es sabido, de acuerdo con estos preceptos los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada responden solidariamente junto con la sociedad por las deudas contraídas por ésta tras incurrir en causa legal de disolución, si no solicitan la disolución judicial de la sociedad o la convocatoria de la Junta para su disolución, tal como establece el apartado 4 de este mismo artículo 105 LSRL. El Juzgado de Primera Instancia de la Bañeza desestimó la demanda dirigida contra los administradores y el demandante apela ante la AP de León dicha desestimación. La AP confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia.

La decisión de la AP de León se basa en la falta de competencia de los tribunales españoles, pero también realiza una indicación clara de que el Derecho rector de las obligaciones de

los administradores sería el Derecho portugués en tanto en cuanto la sociedad es portuguesa. En el presente comentario nos ocuparemos brevemente de ambas cuestiones.

2. Tal como se acaba de indicar, la AP de León coincide con el Juzgado de Primera Instancia de la Bañeza en considerar que, si bien los tribunales españoles gozan de competencia para conocer de la demanda planteada contra la sociedad portuguesa, carecen de ella, en cambio, para pronunciarse sobre la acción de responsabilidad dirigida contra los administradores de la sociedad. Dicha incompetencia se basa en que el domicilio de los demandados se encuentra en Portugal, lo que, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento 44/2001, aplicable al caso, conduciría a la competencia de los tribunales portugueses y la paralela incompetencia de los tribunales españoles.

El razonamiento de la Audiencia es diáfano. Es cierto que el Reglamento 44/2001 parte de que el foro ordinario será el del domicilio del demandado, por lo que estando los demandados domiciliados en Portugal debe presumirse que los competentes son los tribunales portugueses. Ahora bien, es también cierto que existen otros foros competenciales en el Reglamento. De hecho, en el mismo caso que nos ocupa, los tribunales españoles se declararon competentes en relación a la demanda presentada contra la sociedad portuguesa, pese a que su domicilio se encontraba en Portugal, sobre la base del foro específico en materia contractual del artículo 5 del Reglamento. Es decir, no resultaría imposible que los tribunales españoles conociesen de la demanda dirigida contra los administradores si se encontrara base en el Reglamento para ello, pese a que su domicilio no se encontrara en España.

Y lo cierto es que existen elementos en el Reglamento que permitirían fundamentar la competencia de los tribunales españoles. Así, debemos considerar que la acción de responsabilidad que se dirige contra los administradores se concreta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 105 LSRL, en la solidaridad de éstos respecto a las obligaciones contraídas por la sociedad; esto es, en realidad la acción que se dirige contra los administradores es la misma acción de responsabilidad contractual que se dirige contra la sociedad, por lo que no resultaría imposible utilizar el mismo criterio competencial que ha servido para fundamentar la competencia de nuestros tribunales respecto a la sociedad para justificar la competencia en la acción de responsabilidad dirigida contra los administradores.

3. Así pues, de acuerdo con lo anterior podría resultar que los tribunales españoles sí resultasen competentes para conocer de la acción planteada contra los administradores de la sociedad portuguesa; pero aun dando por buena la incompetencia que sostiene el Juzgado de Primera Instancia de La Bañeza y la AP de León, se mantiene la duda de si resultaba posible legalmente apreciar de oficio dicha falta de competencia. Hemos de recordar que los demandados no habían contestado a la demanda, permaneciendo en situación de rebeldía. La parte apelante sostiene, precisamente, que el Juzgado de Primera Instancia de La Bañeza no podía apreciar de oficio dicha falta de competencia, caso que existiera.

Entiendo que, si asumimos que los tribunales españoles carecían de competencia (lo que, como acabamos de ver, dista de ser claro), el Juzgado de Primera Instancia podía –debía– abstenerse de oficio de conocer; tanto el Reglamento 44/2001 como el DIPr autónomo español justifican esta abstención. Desde la perspectiva del Reglamento comunitario, el supuesto se correspondería con el supuesto de hecho de su artículo 26.1, ya que se trataría de una demanda planteada en un Estado miembro contra una persona domiciliada en otro Estado miembro que no comparece. En un supuesto como éste, el artículo 26.1 del Reglamento 44/2001 obliga a la abstención de oficio del órgano jurisdiccional que carezca de competencia de acuerdo con el Reglamento. Esa misma solución sería predicable a partir del DIPr autónomo español si hubiera resultado aplicable al caso, ya que el artículo 36.2.3.<sup>a</sup> LEC establece la abstención de oficio del juez que se encuentra conociendo si el demandado emplazado en debida forma no comparece, cuando solamente la sumisión tácita pudiera dotar de competencia a los tribunales españoles; esto es, en aquellos supuestos en los que los

tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional y el demandado no comparece. De acuerdo con esto, por tanto, en caso de que los tribunales españoles careciesen de competencia para conocer de la demanda planteada contra los administradores de la sociedad portuguesa, hubiera resultado obligado abstenerse de oficio de conocer dada la falta de comparecencia de los demandados, tal como hizo el Juzgado de Primera Instancia de La Bañeza y ratificó la AP de León.

4. Pese a que el objeto del recurso es la impugnación de la declaración de incompetencia efectuada por el Juzgado de Primera Instancia de La Bañeza, la AP desliza entre sus argumentos una interesante referencia al Derecho que rige la acción de responsabilidad dirigida contra los administradores. En la parte final del Fundamento de Derecho Tercero se indica que la sociedad de que son administradores los demandados «viene sometida en cuanto a las causas de disolución y de responsabilidad de los administradores a la legislación portuguesa, lo que hace inviable que pueda ser examinada la posible responsabilidad de los administradores a la luz de la LSRL». No es aquí el lugar para desarrollar el tema del Derecho aplicable a la responsabilidad de los administradores, pero cabe apuntar que esta opción por la *lex societatis* como ley rectora de esta cuestión no deja de plantear dudas. De hecho, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 10 de mayo de 2007 [*Aranzadi (Westlaw)*, RJ 2007/4323] calificó un supuesto de responsabilidad de los administradores como extracontractual, determinando la aplicación del Derecho designado por el artículo 10.9 CC. Sin entrar ahora en las diferencias entre uno y otro caso, debe apuntarse que la delimitación de la *lex societatis*, la *lex contractus* y la *lex loci delicti commissi* no resulta evidente en los diferentes supuestos de responsabilidad de los administradores, por lo que deberá realizarse un estudio detallado de los distintos supuestos de responsabilidad, de los fines y naturaleza de cada uno de ellos y de la voluntad de aplicación de las diferentes normativas implicadas, sin que sea oportuno el recurso a soluciones taxativas o aparentemente intuitivas.

En el caso que nos ocupa, no parece discutible que la obligación de los administradores de, en su caso, solicitar la disolución judicial de la sociedad o la convocatoria de la Junta de Accionistas para proceder a dicha disolución debería regirse por la *lex societatis*. Ahora bien, no cabe desconocer que las consecuencias que el Derecho español y otros ordenamientos vinculan a este tipo de incumplimiento de los administradores es la extensión a los administradores de las obligaciones sociales, resultando éstos deudores solidarios junto con la propia sociedad. Teniendo esto en cuenta, no es descabellado plantearse en qué forma incidirá en el régimen de esta responsabilidad el Derecho rector de las obligaciones asumidas por la sociedad y en las que pasan a ser también deudores los administradores. El carácter meramente tangencial del tratamiento de esta cuestión en la Sentencia que aquí se comenta excusa un desarrollo más detallado del tema que, sin embargo, deberá ser objeto de atención por parte de la doctrina en un futuro inmediato.

5. En definitiva, la Sentencia de la AP de León de 7 de mayo de 2008 es una buena decisión en tanto que resuelve con solvencia los temas nucleares que se le plantean. Ahora bien, la claridad y contundencia de la argumentación no impiden que atisbemos algunos problemas que son muestra de las dificultades que es susceptible de plantear al DIPr el tratamiento de la responsabilidad de los administradores, tanto en el sector de la competencia judicial internacional como del Derecho aplicable. Es de esperar que en el futuro los operadores jurídicos afinen sus argumentos para extraer toda la problemática que subyace en este tema.

Rafael ARENAS GARCÍA

2008-19-Pr

**CONEXIDAD INTERNACIONAL.—Régimen autónomo. Efectos en España de un proceso conexo en Argentina. Condiciones para el recurso a la prejudicialidad civil.**

Preceptos aplicados: artículos 43 y 465.4 LEC.

*Segundo.* La cuestión relativa a la prejudicialidad civil surge debido a que determinadas normas de la República Argentina permitieron el pago de las deudas en moneda extranjera, y entre ellas en dólares USA, conforme a una equivalencia en pesos argentinos distinta de la cotización internacional de esta moneda, acogiéndose a ello el firmante del pagaré Latina de Gestión Hotelera, SA, que promovió ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial núm. 4 de Argentina un procedimiento ordinario contra D. Pedro Francisco por consignación judicial del pago del cheque, aplicando aquella normativa del pago de deudas en dólares USA mediante su equivalencia en pesos argentinos conocida como «pesificación», demanda a la que se opuso el Sr. Pedro Francisco, aunque aceptó bajo reservas y a cuenta de mayor responsabilidad la suma depositada; siendo este procedimiento el que ha dado lugar a la suspensión del juicio cambiario por prejudicialidad civil, en realidad prejudicialidad civil internacional.

Es importante resaltar que el demandante no reclama el importe total del pagaré, sino la diferencia entre la cantidad consignada en Argentina por el firmante Latina de Gestión Hotelera, SA y el importe del pagaré.

*Tercero.* El artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos obliga a pronunciarnos exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso, por lo que no abordaremos el sugestivo tema de la admisibilidad de la prejudicialidad civil internacional fuera del Reglamento CE 44/2001, que la contempla como conexidad en su Sección 9.ª del Capítulo II o de los convenios internacionales en que así la hubieran previsto. Lo que desde luego resulta inviable alegar es que el juicio cambiario es temporalmente anterior, lo que no es cierto, o una imposible acumulación de procesos de éste ante la Jurisdicción española al tramitado por el Juzgado argentino.

Y pese a ello, en una cuestión de una cierta dificultad, entendemos que no concurre un verdadero supuesto de prejudicialidad civil en los términos del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto el proceso argentino no vincula la decisión a adoptar en éste. Es necesario resaltar que el demandante no reclama el importe total del pagaré a la avalista, sino la diferencia entre la cantidad consignada por el firmante en Argentina y el importe real del pagaré, y por otra parte el procedimiento seguido en la República Argentina es de consignación judicial en pago del pagaré. Aunque en este procedimiento se admitiera que el firmante cumple con su obligación de pago mediante la consignación del importe efectuado, que es a lo más que se puede llegar pues la avalista NH Hoteles, SA no es parte en aquel procedimiento; la resolución dictada no resolverá si la avalista, una sociedad española, queda liberada por la diferencia entre la cantidad consignada por la firmante en Argentina y el importe real del pagaré, que es en el fondo lo que se discute en el procedimiento, pues como dijimos el demandante no reclama la parte del importe del pagaré objeto de consignación por el firmante en la República Argentina.

**[Auto de la AP de Madrid (Sección 21.ª) de 17 de junio de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillerme Ripoll Olazábal.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), AC/2008/1561.

**Nota:** 1. El auto objeto del presente comentario supone un nuevo ejemplo de las disfunciones que puede suponer, para los tribunales españoles, la preterición que la actual LEC

hizo del tratamiento procesal de determinadas instituciones cuando surgen en el marco de un proceso con elemento extranjero. Como es sabido, al establecer la regulación autónoma de la competencia judicial internacional en la LOPJ el legislador español olvidó ocuparse –entre otros extremos– de las normas de aplicación: control por parte del juez de su propia competencia judicial internacional, litispendencia y conexidad, o el tratamiento de la *derogatio fori*. Con la aprobación de la LEC se solventó la primera de estas cuestiones (arts. 38 y 39), pero el resto de instituciones siguen sin tratamiento legislativo específico. Por ello, las soluciones –de haberlas– han debido provenir de la jurisprudencia de nuestros tribunales.

2. Esta es la situación que caracteriza al expediente de la conexidad internacional: silencio por parte del legislador y situación de indefinición a nivel jurisprudencial en cuanto a su admisibilidad en nuestro Derecho autónomo. Como veremos, el auto que comentamos se ocupa de la conexidad, aunque abordándola mediante el instrumento de la prejudicialidad civil, regulado por el artículo 43 LEC. Debe subrayarse que los supuestos de prejudicialidad civil son equiparables solamente a los casos de conexidad cualificada, esto es, aquéllos en que un proceso constituye el antecedente lógico del objeto de otro proceso pendiente ante un órgano jurisdiccional distinto, de modo que aquel debe ser resuelto prioritariamente o de modo previo a la resolución de este último (*vide* AGUILAR GRIEDER, H., *Acumulación de procesos en los litigios internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 27), y no a los de conexidad simple, en los que no concurre dicho carácter de antecedente lógico.

3. Los hechos que dieron lugar al auto pueden resumirse como sigue. *Latina de Gestión Hotelera, SA* (en adelante, «LGH»), entidad domiciliada en Buenos Aires (Argentina), firmó un pagaré en favor del Sr. Pedro Francisco, pagaré que fue avalado por *NH Hoteles, SA* (en adelante, «NH»). El importe del pagaré fue consignado en dólares norteamericanos, y en el momento de su vencimiento, LGH se acogió a una normativa argentina que permitía la «pesificación» de las deudas en moneda extranjera, esto es, su conversión conforme a una equivalencia en pesos argentinos distinta de la cotización internacional de esta divisa. La entidad bonaerense solicitó dicha conversión instando ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial núm. 4 de Argentina un procedimiento ordinario contra el Sr. Pedro Francisco, y consignando judicialmente el pago.

El Sr. Pedro Francisco se opuso a dicha demanda, puesto que la cantidad consignada era inferior al importe del pagaré calculado conforme a la cotización internacional del peso argentino. Asimismo, y para satisfacerse de la diferencia entre el importe del pagaré y la cantidad consignada, promovió un juicio cambiario contra la avalista NH ante el JPI núm. 68 de Madrid. La representación de NH impugnó mediante declinatoria la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, petición que fue rechazada por el JPI mediante un auto en el que sin embargo declaró haber lugar a la suspensión de las actuaciones por prejudicialidad civil. D. Pedro Francisco recurrió en apelación ante la AP de Madrid, que emitió el auto que comentamos.

4. La AP ciñe su análisis a la cuestión objeto del recurso de apelación: la suspensión de las actuaciones por prejudicialidad civil internacional. Adelantemos ya que la decisión de la AP es estimatoria del recurso, al entender que no ha lugar a la suspensión de las actuaciones. No obstante, lo interesante es la motivación de la decisión: la AP rechaza la posibilidad de suspender las actuaciones no como cuestión de principio, sino por entender que *in casu* no concurren los requisitos para que pueda admitirse la prejudicialidad civil en el sentido del artículo 43 LEC. La AP subraya que el proceso español versa no sobre el importe total del pagaré, sino sobre la diferencia entre su importe real y la cantidad consignada. La AP añade que el proceso argentino tan sólo puede determinar el valor liberatorio de la consignación judicial en pago por parte de LGH; pero sea cual sea su decisión, la misma no resolverá si NH –que ni siquiera es parte en aquel procedimiento– debe responder por la citada diferencia en el importe del pagaré. La conclusión de la AP es que «el proceso argentino no vincula la decisión a adoptar en éste».

Consideramos importante remarcar que tal conclusión es discutible: parece difícil sostener que la solución de un proceso relativo al pago por parte del deudor avalado no tiene efecto alguno sobre la obligación del avalista. Si la «pesificación» supone una disminución de la deuda desde la perspectiva del Derecho argentino, parece que la consignación del importe «pesificado» extinguiría la deuda principal, y por ende, también la obligación de NH; en efecto, el principio según el cual en ningún caso el avalista puede responder por un importe superior al que corresponde al avalado es común a los Derechos español (por aplicación de los arts. 37 de la Ley Cambiaria y del Cheque y 1826 CC, como señala INFANTE RUIZ, F. J., *El aval cambiario. Principios fundamentales y régimen de excepciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 167) y argentino (*vide* GÓMEZ LEO, O. R., *El pagaré*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 239-240). En consecuencia, a nuestro entender, sí habría conexidad entre ambos procesos, con lo que cabría admitir la prejudicialidad. Con todo, esta es una cuestión difícil de resolver de modo claro sin determinar cuál es el Derecho material aplicable al pagaré y a la obligación de NH, extremo que desgraciadamente la AP no entra a analizar.

5. Sea como fuere, lo interesante del presente auto es que *a contrario* supone que la AP de Madrid parece admitir la posibilidad de acudir al expediente de la prejudicialidad civil en supuestos de conexidad internacional, siempre y cuando se den los requisitos que prevé el artículo 43 LEC, esto es, cuando «para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante [...] distinto tribunal civil». Así pues, la AP admitiría que en los supuestos de conexidad internacional debe poderse acudir a la regulación de la prejudicialidad civil para suspender el procedimiento hasta que finalice el proceso seguido en el extranjero (puesto que la acumulación de autos, retenida como solución preferente por el artículo 43 LEC, es por definición imposible cuando los dos procesos se sigan ante tribunales de diferentes Estados). A nuestro parecer, por «distinto tribunal civil» cabe entender un tribunal extranjero, puesto que el artículo 43 LEC ha sido interpretado ampliamente, considerando que existe prejudicialidad incluso cuando el problema prejudicial se enjuicia en sede no jurisdiccional, ante un árbitro (*vide* REYNAL QUEROL, N., *La prejudicialidad en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 286-290).

No cabe sino acoger favorablemente esta interpretación, que parece decantarse –a pesar de que la propia AP asegura que «no abordaremos el sugestivo tema de la admisibilidad de la prejudicialidad civil internacional fuera del Reglamento 44/2001 [...] o de los convenios internacionales»– por introducir en nuestro Derecho autónomo una solución a los supuestos de conexidad internacional por la vía de la regulación de la prejudicialidad civil. Esta valoración no es óbice para que mantengamos que sería preferible una regulación específica de los supuestos de conexidad internacional, que tuviera en cuenta la problemática específica que presenta esta institución, así como la consecuencia jurídica más adecuada para cada supuesto: suspensión o inhibición (para un extenso estudio de la cuestión y una propuesta *de lege ferenda*, *vide* AGUILAR GRIEDER, H., *op. cit.*, pp. 261-340). Sin embargo, en defecto de previsión legal, el recurso al expediente de la prejudicialidad nos parece adecuado, puesto que permite solventar la problemática de la coexistencia de procedimientos conexos ante un tribunal español y otro extranjero utilizando el mecanismo *a priori* más apropiado y flexible: facultar al juez para que –a instancia de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria– suspenda si lo considera conveniente, especialmente a la vista del estadio en que se encuentre el proceso en el extranjero, y valorando si la dilación que dicha suspensión acarrea se ve contrarrestada al evitarse el riesgo de decisiones inconciliables. En definitiva, el artículo 43 LEC no es la solución ideal, pero ofrece una vía ante el actual silencio legislativo respecto del complejo problema de la conexidad internacional. En un sentido muy similar, el recurso al artículo 43 LEC para resolver los supuestos no de conexidad, sino de litispendencia internacional, fue sugerido en nuestra doctrina por GARDEÑES SANTIAGO, M., «Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 315-337, pp. 328-332.

No obstante lo hasta aquí expuesto, el alcance efectivo de una posible interpretación en este sentido seguirá siendo una incógnita mientras no exista una resolución que se pronuncie claramente a favor del recurso al artículo 43 LEC en los supuestos de conexidad internacional, en un caso en que concurran los requisitos para que exista prejudicialidad. Parece razonable mantenerse algo escéptico ante la idea de que los tribunales españoles estén dispuestos a acudir a este expediente para solucionar los supuestos de conexidad, máxime teniendo en cuenta que se han mostrado reacios a admitir incluso el supuesto más claro de la litispendencia, en el que los procesos no presentan una simple conexión, sino que coinciden en partes, objeto y causa [como es sabido, tradicionalmente se ha sostenido que en ausencia de instrumento internacional la litispendencia no es admisible, aunque existe una sentencia reciente (STS de 23 de febrero de 2007) que parece admitir implícitamente la posibilidad de acogerla; con todo, el razonamiento del TS no es precisamente diáfano, por lo que la doctrina se ha mostrado cauta a la hora de valorar el alcance real que puede tener este cambio en la argumentación de los motivos de oposición a la admisibilidad de la litispendencia internacional: vide las notas de GARDEÑES SANTIAGO, M., *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 904-907, p. 906, y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *REDI*, vol. LX, núm. 1, 2008, en prensa, así como REQUEJO ISIDRO, M., «Lis pendens in Spain (autonomous PIL)», en el *blog* [www.conflictoflaws.net](http://www.conflictoflaws.net), entrada correspondiente al día 22 de octubre de 2008]. Asimismo, el hecho de que el Auto comentado haya sido dictado por una AP, y no por el TS, puede contribuir también a que su alcance se vea limitado.

6. Concluamos, pues, expresando nuestro deseo de que lo que aquí se plantea como una posible vía abierta mediante una interpretación *a contrario* se llegue a plantear en algún supuesto futuro de modo positivo, de modo que nuestros tribunales puedan abordar la posibilidad de solucionar los supuestos de conexidad internacional recurriendo a la regulación de la prejudicialidad civil.

Crístian ORÓ MARTÍNEZ

2008-20-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–Procedimiento monitorio. Conflicto negativo (interno) de competencia.–Reclamación de deuda a demandada domiciliada en Roma (Italia) por impago de cargos realizados con tarjeta de crédito expedida en Madrid.**

Preceptos aplicados: artículos 50.2, 813 LEC, 10.5 CC.

*El presente conflicto negativo de competencias plantea la cuestión de la aplicación de la norma establecida en el artículo 813 LEC cuando el demandado no tiene domicilio en España y no puede ser hallado en el territorio nacional. La regla contenida en esta disposición tiene, entre otras, dos finalidades: el conocimiento del demandado de la interposición de la demanda para evitar la indefensión, y facilitar un lugar clave para poder proceder al embargo de los bienes, en el caso de prosperar la demanda. En este caso, consta en la propia demanda que la deudora tiene su domicilio en Roma, dentro, por tanto de la Unión Europea, si bien la demanda tiene como origen una tarjeta de crédito domiciliada en España, concretamente, en Madrid.*

*En el presente supuesto debe partirse de la competencia de los Tribunales españoles para conocer la reclamación presentada por BBVA por el incumplimiento de lo establecido en el contrato de tarjeta de crédito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.5 CC, porque el contrato se regirá por la ley del lugar de su celebración, es decir, España, al no constar ninguno de los anteriores puntos de conexión previstos en este artículo. Ello determina la aplicación de la regla contenida en el artículo 5 del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, relativo a la*

*competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuyo párrafo 1.º establece que «las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 1) a) en materia contractual, ante el Tribunal del lugar en que se hubiere celebrado o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda». Debe aplicarse asimismo lo dispuesto en los artículos 4 y siguientes del Reglamento (CE) número 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, en lo referente a las notificaciones judiciales en países miembros de la UE. Al ser competentes los Juzgados españoles, deberá conocer de la reclamación el del lugar donde se otorgó el contrato de tarjeta de crédito.*

**[Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 21 de julio de 2008. Ponente: Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]**

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJ 2008/4488.

**Nota:** 1. La ausencia de un razonamiento más elaborado, al menos desde la perspectiva del Derecho internacional privado, no resta méritos a una decisión, el Auto del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008, que enfrenta el problema que plantea un foro exclusivo de competencia territorial para el proceso monitorio español, no acompañado de reglas de competencia judicial internacional. El procedimiento había sido iniciado por una entidad bancaria ante los Juzgados de Madrid, por el impago de los cargos realizados en una tarjeta de crédito por la demandada. El tribunal madrileño se declara incompetente y se inhibe a favor de los de Bilbao, que, a su vez, se declaran incompetentes por cuanto el artículo 813 de la Ley de Enjuiciamiento Civil utiliza como único criterio de competencia para la apertura del proceso monitorio el domicilio o residencia de la demandada, en este caso Roma (Italia). De los fundamentos jurídicos del auto objeto de comentario se desprende que la demanda llegó a Bilbao en aplicación del artículo 50.2 LEC, esto es, el criterio de competencia territorial que señala que, cuando la demandada no tiene domicilio o residencia en España, ha de acudir al domicilio de la actora. Con un poco más de precisión técnica y habida cuenta de la naturaleza internacional del litigio, el Tribunal Supremo resuelve el conflicto ya empleando criterios de competencia judicial internacional. En este punto se aparta de la línea jurisprudencial seguida hasta el momento, esto es, la de admitir competencia sólo cuando el domicilio fáctico del demandado se localiza en España (AATS 22 de diciembre de 2003, *RJ Aranzadi* 2004/7333; 26 de mayo de 2004, *RJ Aranzadi* 2004/4624), fundada en la especialidad del proceso monitorio, pero que no tiene en cuenta la relación de las normas de competencia territorial con las de competencia judicial internacional (2). Ahora bien y aun cuando la decisión ha de saludarse, no así las posibilidades que el vacío legal lleva a temer en relación con el derecho de defensa del demandado y que hacen más apremiante la ya requerida reforma de la LEC (3).

2. La LEC introduce en sus artículos 812 a 818 un proceso declarativo especial que, a través de la inversión del contradictorio, persigue la pronta creación de un título ejecutivo [por todos CORREA DELCASO, J. P., *El proceso monitorio*, Barcelona, 1998, p. 211; en el ámbito europeo, vide RECHBERGER, W. H. y KODEK, G. E., «Das Mahnverfahren in den Mitgliedsstaaten der EU –Generalbericht», *Orders for Payment in the European Union* (RECHBERGER, W. H. y KODEK, G. E., eds.), La Haya, 2001, pp. 1-28, pp. 1-2]. Lo característico del mismo es que la primera noticia que recibe el demandado es un requerimiento de pago, frente al que puede reaccionar de tres modos, pagando, oponiéndose (de modo que, si el demandante persiste, dará lugar a un declarativo ordinario) u otorgando, esto es, el silencio se considera legalmente aceptación tácita de deuda y el título ejecutivo queda configurado para el despacho de ejecución; la rebeldía conduce a un título ejecutivo, de modo que es necesario asegurarse de que es voluntaria, de que hay notificación *efectiva* al demandado. Con esta filosofía de fondo, también apuntada en el auto objeto de comentario, el legislador español restringe la competencia a los tribunales del domi-

cilio, residencia o, en su caso, presencia del demandado, en una norma de competencia territorial, el artículo 813 LEC, calificada de imperativa [por todos, CORREA DELCASSO, J. P., «La procédure d'injonction de payer en Espagne», *Orders for Payment in the European Union* (RECHBERGER, W. H., KODEK, G. E., eds.), The Hague, 2001, pp. 235-245; BONET NAVARRO, J., *Derecho procesal civil* (con ORTELLS RAMOS, M. y otros), Navarra, 2000, pp. 683-684. En el mismo sentido e interpretando el artículo 1406 *Nouveau Code de Procédure Civile* francés, fuente de inspiración del precepto español, FERRAND, F., «La procédure d'injonction de payer en droit français», *Orders for Payment in the European Union*, *op. cit.*, p. 133]. Sin embargo, dicha filosofía no transcende en un tratamiento específico de la notificación que, por ejemplo, excluya expresamente la comunicación por edictos del requerimiento de pago.

Hasta el auto comentado, los tribunales aplicaban el artículo 813 LEC también en supuestos internacionales (AAAP de Salamanca, 16 de junio de 2003 y Badajoz, 4 de noviembre de 2003, con nota de CARBALLO PIÑEIRO, L., *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 617-619. A esta jurisprudencia se acoge en el caso comentado el Juzgado de Bilbao), de modo que, si el deudor no tuviera su domicilio en España, el acreedor no podría hacer uso del proceso monitorio. El sentido de la medida, proteger del derecho de defensa del deudor, informaría la restricción a la jurisdicción española, medida que, por otra parte, no lastraría las posibilidades del acreedor extranjero de obtener un título de ejecución frente al deudor domiciliado en el extranjero, puesto que el proceso monitorio es facultativo respecto de los procesos declarativos ordinarios. Esta constatación ha permitido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas calificar de compatible con la libre circulación de mercancías y capitales la norma (italiana) que proscribía la notificación en el extranjero del requerimiento de pago, impidiendo de ese modo a los acreedores utilizar el procedimiento monitorio frente a deudores domiciliados en el extranjero (STJCE 22 de mayo de 1999, As. C-412/97, *ED Srl c Italo Fenocchio*). Ello no empece a que se produzca un supuesto de discriminación inversa, a cuya corrección ya ha procedido el legislador italiano (CARPI, F., «La orden europea de pago: entre la eficacia de la tutela y garantías de la defensa», *Tribunales de Justicia*, 2003-2, pp. 1-9, p. 8), pidiéndose en España una aclaración específica de si procede o no la notificación cuando el demandado tiene su domicilio en el extranjero (ALIAGA CASANOVA, A. C., «El proceso monitorio ante las recientes e inminentes reformas legales y el desafío de los avances tecnológicos», *RPJ*, núm. 71, 2003, pp. 125-172, p.154; CORREA DELCASSO, J. P., «Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC, reguladores del proceso monitorio», *La Ley*, t. V, 2002, pp. 1481-1490, p. 1486; RODRÍGUEZ VÁQUEZ, M.<sup>ª</sup> A., *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2005, p. 101).

La lógica reseñada, preservar el derecho de defensa del deudor a través de la limitación de la competencia territorial, no se cohonestaba, sin embargo, con la primacía del sistema de competencia judicial internacional sobre las normas de competencia territorial. De todos modos, el silencio legal abonaba la jurisprudencia reseñada, que este Auto del Tribunal Supremo viene a romper. Ya la doctrina había advertido de que, cuando menos, los preceptos del Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que también designan tribunal territorialmente competente desplazan al artículo 813 LEC (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El título ejecutivo europeo*, Navarra, 2006, p. 75, a quien sigue GARCÍA CANO, S., *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Navarra, 2008, p. 135). La decisión comentada haría, entonces, honor a la primacía del Reglamento comunitario sobre el artículo 813 LEC, aunque con un razonamiento extraño, ya que parte de la norma de conflicto aplicable (erróneamente, la del art. 10.5 CC) para luego, entiendo que centrada la calificación contractual del supuesto, acudir al artículo 5.1 del Reglamento núm. 44/2001. Sin entrar en más consideraciones, este razonamiento sí sirve para recordar los argumentos que apoyaban un foro de competencia específico para el proceso monitorio europeo, en particular la complejidad que acarrea consigo el Reglamento núm. 44/2001: en este caso concreto, el Alto Tribunal prescinde de ana-

lizar, no sólo si hay prestación de servicios, o hay que concretar la obligación que sirve de base a la demanda, sino que también prescinde de sí, en el caso concreto, se trata de un consumidor protegido, para remitir al tribunal «del lugar donde se otorgó el contrato de tarjeta de crédito».

La entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1896/2006, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, no cambia la situación, ya que es de aplicación facultativa a los procedimientos internos (art. 1.2). Aunque la remisión que allí se hace al Reglamento núm. 44/2001 vuelve a atraer la atención hacia la adaptación entre competencia judicial internacional y competencia territorial, tal y como la regula el artículo 813 LEC (y que obliga a acudir a otros criterios de la LEC. GARCÍA CANO, S., *op. cit.*, pp. 135-137). El caso es que la norma es en sí misma a todas luces insuficiente, bien porque no deja claro que qué hacer cuando el supuesto es internacional, bien porque da lugar a inadaptación en caso de que el proceso monitorio sea europeo, razones ambas que exigen una reforma legislativa.

3. En el supuesto comentado confluyen dos lógicas, una propia del sistema de competencia y que establece la primacía de las reglas de competencia judicial internacional sobre las reglas de competencia territorial, aunque éstas se presuman de orden público, y otra lógica propia de la correlación de fuerzas en el proceso monitorio, que exige un refuerzo de la posición del deudor ante la ventaja que supone la inversión del contradictorio para el acreedor. Esta última lógica no requiere de foros de competencia específicos, sino de una notificación efectiva, que excluya las ficciones, así como formas de notificación que garanticen que el requerimiento ha llegado, bien al propio deudor, bien a una persona de su entorno. En el supuesto comentado el Tribunal Supremo entiende cumplida la segunda lógica con la remisión al Reglamento (CE) núm. 1348/2000, de 29 de mayo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (ya derogado por el Reglamento núm. 1393/2007).

Ahora bien, el citado instrumento comunitario no tiene en cuenta las peculiares características del proceso monitorio, que fundamentan reglas propias de notificación en el Reglamento núm. 1896/2006. Estas reglas también han sido objeto de crítica porque no garantizan suficientemente el conocimiento del requerimiento de pago por el deudor (CORREA DELCASO, J. P., *El proceso monitorio europeo*, Madrid, 2008, pp. 64-70; GARCÍA CANO, S., *op. cit.*, pp. 188-196), pero, al menos, evitan notificaciones ficticias, que sí tienen cabida en el Reglamento núm. 1393/2007. Debe recordarse, sin embargo, que el artículo 815 LEC no excluye las notificaciones ficticias, haciendo recaer el peso de la protección del deudor sobre el artículo 813 LEC. Así las cosas, no cabe más que unirse a las peticiones ya reseñadas de reforma del proceso monitorio español, para contemplar, de una parte, la posibilidad de que el deudor tenga su domicilio en el extranjero, de otra parte, cómo ha de practicarse la notificación del requerimiento para que su derecho de defensa no se vea mermado.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

2008-21-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Verificación de oficio. Impugnación de la competencia en la contestación a la demanda.—Eficacia de la cláusula de sumisión a los tribunales elegidos por el demandante.—Efectos en España del procedimiento abierto en Grecia.**

Preceptos aplicados: artículos 36.2, 38, 39 y 63 LEC; artículos 24, 25, 31 y 34 del Reglamento (CE) núm 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000.

*Primeramente. Señala el Juzgado que la competencia de la jurisdicción civil española es examinable de oficio [...]. El artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo permite el examen*

de oficio de la cuestión en los supuestos previstos en el artículo 36.2 de dicha ley, ninguno de los cuales concurre en el presente caso [...].

El artículo 25 del Reglamento de la Unión Europea 44/2001 previene que el examen de oficio de la competencia se realice en los casos en que se presente demanda ante los tribunales de un Estado cuando sean los de otro los competentes con carácter exclusivo, conforme al artículo 22; circunstancia que en modo alguno concurre en el presente caso, pues el litigio no es de las clases que enuncia el artículo 22 citado.

Por consiguiente, contra lo que sostiene el auto recurrido, no podía examinarse de oficio la competencia de la jurisdicción civil española, de modo que sólo podía serlo mediante la formulación de declinatoria, según lo dispuesto en los artículos 39 y 63 de la Ley de Enjuiciamiento.

Segundo. En el presente caso no se formuló declinatoria. En la contestación se alegó la falta de competencia de los tribunales españoles, lo que a la juez de primera instancia le parece suficiente a los efectos de examinar la cuestión, aun cuando dicho criterio lo refuerza apelando a la posibilidad de actuar de oficio, que aquí se ha descartado. [...]

En virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento 44/2001, la competencia de los tribunales de un Estado miembro queda determinada si ante ellos comparece el demandado, salvo que lo haga con objeto de impugnar la competencia. En nuestro caso no puede decirse que la comparecencia de la demandada haya tenido ese único objeto. Ni siquiera se formuló con carácter principal la petición de que el Juzgado declinase su competencia [...]. En tales condiciones no resulta posible afirmar que la comparecencia de la demandada tuvo por objeto impugnar la competencia. Aunque no se aplique la doctrina según la cual la contestación en cuanto al fondo equivale a sumisión tácita por mucho que en la misma contestación se cuestione la competencia, la sala es del parecer de que cuando menos la petición de declaración de incompetencia ha de formularse con carácter principal, lo que aquí no ocurre como hemos visto en el párrafo anterior.

Tercero. Aunque no se aceptase el criterio expuesto anteriormente, la competencia de los tribunales españoles puede afirmarse también con fundamento en el artículo 23 del Reglamento citado, porque los contratos firmados establecen que las controversias surgidas con ocasión de su aplicación quedarán sujetas a la jurisdicción de los tribunales elegidos por el demandante.

El Juzgado sostiene que no hubo sumisión expresa, porque no se designó al país concreto cuyos tribunales deberían conocer. Pero lo cierto es que en el contrato se estableció una regla de competencia. Se acordó que conociesen los tribunales del Estado que escogiese el demandante, cualquiera que fuese la parte que entablase la demanda. Dicha regla es suficiente a los efectos de determinar la competencia de los tribunales españoles, que fueron escogidos por la parte actora. [...]

Cuarto. Tanto el Juzgado como la parte demandada manejan el argumento de que la propia parte actora entabló demanda ante los tribunales griegos en relación con este asunto, lo que demostraría la falta de competencia de los españoles y haría inejecutable una eventual sentencia contradictoria con la que se dictó en proceso seguido en Grecia, conforme al artículo 34 del Reglamento. [...]

En el hecho noveno de la contestación se da cuenta de que la aquí demandante presentó otra demanda en Grecia en 2003, es decir, después de la entablada aquí (el litigio se ha desarrollado con un retraso asombroso). [...]

De haber sido ello así, se habría producido una situación curiosa, que es discutible pueda resolverse conforme al artículo 27 del Reglamento, que se refiere a los casos de presentación de demandas sobre lo mismo en distintos países, supuesto en que ha de suspenderse el proceso entablado en segundo lugar hasta que, en su caso, el tribunal ante el que se presentó la primera demanda se declare competente. No parece que el precepto esté pensado

para supuestos en que una misma parte presente la misma demanda, sucesivamente, en más de un Estado y, desde luego, no sería descabellado en absoluto entender que una forma de proceder como la descrita entrañase una renuncia de la parte actora a la primera jurisdicción ante la que compareció [...].

Por otra parte, el artículo 31 establece que podrán solicitarse medidas cautelares a las autoridades de un Estado, incluso si un tribunal de otro Estado de la Unión fuese competente para conocer sobre el fondo. Por tanto, la competencia de los tribunales españoles, derivada del Reglamento y de los contratos celebrados entre las partes, es compatible con la circunstancia de haberse entablado en Grecia un proceso en solicitud de medidas cautelares, lo que habría sido explicable dado que la demandada realiza en dicho país la actividad de distribución objeto de los contratos celebrados entre las partes.

**[Auto de la AP de Barcelona (Sección Decimosexta) de 8 de julio de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino.]**

F.: *Centro de Documentación Judicial*, 08019370162008200151.

**Nota:** 1. *Peach Entertainment Distribution AB*, sociedad sueca, presenta demanda en Rubí contra *D & L FIRST LTD*, sociedad también extranjera. El demandado comparece y contesta a la demanda, impugnando en dicha contestación la competencia de los tribunales españoles con los argumentos que se examinarán un poco más adelante. Esta impugnación fue base suficiente para que el Juez apreciase de oficio su falta de competencia internacional, acordando el sobreseimiento y archivo de la causa. El demandante apeló este auto y la AP de Barcelona resuelve por medio del Auto que comentamos dicha apelación, estimándola y declarando la competencia de los Juzgados de Rubí para conocer de la demanda planteada por *Peach Entertainment Distribution AB*. La decisión resulta interesante por el tratamiento que hace del régimen de la verificación de oficio de la competencia, de la eficacia de las cláusulas de elección de tribunal que dejan a una de las partes la posibilidad de designar el tribunal competente y de la litispendencia comunitaria. Pasaremos a continuación a ocuparnos brevemente de estas cuestiones.

2. Los tiempos han cambiado; si hace décadas la doctrina recriminaba el «imperialismo jurisdiccional de los tribunales españoles» (*vide* MIAJA DE LA MUELA, A., «El «imperialismo jurisdiccional» español y el Derecho internacional», *Mélanges Fragistas*, vol. I-B, Tesalónica, 1968, pp. 89-124), que tendía a excluir la posibilidad de control de oficio de la competencia judicial internacional por suponer tal control una limitación de la competencia de nuestros tribunales (*vide* PECOURT GARCÍA, E.: «Control e impugnación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles», *Multitudo legum ius unum. Festschrift für Wilhelm Wengler*, t.-II, Berlín, 1973, pp. 635-653, pp. 644-645); en la actualidad la situación es la contraria, debiendo criticarse que, en ocasiones, se produzca esta abstención de oficio de forma injustificada. El caso que nos ocupa es muestra de ello, habiéndose equivocado el Juzgado de Primera Instancia al haber apreciado de oficio su incompetencia y acertando, por tanto, la Audiencia Provincial en revocar la decisión de aquél.

La equivocación del Juzgado de Rubí es clara; el demandado había comparecido y, habiéndose producido dicha comparecencia solamente en los supuestos de inmunidad de jurisdicción o de ejecución o de competencias exclusivas de otros Estados podría procederse a la abstención de oficio (art. 36.2 LEC). No parece que en este caso nos encontremos ni en uno ni en otro supuesto, salvedad hecha de la incidencia de la cláusula de sumisión expresa de la que nos ocuparemos un poco más adelante, por lo que la comparecencia del demandado excluiría la posibilidad de abstención de oficio. Una vez producida dicha comparecencia la verificación de la competencia solamente podría producirse a instancia de parte de acuerdo con los trámites legalmente previstos; esto es, mediante la presentación de una declinatoria internacional (art. 39

LEC). En el caso que nos ocupa la parte demandada no había planteado dicha declinatoria, contestando directamente la demanda; por lo que no existiría posibilidad de que el Juez se abstuviese por carecer de competencia judicial internacional. De hecho, esta actuación del demandado implicaba atribuir competencia a los tribunales españoles, incluso para el caso de que careciesen de ésta inicialmente, ya que la contestación a la demanda sin haber planteado la declinatoria internacional supone la sumisión tácita del demandado (art. 56.2.º LEC), criterio de competencia admitido tanto en el DIPr. autónomo español (art. 22.2.º LOPJ) como en el Reglamento 44/2001 (art. 24). La clara regulación de la LEC 2000 sobre este punto ha puesto fin al debate abierto con anterioridad en torno a la posibilidad de que no se considerase como sumisión tácita la impugnación de la competencia realizada en la contestación a la demanda [vide la STS (Civil) de 14 de marzo de 2007, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2008, vol. I, núm. 1, pp. 207-214, con nota de ARENAS GARCÍA, R., *ibid.*, pp. 214-225].

En la actualidad es claro que en el caso de que se deje pasar el plazo para plantear la declinatoria ya no podrá plantear el demandado la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles, aunque el Juez podrá abstenerse de oficio si el demandado no ha comparecido. Dicha abstención de oficio ya no será posible una vez que se haya producido la comparecencia del demandado, a salvo, claro de los supuestos de inmunidad de jurisdicción y competencias exclusivas de otros Estados. En los supuestos en los que resulte aplicable el Reglamento 44/2001 tampoco será posible la abstención de oficio en los casos en los que el demandado ha comparecido (excepto en los supuestos de competencias exclusivas). La regulación de la sumisión tácita en el Reglamento es coherente con este planteamiento, pues tal sumisión se produce por la comparecencia del demandado que no tenga por objeto impugnar la competencia. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ya ha aclarado que será el Derecho procesal del Juez que está conociendo el que determine en qué forma se ha de producir dicha impugnación de la competencia, sin que sea incompatible con el instrumento comunitario una regulación nacional que establezca la necesidad de que la declinatoria se plantee con anterioridad a la contestación a la demanda [vide ARENAS GARCÍA, R., «Las normas sobre verificación de la competencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano», en ALEGRÍA BORRÁS (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pp. 389-406, pp. 395-396].

De acuerdo con lo anterior, por tanto, pocas dudas caben que la abstención de oficio decidida por el Juzgado de Primera Instancia de Rubí no se ajustaba a Derecho. La solución de la Audiencia Provincial de Barcelona es, por tanto, correcta. Ahora bien, en la decisión se argumenta sobre otras dos cuestiones que presentan interés; y si bien su consideración no sería estrictamente necesaria para llegar al resultado que se mantiene en este Auto, resultan suficientemente relevantes como para que aquí les dediquemos una mínima atención.

3. Tal como adelantábamos al comienzo de esta nota, la decisión que comentamos realiza algunas consideraciones en torno a la eficacia de los acuerdos de elección de tribunal que puede resultar de interés. Parece ser que en los contratos que vinculaban a demandante y demandado se incluía una cláusula de elección de tribunal, una cláusula particular ya que, de acuerdo con ella, quedaba a la elección del demandante determinar ante qué tribunal se plantearía la demanda. Ciertamente, en el supuesto concreto no se hacía preciso concretar la eficacia de dicha cláusula, pues la prevalencia de la sumisión tácita sobre la expresa convertiría en innecesario pronunciarse sobre la validez de dicha elección de tribunal. Ahora bien, dado que el Juzgado de Primera Instancia de Rubí había declarado que no existía sumisión expresa por no haberse designado el país cuyos tribunales debían conocer, la Audiencia estimó necesario sentar su criterio sobre el asunto, que es contrario al mantenido por el Juzgado de Rubí. De acuerdo con la AP de Barcelona una cláusula como la señalada ha de considerarse eficaz desde la perspectiva del artículo 23 del

Reglamento 44/2001 toda vez que existe acuerdo en el criterio de designación de los tribunales, habiéndose respetado las exigencias formales prescritas en el mencionado artículo 23.

La interpretación de la Audiencia no solamente es contraria a la del Juzgado de Primera Instancia de Rubí, sino también a la doctrina que se ha pronunciado sobre el tema [cfr. MAGNUS, U., «Art. 23», en MAGNUS, U. y MANKOWSI, P. (ed.): *Brussels I Regulation*, Sellier, 2007, pp. 366-426, p. 397, y autores allí citados]. El TJCE ha mantenido que no es preciso que del tenor de la cláusula de elección de tribunal identifique directamente el órgano jurisdiccional elegido, sino que «basta con que la cláusula identifique los elementos objetivos sobre los cuales las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal o los tribunales a los que desean someter los litigios que hayan surgido o que puedan surgir» [STJCE (Sala Quinta) de 9 de noviembre de 2000, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV y otros*, As. C-387/98]. En el caso que aquí nos ocupa no es ya un elemento objetivo el que nos permitirá concretar el tribunal competente, sino subjetivo, ya que será la voluntad del demandante (sea éste quien sea) la que dotará de contenido al acuerdo incluido en el contrato. No puede, por tanto, ampararse en este punto el Auto en la doctrina del Tribunal de Luxemburgo; aunque tampoco cabe excluir que en posteriores pronunciamientos del TJCE se amplíe esta doctrina, admitiendo supuestos como el que aquí se trata. El tenor del artículo 23 del Reglamento permitiría llegar a este resultado, toda vez que, como señala la AP de Barcelona, los elementos que permiten identificar el tribunal han sido fijados con precisión en el momento de pactar la cláusula.

4. Lo apuntado hasta ahora no agota el contenido del Auto que aquí se comenta. Parece ser que junto al proceso abierto en España existe otro proceso abierto en Grecia entre las mismas partes y en relación al mismo asunto. La Audiencia no entra en el análisis pormenorizado de la incidencia en el proceso abierto en España del que se inició en Grecia al considerar que no se le aportan datos suficientes como para poder decidir sobre la realidad y alcance de dicho proceso. Como veremos el resultado final al que se debería llegar no es diferente del que alcanza la Audiencia; pero no puede dejar de señalarse que los argumentos que hubiera debido emplear son otros, tal como veremos a continuación.

Como es sabido, la litispendencia internacional ha de ser apreciada de oficio en el régimen del Reglamento 44/2001, y antes en el del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, es por ello que la Audiencia no podía escudarse en lo escueto de las alegaciones efectuadas por la parte demandada. Si existe conocimiento de que hay un proceso en curso en otro Estado miembro que pueda superponerse sobre aquél del que se está conociendo deben realizarse las indagaciones precisas para determinar si procede o no suspender el procedimiento en curso o, en su caso, inhibirse. Esta es la obligación que se deriva de la regulación institucional, cuestión distinta es la forma en que en la práctica se puede llevar a cabo esta indagación, que quedará sometida en la mayor parte de los supuestos a lo que quieran aportar los litigantes. No resulta oportuno, sin embargo, que el órgano jurisdiccional haga gala de su falta de voluntad en investigar más allá de lo que le aporten las partes.

En este caso, además, no resultaba necesario recurrir a estos argumentos para mantener la falta de incidencia en el proceso abierto en España del iniciado en Grecia. En el Auto se indica que el procedimiento griego es posterior al español, por lo que la litispendencia, en su caso, debería ser apreciada por los tribunales griegos. Era, por tanto, sencillo llegar al resultado de que el procedimiento que se desarrollaba en Grecia no podía, de acuerdo con la regulación comunitaria, afectar a la competencia de los tribunales españoles; es por ello que resulta lamentable el innecesario desliz que comete la Audiencia cuando, para fundamentar su decisión, mantiene que es dudoso que el artículo 27 del Reglamento 44/2001 se aplique a aquellos casos en los que una misma parte presenta su demanda de forma sucesiva en países distintos. Es claro que el artículo 27 se aplica a estos supuestos; de hecho son los supuestos en los que más claramente se aplica, por lo aquí no cabe más que calificar como errónea la afirmación de la Audiencia; errónea y, como acabamos de ver, innecesaria.

5. Nos encontramos, por tanto, ante una decisión que acierta en el resultado final y en la mayoría de los argumentos empleados; una decisión que es, además, interesante por su aproximación a las cláusulas de elección de tribunal en las que se deja a la voluntad del demandante la determinación del tribunal competente; y, finalmente, una decisión en la que ha de matizarse el tratamiento que se hace de la litispendencia internacional, aunque sin que tales matices lleguen a afectar al resultado final.

Rafael ARENAS GARCÍA

2008-22-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento (CE) núm. 44/2001. Competencias exclusivas.—Artículo 22.2: Competencia exclusiva de los tribunales del Estado donde la sociedad se halla domiciliada.—Litigios sobre la validez de las decisiones de los órganos de las sociedades.—Asociación profesional de médicos.**

Preceptos aplicados: artículo 22, ap. 2.º, Reglamento (CE) núm. 44/2001.

[...] 20. *Pues bien, como por otra parte confirma el informe del Sr. Jenard relativo al Convenio de Bruselas («DO» 1979, C 59, p. 1), el objetivo esencial que esa excepción persigue, al establecer la competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro en el que tenga su domicilio una sociedad, consiste en centralizar la competencia para evitar decisiones contradictorias en lo que se refiere a la existencia de las sociedades y la validez de las deliberaciones de sus órganos.*

21. *Como resulta asimismo de dicho informe, los tribunales del Estado miembro en el que la sociedad tiene su domicilio social se hallan, en efecto, en una mejor posición para resolver tales litigios, en particular por el hecho de que las formalidades de publicidad de la sociedad se producen en ese mismo Estado. Por lo tanto, la atribución de esa competencia exclusiva a dichos tribunales se realiza en aras de una buena administración de la justicia [...].*

22. *Contrariamente a lo que sugiere MDU, de los principios recordados en los apartados anteriores no puede deducirse, sin embargo, que, a efectos de que se aplique el artículo 22, apartado 2, del Reglamento núm. 44/2001, sea suficiente con que una acción judicial presente cualquier vínculo con una decisión adoptada por un órgano de una sociedad [...].*

[...] 26. *De las consideraciones precedentes resulta que, como alegan acertadamente los médicos y la Comisión de las Comunidades Europeas, dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que su ámbito de aplicación comprende únicamente los litigios en que una parte impugne la validez de una decisión de un órgano de una sociedad con arreglo al Derecho de sociedades aplicable o de las disposiciones estatutarias relativas al funcionamiento de sus órganos.*

**[Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), de 2 de octubre de 2008, en el asunto C-372/07 (Hassett y Doherty). Ponente: Sr. A. Tizzano.]**

F.: <http://curia.europa.eu/es/index.htm>.

**Nota:** 1. Cuando explico a mis sufridos alumnos los foros atributivos de jurisdicción correspondientes a las competencias exclusivas del artículo 22 del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en

materia civil y mercantil, les advierto que suele ser frecuente interpretarlos realizando una «metonimia», esto es, tomando la parte por el todo. Me sirvo de esta figura literaria para explicar que es defecto común fijarse únicamente en la materia general del foro (inmuebles, personas jurídicas, registros públicos, derechos de propiedad industrial e intelectual...) en vez de atender al concreto objeto del proceso. De este modo, se acaba afirmando que *todos* los litigios relacionados con bienes inmuebles son competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro en que éstos radican, que *cualquier* litigio relativo a una persona jurídica solamente puede ser planteado ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de aquélla, que *todos* los pleitos vinculados a registros públicos únicamente pueden sustanciarse ante los tribunales del Estado miembro en el que radique el registro, etc. Sin embargo, el tenor literal del artículo 22 del Reglamento hace gravitar el peso de la regulación en el *concreto objeto del proceso*: que verse sobre un derecho real inmobiliario o sobre un contrato de arrendamiento de un bien inmueble, que se refiera a la validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas o la validez de las decisiones de sus órganos, que se discuta la validez de una inscripción practicada en un registro público, etc. Siempre que el proceso tenga un objeto diferente al mencionado en el artículo 22, se tratará de una competencia concurrente que vendrá determinada por el resto de foros contenidos en el capítulo II del Reglamento. Ahora bien, incluso cuando se debate sobre las materias mencionadas en el artículo 22, es preciso constatar que el objeto del proceso debatido afecta al núcleo de esa materia. Es decir, no cualquier litigio relacionado con un contrato de arrendamiento de un inmueble queda amparado por la competencia exclusiva del artículo 22.1, sino solamente los que se refieren al contrato propiamente dicho. Así, el foro del artículo 22.1 incluye, entre otras cuestiones, la acción por daños y perjuicios relativos a la conservación deficiente del inmueble [STJCE de 27 de enero de 2000, asunto 8/98 (*Dansommer*), *Rec.*, 2000, pp. I-393 ss.], sin embargo están excluidos los litigios relacionados indirectamente con el uso de la propiedad arrendada, como la pérdida del disfrute de las vacaciones y los gastos de viaje [STJCE de 15 de enero de 1985, asunto 241/83 (*Rösler*), *Rec.*, 1985, pp. 99 ss.]. En definitiva, el problema básico de los litigios basados en foros de competencia exclusiva suele centrarse en la determinación de la materia objeto del litigio.

Una vez más, el TJCE ha tenido que interpretar el ámbito de uno de estos foros; en este caso, el relativo al ejercicio de acciones en materia de validez de los órganos de las sociedades y personas jurídicas (art. 22.2, inciso segundo). El origen de su sentencia, objeto de este comentario, estuvo en el emplazamiento ante los tribunales de Irlanda por parte de dos médicos (previamente demandados por presunta negligencia profesional) de dos asociaciones profesionales (MDU) de las que eran miembros —éstas eran sociedades de responsabilidad limitada sometidas al Derecho inglés, domiciliadas en el Reino Unido y cuyo objeto era facilitar una indemnización a sus miembros en casos de negligencia profesional—. El objeto del emplazamiento era obtener una indemnización o contribución por las cantidades a las que podían ser condenados a pagar en el litigio por negligencia. Basándose en sus estatutos, que establecen que las decisiones de solicitud de indemnizaciones son facultad discrecional del Consejo de Administración, MDU había desestimado las solicitudes iniciales de los médicos, lo que terminó en su emplazamiento judicial, respecto del cual MDU solicitó su anulación, alegando que la acción tenía por objeto la validez de una decisión adoptada por su Consejo de Administración y se hallaba por tanto sometida a la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales británicos en virtud del foro del artículo 22.2 del Reglamento 44/2001. La petición de MDU fue rechazada y recurrida ante la *Supreme Court*, que planteó al TJCE una cuestión prejudicial con el objeto de determinar si una acción en la que una de las partes alega que una decisión de los órganos de una sociedad ha violado los derechos que pretende hacer valer de acuerdo con los estatutos sociales tiene por objeto la validez de las decisiones de los órganos de una sociedad en el sentido del artículo 22.2 del Reglamento 44/2001.

2. Conviene recordar aquí un par de ideas básicas de los foros de competencia exclusiva. La primera es que son una anomalía procesal, puesto que impiden a las partes acudir a otros tribunales que también podrían ser competentes, como, por ejemplo, el tribunal previamente acordado por las partes (véase art. 23.5 Reglamento 44/2001) o los órganos jurisdiccionales correspondientes al domicilio del demandado, que es la regla general de competencia internacional prevista en el artículo 2 del Reglamento (véase el considerando 11 de su exposición de motivos). A consecuencia de ello, y he aquí la segunda idea, los foros exclusivos son de interpretación restrictiva, principio hermenéutico reiterado por el Tribunal comunitario [véase por todas, la STJCE de 14 de diciembre de 1977, asunto 73/77 (*Sanders*), *Rec.*, 1977, pp. 2383 ss., aps. 17 y 18]. La tercera idea es que la interpretación (restrictiva) de estos foros tiene que realizarse atendiendo al fundamento que motivó dicha exclusividad. Así, en relación con los litigios relativos a un contrato de arrendamiento de un bien inmueble (art. 22.1), se considera que los tribunales del Estado de situación del inmueble son, por razones de buena administración de justicia, los mejor situados para resolver el litigio [STJCE de 14 de diciembre de 1977, asunto 73/77 (*Sanders*), aps. 11 a 13], o los que tienen que aplicar normas específicas, normalmente imperativas, de cierta complejidad [STJCE de 26 de febrero de 1992, asunto 280/90 (*Hacker*), *Rec.*, 1992, pp. I-1111 ss., ap. 8], entre otras razones. Por lo que respecta al foro del artículo 22.2, la creación de una competencia exclusiva se basaría en el principio de seguridad jurídica, que aconseja evitar resoluciones contradictorias sobre la existencia de las sociedades y la validez de las deliberaciones de sus órganos; igualmente, la competencia de los tribunales del Estado de la sede vendría aconsejada por ser ese el país en el que se celebran las formalidades de publicidad de la sociedad y porque la mayoría de los litigios acaban por sustanciarse ante los tribunales del domicilio de la parte demandada (véase *Informe Jenard, DOUE, C189*, de 28 de julio de 1990, p. 154). Una vez más, y con el objeto de garantizar la aplicación uniforme del Reglamento, vemos que debe realizarse una interpretación autónoma de sus conceptos, atendiendo a su sistemática y objetivos [por todas, STJCE de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91 (*Shearson Lehman Hutton*), *Rec.*, 1993, pp. I-139 ss., ap. 13]. Una última idea es que únicamente los foros de competencia exclusiva contenidos en el artículo 22 del Reglamento 44/2001 (igualmente en el art. 16 del Convenio de Lugano) impiden que puedan conocer del litigio los tribunales de otro Estado comunitario (o parte en el texto convencional). Este efecto prohibitivo exige que los foros se contengan en una norma de origen no interno (comunitaria o convencional), y aún así solamente obliga a los tribunales de Estados a los que la norma es aplicable (obviamente, las competencias exclusiva del artículo 22 no vinculan a los tribunales de terceros países); cuestión diferente es que la trasgresión de una competencia exclusiva por los tribunales de un tercer país sea sancionada indirectamente con la denegación del reconocimiento en los Estados vinculados por la norma de la sentencia que se haya dictado (sobre el tema, GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, 2.<sup>a</sup> ed., Palma, 2008, pp. 45 y 46).

3. Partiendo de alguna de las ideas anteriores, el TJCE afirma que en el foro del artículo 22.2 no tiene cabida cualquier acción judicial vinculada con una decisión adoptada por un órgano de una sociedad. En caso contrario, toda acción –contractual, extracontractual o de cualquier otra naturaleza– que se ejercitara contra una sociedad debería sustanciarse casi siempre ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de la sociedad. Además, y teniendo en cuenta el fundamento de este foro exclusivo (véase *supra* núm. 2), dichos tribunales acabarían conociendo de litigios que no pueden generar decisiones contradictorias ni exigen un examen de las formalidades de publicidad de la sociedad. En definitiva, una interpretación amplia extendería el ámbito de aplicación de este foro exclusivo más allá de lo necesario para conseguir su finalidad (véanse los apartados 22 a 25 de la sentencia). A partir de esta idea, el TJCE fija el ámbito de aplicación del foro de competencia exclusiva del artículo 22.2, que queda circunscrito únicamente a aquellos litigios en los que se discuta la validez bien de una decisión

de un órgano de una sociedad de acuerdo con el Derecho de sociedades que le sea aplicable, bien de las disposiciones estatutarias relativas al funcionamiento de sus órganos (véase el apartado 26). Ante esto, la conclusión sobre la cuestión prejudicial planteada viene rodada: la acción del litigio original, por la que se discute que la decisión del órgano estatutario ha vulnerado unos derechos estatutarios, no afecta a la validez de las decisiones de los órganos de una sociedad, puesto que no se cuestiona si, de acuerdo con los estatutos sociales, dichos órganos podían adoptar esa decisión sino el modo de ejercer esta facultad (véanse los apartados 28 a 31) (un extenso catálogo de cuestiones litigiosas incluidas y excluidas del foro exclusivo del artículo 16.2 del Convenio de Bruselas –art. 22.2 del Reglamento 44/2001– en GEIMER, R. y SCHÜTZE, R., *Internationale Urteilsanerkennung*, München, 1983, pp. 696 ss.; ídem, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, München, 1997, «Artikel 16», núms. 154 ss.).

Aun cuando el Tribunal comunitario no lo diga expresamente, hay que recordar que para que actúe el foro exclusivo del artículo 22.2 es preciso que la validez de la decisión del órgano de la sociedad o de las disposiciones estatutarias sobre el funcionamiento de sus órganos *se planteen a título principal* y no de forma incidental (véase *Informe Jenard*, loc. cit., p. 152).

Para finalizar, solamente recordar que los foros de las competencias exclusivas de los tribunales españoles, contenidos en el artículo 22.1 de la LOPJ no se aplicarán nunca. Así, debido al paralelismo entre este precepto y el artículo 22 Reglamento 44/2001, siempre que concorra el elemento de vinculación requerido por la LOPJ (bien inmueble situado en España, sociedad domiciliada en España, registro público radicado en España...) se está cumpliendo idéntica exigencia del Reglamento: que el inmueble, la sociedad, el registro... esté situado en un Estado miembro (sobre el tema, GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de DPCI*, cit. pp. 46-48). Estas cosas nos pasan por falta de creatividad, cuando a la hora de redactar normas internas nos limitamos a copiar literalmente las normas comunitarias.

Federico F. GARAU SOBRINO

## 2. Reconocimiento de resoluciones extranjeras

2008-23-Pr

### **EJECUCIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL.–Expedición del certificado del artículo 42 del Reglamento (CE) 2201/2003.–Solicitud de no reconocimiento de una decisión de restitución.–Admisibilidad de alegaciones por la parte beneficiada por el reconocimiento.**

Preceptos aplicados: artículos 11.8. 31.1 y 40 a 42 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003.

*Sobre las cuestiones cuarta a sexta [...]*

89. *Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones cuarta a sexta que, una vez dictada y comunicada al órgano jurisdiccional de origen una resolución de no restitución, es irrelevante, a efectos de la expedición del certificado previsto en el artículo 42 del Reglamento, que esta resolución haya sido suspendida, reformada, anulada o, en cualquier caso, no haya devenido firme o haya sido sustituida por una resolución de restitución, en tanto la restitución del menor no se haya producido efectivamente. Sin que se haya expresado duda alguna en cuanto a la autenticidad de este certificado y habiéndose*

*expedido éste conforme al formulario cuyo modelo figura en el anexo IV del Reglamento, no se permite la oposición al reconocimiento de la resolución de restitución y al órgano jurisdiccional requerido le incumbe únicamente constatar la fuerza ejecutiva de la resolución certificada y disponer la restitución inmediata del menor: [...]*

*Sobre la primera cuestión*

97. *Por tanto, procede responder a la primera cuestión que, salvo en los casos en los que el procedimiento se refiere a una resolución certificada con arreglo a los artículos 11, apartado 8, y 40 a 42 del Reglamento, cualquier parte interesada puede solicitar el no reconocimiento de una resolución judicial, aun cuando no se haya presentado previamente una solicitud de reconocimiento de la resolución.*

*Sobre la segunda cuestión*

[...]

107. *Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 31, apartado 1, del Reglamento, por cuanto establece que, en esta fase del procedimiento, no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la persona contra la cual se solicite la ejecución, no es aplicable a un procedimiento de no reconocimiento de una resolución judicial iniciado sin que se haya presentado previamente una solicitud de reconocimiento respecto a la misma resolución. En tal situación, la parte demandada, que solicita el reconocimiento, puede presentar alegaciones.*

**[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, I. Rinau. Ponente: Sr. D. J. N. Cunha Rodrigues.]**

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

**Nota.** 1. La Sentencia resuelve la primera cuestión prejudicial tramitada por el procedimiento de urgencia, que al menos en sus inicios parece funcionar, como lo acredita el hecho de que el tribunal lituano presenta la solicitud el 21 de mayo de 2008 y el Tribunal de Justicia resuelva en menos de dos meses. Además de pionera en los aspectos procedimentales, la Sentencia interpreta por primera vez el título ejecutivo europeo en materia de restitución de menores, y lo hace inspirada en la idea de *in dubio pro executio* cuando existan disposiciones ambiguas o poco claras. Este ánimo de favorecer la ejecución confirma uno de los aspectos estructurales del título europeo, como es que las autoridades del Estado de destino no pueden valorar su expedición –a pesar de que pueda observar indicios de incorrecta aplicación de la normativa–, sino sólo ejecutarlo en las mismas condiciones que si hubiera sido dictado en el propio Estado de destino (art. 47.2.II Reg. 2201/2003). Apunta con razón el Tribunal que tan sólo pueden evidenciarse las dudas sobre la autenticidad del título ejecutivo europeo, aunque quizá lo hace de una forma un tanto parca, ya que no aclara cómo se solucionan estas dudas. Tampoco repara en que, en mi opinión, existen otros motivos de oposición a la ejecución, como los previstos en el Estado de destino para sus propias decisiones o la incompatibilidad con una decisión ejecutiva posterior –lo que no plantea problemas en el caso porque la resolución existente es previa.

La apuesta decidida del Tribunal por un *favor executionis* se traduce, igualmente, en impedir el ejercicio de una acción de no reconocimiento de decisiones certificadas como título ejecutivo europeo, esto es, vetar la pretensión de que no se dé eficacia a la decisión europea que condena o perjudica a un litigante. El correcto razonamiento del Tribunal se basa en la letra del Reglamento: si la acción de no reconocimiento se puede ejercitar «sin perjuicio de la sección 4 –la referida al título ejecutivo europeo–» (art. 21.3 Reg. 2201/2003), es que precisamente dicha sección tiene autonomía (apdo. 64) y prevalencia (apdo. 65) frente al no reconocimiento. Esta interpretación literal, contraria al ejercicio de la acción de no reconocimiento frente a un título europeo, tiene consecuencias teóricas y prácticas relevantes. Desde una perspectiva dogmática,

corroborar, al menos parcialmente, que una decisión europea no es «extranjera» para el Estado de destino, de ahí que no sea susceptible de reconocimiento (por lo menos en un sentido estricto). En la práctica, y desde una perspectiva comunitaria, si la acción de no reconocimiento es una estrategia del litigante para controlar la decisión en el Estado de destino –significativamente, el respeto a su orden público–, la prohibición de esta acción de no reconocimiento elimina obstáculos a la circulación de decisiones «europeas». Desde una lógica procesal, se limita el poder dispositivo existente en el régimen de circulación: sólo el demandante de ejecución puede optar por la vía del reconocimiento de decisiones extranjeras en otros Estados miembros o por la vía de la expedición de un título europeo. Así, aumentan sus expectativas de obtener la eficacia de la decisión, al habilitarle un derecho de opción, y disminuyen las del demandado de paralizar la eficacia de la decisión y, con ellas, los costes de internacionalidad (acaso el demandado vea incluso un estímulo al cumplimiento voluntario de la decisión, sin necesidad de recurrir a la ejecución forzosa). Desde una lógica de Derecho material, se favorece la restitución del menor al Estado de su anterior residencia habitual con el progenitor que finalmente ha obtenido la guarda y custodia (téngase en cuenta que la decisión certificada como título ejecutivo europeo debe ser una decisión de fondo sobre la custodia, como ocurre en el caso, Cfr. JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008, pp. 167-168, aunque no han faltado interpretaciones en un sentido más amplio).

2. Si hubiera que poner algún pero a la Sentencia, éste podría ser la presencia de dos *obiter dicta*: dado que el tribunal del Estado de destino no puede pronunciarse sobre la correcta expedición del título europeo, ¿para qué entrar a analizar los presupuestos de expedición del título europeo en cuestión en el Estado de origen?; y si, presente un título ejecutivo europeo, no es admisible la acción de no reconocimiento, ¿para qué analizar cómo es el ejercicio de esta acción «de manera general» (apdo. 92 en relación con los apartados 108 y 109)? No obstante lo expuesto, quizá quepa asumir la posición del Tribunal. No sólo por la peculiaridad de la figura de la cuestión prejudicial –sabido es que no se resuelve el caso concreto sino que se interpreta el Derecho comunitario– y por razones de economía procesal –que pueden aconsejar resolver cuestiones conexas sin necesidad de esperar a un nuevo planteamiento prejudicial–, sino también porque me parecen dos pronunciamientos impecables en cuanto al fondo, dado que el Tribunal reitera su apuesta por favorecer la libre circulación de decisiones, como expondré a continuación.

Acierta el Tribunal cuando declara que la expedición del título ejecutivo europeo presupone un pronunciamiento de no restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980 (*vide*, entre otros, RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003», en A. QUIÑONES ESCÁMEZ y otros, *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco comunitario*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 137 ss.; GUZMÁN ZAPATER, M., «La superación del exequátur en el espacio judicial europeo: decisiones relativas a derecho de visita y a obligación de alimentos», *Cursos de Vitoria-Gasteiz*, 2006, pp. 211-246, p. 234), que en el caso no concurre, y ello se justifica en tres argumentos: literal, teleológico y lógico-formal. Por un lado, cabe aludir a la propia dicción literal, dado que el Reglamento 2201/2003 se refiere a la certificación de cualquier «resolución posterior» a una decisión de no restitución (apdo. 71); no obstante, el Tribunal reconoce cierta ambigüedad cuando el Reglamento establece la expedición del título «*aun* cuando se haya dictado» una decisión de no restitución, con el uso de un adverbio en la versión en castellano, el «aun», que sin tilde puede ser confuso. Por otro lado, puede invocarse un argumento teleológico, ya que precisamente la finalidad del título ejecutivo europeo es «sustituir» la decisión de no restitución anterior (apdo. 72). Por último, debe apuntarse una interpretación lógico-formal, dado que si el juez, para expedir el título europeo, ha de valorar las razones y pruebas que justificaron la decisión de no restitución basada en el artículo 13 del Convenio de La Haya, es que se presume la existencia de

tal decisión (apdo. 73). Pero no es menos cierto que también puede ejecutarse un título europeo cuando exista una decisión de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980, siempre que se cumplan tres condiciones: primera, que en el momento en el que se expide un título ejecutivo europeo exista una decisión de no restitución, con independencia de que ésta sea revisable; segunda, que la decisión que anula la no restitución y ordena la restitución en virtud del Convenio resulte extemporánea, ya que no se ha respetado el plazo señalado en el Reglamento de seis semanas como máximo, salvo circunstancias excepcionales, utilizando los procedimientos más expeditivos de la legislación nacional (art. 11.3); y, tercera, que la decisión de restitución no se haya ejecutado en la práctica, porque en otro caso la ejecución del título europeo no tendría objeto (cfr. SABIDO RODRÍGUEZ, M., «Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado miembro», *La Ley. Unión Europea*, núm. 7066, 28 de noviembre de 2008, pp. 1-5, p. 5). En efecto, esta decisión de no restitución conforme al Convenio no puede dilatarse en el tiempo más allá de lo permitido por el Reglamento 2201/2003 a causa de un entramado de anulaciones, reformas, reaperturas y suspensiones (apartados 76, 81 y 87, dilaciones especialmente gravosas para menores de corta edad, apostilla el Tribunal). Ello no oculta la presencia de algunas dudas, por ejemplo, respecto de la rapidez de la ejecución del título europeo, que se someterá a la normativa del Estado de destino, el mismo que ha dilatado la restitución con base en el Convenio de La Haya (vide GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores», en L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros, *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 77 ss., p. 98). Asimismo, queda la duda de si esta interpretación favorable a la expedición del título ejecutivo europeo con un ánimo de evitar dilaciones en el cumplimiento del Convenio de La Haya servirá para otros supuestos igualmente problemáticos y no contemplados por el Reglamento: por ejemplo, aquel en el que, transcurrido el plazo máximo sin circunstancias excepcionales, no se ha dictado ningún tipo de resolución conforme al Convenio de La Haya; o aquel otro en el que, dictada una resolución de retorno conforme al Convenio, queda en suspenso por un recurso en el Estado de acogida, cuya tramitación se dilata en el tiempo. Ni el Reglamento regula expresamente los plazos de los recursos ni el Convenio el efecto suspensivo de un recurso, por lo que quedan al arbitrio de las legislaciones nacionales (vide ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pp. 41-63, esp. pp. 51 y 56 ss.). Creo que esta Sentencia quizá sea una avanzadilla para admitir la expedición del título europeo en otros casos problemáticos –silencio sobre la restitución o decisión favorable a ésta pero que se encuentra en suspenso–, aunque ha de reconocerse la necesidad de sortear un problema, a saber: en estos casos expuestos, no existe decisión de no restitución, sino un silencio de la autoridad o una decisión en suspenso a favor de la restitución, por lo que el órgano expedidor del título europeo no podrá valorar las razones y las pruebas que fundamentan la no restitución conforme al artículo 13 del Convenio de La Haya.

La convincente apuesta del Tribunal por favorecer la libre circulación concluye con la interpretación de cómo se sustancia procedimentalmente la acción de no reconocimiento y, en particular, con la declaración de que el beneficiario de la ejecución puede realizar alegaciones en primera instancia, oponiéndose a la pretensión de ineficacia de la decisión. Aunque el procedimiento de declaración de ejecutividad juega tanto para las acciones de reconocimiento como, por analogía, para las de no reconocimiento, a los solos efectos de la audiencia al demandado el Tribunal efectúa una interpretación *a sensu contrario* del tenor literal (nada que ver, pues, con la analogía), que resulta, a mi juicio, acertada y acorde con la finalidad del Reglamento: si en las acciones de reconocimiento el demandado no puede realizar alegaciones para favorecer la eficacia extraterritorial de la decisión con mínimos obstáculos; a la inversa, en las acciones de no reconocimiento, el beneficiario por la sentencia debe poder efectuar alegaciones para obstaculizar al máximo la pretensión de ineficacia de la decisión.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

## II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

### 1. Nombre de las personas físicas

2008-24-Pr

**CAMBIO DE APELLIDOS.—Ámbito de aplicación del derecho comunitario.—Ejercicio de una libertad comunitaria.—Implicaciones potenciales de la respuesta del TJCE sobre los sistemas jurídicos nacionales.—Método de «trasposición» de la respuesta.**

Preceptos aplicados: Arts. 18 TCE, 10 EGBGB y 1617 BGB.

*Sobre la cuestión prejudicial.*

15. [...] es preciso estimar que la situación de Leonhard Matthias entra en el ámbito de aplicación material del Tratado CE. [...]

19. En lo que atañe al artículo 12 CE, procede apreciar de entrada que [...] Leonhard Matthias no sufre en Alemania ninguna discriminación por razón de su nacionalidad. [...]

22. El hecho de estar obligado a llevar en el Estado miembro del que es nacional el interesado un apellido diferente del ya atribuido e inscrito en el Estado miembro de nacimiento y de residencia puede obstaculizar el ejercicio del derecho garantizado por el artículo 18 CE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

23. [...] el Tribunal de Justicia ya ha declarado [...] que la disparidad de apellidos puede causar graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado. [...]

29. Un obstáculo a la libre circulación como el resultante de los graves inconvenientes descritos en los apartados 23 a 28 de la presente sentencia sólo podría justificarse si se basara en consideraciones objetivas y fuera proporcionado al objetivo legítimamente perseguido. [...]

31. Ahora bien, ninguno de los motivos invocados en apoyo de la conexión de la determinación del apellido de una persona con su nacionalidad [...] merece que se le atribuya una importancia tal que pueda justificar la negativa de las autoridades competentes de un Estado miembro a reconocer el apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces.

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

*El artículo 18 CE se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro.*

[STJCE (Gran Sala), Grunkin-Paul, 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06. Ponente: Sr. P. Jann.]

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

**Nota:** 1. Con la Sentencia de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, *Grunkin-Paul*, el TJCE aborda por tercera vez la relación entre el derecho al nombre y las libertades comunitarias. A la pregunta del *Amtsgericht Flensburg*, Alemania, sobre la relación con los artícu-

los 12 y 18 TCE de la regla alemana que vincula las normas de atribución del apellido sólo a la nacionalidad, responde el TJCE afirmando que la cuestión «cae» en el ámbito del TCE, y negando la compatibilidad de la solución germana y el artículo 18 TCE. Así el TJCE satisface las expectativas frustradas en la STJCE, asunto C- 96/04, *Niebuß* (2) y ahonda en una doctrina iniciada en 1993, asunto C- 168/91, *Konstantinidis*, fuertemente reforzada en 2003, asunto C-148/02, *García Avello* (3). Está por ver cuál es el alcance potencial de esta doctrina (4); y cómo será integrada en los ordenamientos nacionales (5).

2. La duda que resuelve el TJCE ahora se remonta a 2004, cuando el *Amtsgericht* de Niebuß planteó cuestión prejudicial sobre el TCE y su relación con el artículo 10 de la EGBGB alemana. El 27 de abril de 2006 el TJCE se declaró incompetente, al estimar que el órgano de remisión no ejercía una función judicial, sino una administrativa. Y es que, efectivamente, el asunto no llega al *Amtsgericht* en forma de contencioso, sino una vez resuelto éste por el *Kammergericht* de Berlín: al *Amtsgericht* sólo compete ofrecer un derecho de elección del apellido a uno de los progenitores (*vide* requisitos que deben concurrir en el procedimiento nacional a efectos del artículo 234 TCE, LARA AGUADO, M. A., «El caso *Niebuß* o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras», *La Ley*, 29 de septiembre de 2006). La respuesta del TJCE decepcionó a la doctrina: hasta el AG Jacobs, en conclusiones de 30 de junio de 2005, había estimado conveniente que el TJCE respondiera. La introducción por los padres del menor de otro recurso contra la negativa del oficial de estado civil a inscribir el apellido compuesto abre un contencioso y posibilita el curso de la cuestión prejudicial.

3. Después de *García Avello* no cabe duda que el orden comunitario puede afectar un aspecto, cual es el derecho al nombre, cuya regulación material corresponde en exclusiva al legislador nacional y presenta diferencias grandes en los países de Europa. El nombre de la persona física se ve implicado en la esfera de lo que es comunitario de una manera indirecta: si la norma que lo regula incurre en discriminación por razón de nacionalidad, y/o (*vide* en C) tiene capacidad para enervar el ejercicio de atributos que posee un individuo como ciudadano de la UE. En el asunto C-168/91, *Konstantinidis*, donde el problema surgió al hilo de la transliteración de un nombre griego a efectos de su registro en Alemania, se aprecia discriminación y se estima que está en juego la libertad de establecimiento; en el asunto C-148/02, *García Avello*, donde lo que plantea la duda es preferir una nacionalidad sobre otra a los fines de la atribución del apellido, se aprecia discriminación, y obstáculo a la prerrogativa de circular libremente que en potencia poseen quienes ostentan nacionalidad de un país comunitario. Esta es también la libertad que se dice protegida en *Grunkin-Paul*, donde el problema radica en la diferente forma de dotar a un niño de apellidos en los Estados, respectivamente, de su nacionalidad y su residencia habitual.

4. La jurisprudencia referida indica que son dos las vías de penetración de la incidencia comunitaria en la materia del nombre: como acabamos de ver, no se tolera la solución nacional que discrimina con base en la nacionalidad, y obstaculiza una libertad comunitaria. La misma jurisprudencia pone de manifiesto la siguiente evolución: se disocian los argumentos citados, y el segundo adquiere autonomía. Así, en *Konstantinidis*, núm. 15, se leía que las normas sobre trascripción de un nombre griego en caracteres latinos sólo atentan contra el artículo 52 (actual art. 43) TCE, que proscribía la discriminación en materia de libre establecimiento, «en la medida en que su aplicación crea para un nacional helénico un entorpecimiento tal que, de hecho, perjudica al libre ejercicio del derecho de establecimiento [...]». En *García Avello*, núm. 36, el TJCE asume que hay violación del artículo 12 TCE porque el doble nacional hispano-belga recibe en el Derecho belga idéntico tratamiento a quien ostenta únicamente la nacionalidad belga; y esa discriminación es apta para «causar graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado». Frente a los supuestos anteriores, en *Grunkin-Paul* no hay discriminación; pero, como sí se identifica una situación análoga a la de los niños de *García Avello*, se concluye contra la norma alemana controvertida.

Frente a la tendencia expansiva de que hace gala el TJCE es cierto que cabe aún a los Estados explicar las restricciones impuestas por sus sistemas jurídicos. Sin embargo, en el asunto C-353/06 el TJCE desestima las alegaciones con que el Gobierno alemán justifica la conexión en la materia del nombre; lo mismo que había ocurrido en *García Avello* con los argumentos a favor de la práctica belga en tela de juicio. El TJCE relativiza la importancia de las razones que se le aportan, contrastadas con el objetivo comunitario de libre circulación, que sería posible si el Estado afectado consintiera la práctica descartada en cada caso (núm. 42 de *García Avello*; núm. 31, 36 de *Grunkin-Paul*). También señala falta de correspondencia entre los motivos alegados y la solución nacional (núm. 43 de *García Avello*, núm. 32 de *Grunkin-Paul*); aprecia tal discordancia a la luz de datos de interés comunitario, como son la magnitud de los flujos migratorios en la Unión, o las divergencias entre los sistemas nacionales de atribución de apellidos. Finalmente, el TJCE resalta el hecho de que los ordenamientos nacionales admiten también excepciones: pero no presta ninguna atención a su *ratio*; simplemente emplea el dato a su favor. En este estado de cosas, parece que salvar las opciones jurídicas nacionales dependerá en gran medida de la habilidad para ligar su existencia a criterios propios de la UE: preferentemente, constitucionales, como son los derechos fundamentales; o el respeto de la cultura y las tradiciones de cada Estado. En fin, del discurso del TJCE se colige que podría tener éxito la llamada a la excepción de orden público, en forma de contrariedad con él de un apellido extranjero en concreto (núm. 38 de *Grunkin-Paul*); pero en este sentido también debe recordarse que es el propio TJCE el que fija, interpretando el TCE, los límites del orden público de cada Estado.

Así las cosas, la única barrera segura contra una intromisión comunitaria es que el supuesto de hecho considerado tenga carácter sólo interno. Ahora bien, también en este contexto procede realizar precisiones: el TJCE se ha decantado por una interpretación de lo que es comunitario que es propia, y amplia. «Propia», porque es ajena al calificativo que otros órdenes jurídicos den a la situación enjuiciada: o dicho de otra manera, no es relevante que casos como *Grunkin-Paul* sean considerados como meramente domésticos, lo que podría suceder desde la perspectiva de la autoridad alemana, del mismo modo que ocurría en *García Avello*, desde la belga (*vide* POILLOT-PERUZZETTO, S., «Nota», *JDI*, 2004, pp. 1225-1237, esp. p. 1229, p. 1231). «Amplia», porque en *Grunkin-Paul*, como ya en *García Avello*, el TJCE se apoya en un atentado potencial y futuro al ejercicio de la libre circulación (*vide* REQUEJO ISIDRO, M., «Estrategias para la comunitarización: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea», *La Ley*, 28 de noviembre de 2003). Un atentado en forma de dificultades en el marco profesional, pero también en el privado: aunque es verdad que el TJCE no reproduce la llamada del AG Jacobs en *Niebuill*, núm. 55, al nombre de la persona como elemento fundamental de identidad y de la vida privada del sujeto afectado (*vide* la justa crítica de MANSEL, H. P., «Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraum», *RabelsZ*, 2006, pp. 651-731, esp. pp. 709), las referencias que hace en los núms. 26 a 28 no están ceñidas al ámbito de la vida profesional del individuo.

A modo de corolario de lo anterior cabe apuntar algo que ya han señalado otros autores (y rechaza la AG E. Sharpston, núm. 93): siguiendo la lógica, basada en reforzar las libertades, del TJCE en *García-Avello* y *Grunkin-Paul*, cualquier situación relativa al estatuto personal es susceptible de caer en el ámbito de aplicación del TCE (ACKERMANN, T., «Case law», *Common Market Law Review*, 2007, pp. 141-154, esp. pp. 147-148; MANSEL, H. P., pp. 710-711). La circunstancia de ostentar diferentes apellidos en diferentes países comunitarios es sólo un caso de falta de uniformidad apto para afectar negativamente una libertad comunitaria: lo mismo puede suceder por razón de una diversa valoración de cualquier aspecto relativo al estatuto personal. Así, el TJCE está abriendo camino al Derecho comunitario en los ámbitos más próximos a la persona como tal. Lo hace en ejercicio de su tarea legítima de asegurar la correcta aplicación del TCE: pero ello no elimina los inconvenientes ligados a un método casuístico

y desordenado, que ya ha puesto de relieve la doctrina (HENRICH, D., «Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage», *IPRax*, 2005, pp. 422-424, *passim*; BARATTA, R., «Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC», *IPRax*, 2007, pp. 4-11, esp. pp. 10-11).

5. Con *García Avello* y *Grunkin-Paul* el TJCE lleva al ámbito del nombre el método «mercado interior» (POILLOT-PERUZZETTO, S., p. 1236), introduciendo una obligación de reconocimiento recíproco (HENRICH, D., *passim*; BARATTA, R., *passim*). No indica, no obstante, la manera de satisfacerla: como ha expresado ACKERMANN, T., p. 152, la referencia literal a un «reconocimiento» del apellido en *Grunkin-Paul* «does not refer to procedural devices of recognition of foreign law by domestic courts», sino «to a result that may be brought about by any means». La doctrina (*vide* la citada a lo largo de esta nota) identifica varias fórmulas posibles: una conflictual; otra, en términos de reconocimiento (de la inscripción registral extranjera; de las normas extranjeras sobre el nombre); y otra, en forma de modificación del Derecho material interno sobre el nombre. Esto último es lo que ha sucedido en el Derecho de Bélgica después de *García Avello*: la decisión se tradujo en una circular ministerial según la cual, en caso de procedimiento de cambio de nombre, una persona con las nacionalidades belga y de otro Estado de la UE tiene derecho a mantener el nombre correspondiente al sistema jurídico extranjero. Una solución idéntica no valdría ya en *Grunkin-Paul*, porque no está en juego una doble nacionalidad, sino una nacionalidad y la residencia. Aparece de este modo un problema que es común a todos los mecanismos citados: el de cómo seleccionar los referentes, o qué sistemas son relevantes entre todos los comunitarios a los que esté conectada una situación de hecho; y cuál de ellos prevalece. En un ejemplo: para un caso en el que existan varias inscripciones de un sujeto —en el país del que es nacional; aquel en el que ha nacido; allí donde reside—, cuáles cuentan; y qué criterio (¿prioridad temporal; elección del individuo concernido?) señala una como preferente. Confrontado a soluciones conflictuales, en *García Avello* y *Grunkin-Paul* el TJCE ha elegido en cada supuesto aquella que mejor servía al ejercicio de la libertad comunitaria en juego: lo que implica una concreción caso por caso. Tal indeterminación subraya lo ya apuntado al final del apartado anterior: la necesidad de una intervención ordenada y global del legislador comunitario, frente a la casuística y puntual del TJCE.

Marta REQUEJO ISIDRO

## 2. Protección de menores

2008-25-Pr

**PROTECCIÓN DE MENORES.—Kafala marroquí.—Constituida en Marruecos sobre una menor declarada previamente desamparada.—Solicitud de visado de residencia por reagrupación familiar. ¿La kafala constituida atribuye la «representación legal» de la menor? Concesión del visado.**

Preceptos aplicados: Arts. 3, 13, 16 y 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, 20 del Reglamento de Extranjería, 20 de la Convención Internacional de los Derechos del niño, y 19 CE.

*Tercero.* «... La precitada Resolución-Circular consideró que la kafala del Derecho de los países de inspiración coránica, al ser una institución que no crea un vínculo de filiación entre el kafiles, o persona que asume la kafala del menor, y este último, y que se limita a fijar una obligación personal por la que el primero se hace cargo del segundo y se obliga a atender

su manutención y educación, constituye una situación similar al acogimiento o prohijamiento del Derecho español. Las dudas que pudieran suscitarse respecto a qué clase de acogimiento familiar es asimilable la kafala, a los efectos de la reagrupación familiar... han sido despejadas por la Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007, sobre la kafala, declarando que «cuando se solicite un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica, en base a un documento de kafala no constituido por los padres biológicos del niño (por no estar éstos determinados, ser un huérfano el menor o haber sido éste declarado abandonado por la autoridad competente de acuerdo con la legislación interna del país de origen) y habiendo intervenido en el procedimiento una autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, en orden a la protección del interés del menor, se considerará que el citado documento sí establece entre el ciudadano español, o el extranjero residente en nuestro país, y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa (tal como se contempla, por ejemplo, en la Ley 15-01 marroquí de guarda de menores abandonados, de 13 de junio de 2002). En estos casos se considerará al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero, razón por la cual la acogida podrá tener carácter permanente...», contemplando dicha Instrucción la validez de la vía de la reagrupación familiar para que el menor pueda trasladar su residencia a España.

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso administrativo, de 3 de abril de 2008. Francisca Maria de Flores Rosas Carrión.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2008/189480.

**Nota:** 1. La Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de abril de 2008 constituye un buen exponente de cómo las cuestiones de extranjería presentan una gran importancia en el marco de las medidas de protección de menores extranjeros adoptadas por autoridades extranjeras. La presente resolución resuelve el recurso frente a la denegación, por parte de las autoridades consulares, del visado de residencia temporal por reagrupación familiar de una menor, de nacionalidad marroquí, sobre la que se ha constituido una *kafala* previa declaración judicial de abandono. La principal cuestión a dilucidar en el presente recurso es determinar si a quienes les fue entregada la menor ostentan o no su «representación legal», tal como exige el artículo 17 c) de la Ley sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para la concesión de dicho visado. El TSJ de Madrid admite el recurso basándose en la Resolución-Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006 (BOE núm. 207, de 30 de agosto de 2006) y, fundamentalmente, en la Instrucción de la Dirección General de Inmigración –DGI/SGRJ/06/2007, sobre *kafala*, de 27 de septiembre de 2007 (puede consultarse el texto en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Inmigración y Emigración)–. Dicha Instrucción trata de resolver la falta de previsión expresa en la normativa de extranjería para documentar a los menores extranjeros que entren en España bajo el régimen de *kafala*. A tales efectos, distingue dos tipos de *kafalas*. Por un lado, aquella que ha sido constituida por autoridad pública extranjera bien porque el menor sea huérfano, bien porque haya sido declarado en desamparo, como así sucede en el presente caso. En estos supuestos, la *kafala* no establece vínculo de filiación alguno, pero sí genera, según dicha Instrucción, un régimen jurídico equiparable a la «tutela dativa», por lo que la persona bajo cuya petición se ha constituido la *kafala* (*kafil*), se considerará su representante legal, y la entrada del menor en España se producirá previa obtención de un visado de residencia por reagrupación familiar. El otro tipo de *kafala* es la constituida por los padres biológicos del menor, con independencia de que haya intervenido en el proceso una autoridad pública, ya sea judicial o administrativa. Esta *kafala* no genera entre el menor extranjero y el *kafil* un régimen jurídico equiparable a la «tutela dativa» (vide Instrucción DGI/SGRJ/01/2008, sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre

los que el reagrupante ostenta la representación legal, de 17 de enero de 2008). El *kafil* no es el representante legal del menor extranjero, lo que conlleva la denegación de dicho visado (*ad. ex.* STSJ de Madrid de 5 de junio y 10 de julio de 2008). La DGI mantiene, por tanto, una interpretación estricta del término «representante legal» a efectos de conceder dicho visado. Para ésta, el hecho de que los progenitores biológicos cedan o deleguen la patria potestad en una tercera persona no tiene validez en España. En tales casos, los menores sólo podrán obtener de conformidad con el artículo 93 del Reglamento de extranjería (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre –BOE núm. 6, de 7 enero de 2005– en adelante, Regl.LOEx) visado de estancia con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones. Esta postura ha sido criticada por la doctrina con razón (LARA AGUADO, A., «La adopción de menores extranjeros como vía de inmigración en Andalucía», en prensa), aunque no puede decirse lo mismo de las autoridades marroquíes que aprueban toda medida adoptada por autoridades extranjeras que respeten las instituciones marroquíes (*vide* Seminario sobre Registro Civil y *kafala* celebrado en Rabat en mayo de 2006 –<http://www.acmh.net/foro>–). En cualquier caso, la extensión a estos menores del régimen previsto en el artículo 93 del Regl.LOEx no es acertada, porque su presencia en territorio español no es temporal, sino que vienen con la intención de que se constituya luego una adopción ante autoridad española, aunque se trate de un proceso que no está permitido en Marruecos. De ahí, la inadecuación de la vía de acceso a territorio español que, aunque solucione el problema de la entrada del menor en territorio español (Derecho de extranjería), plantea el posterior problema de «regularizar» (desde la perspectiva del DIPr) la situación del menor en España. Si el menor no puede adoptarse, ¿permanecerá en España como «acogido»? ¿Hasta cuándo? ¿Dicha situación beneficia realmente al menor? ¿No sería más conveniente constituir *ex novo* una tutela en España?

2. La decisión adoptada por el TSJ de Madrid nada tendrían de particular si no fuera porque en el relato de los hechos de la presente decisión consta que la menor es sobrina de una de las personas a las que se otorga la *kafala* –previa declaración de abandono de la misma– por carecer sus progenitores de medios suficientes para atenderla, como así admite el Derecho marroquí (OUALD ALI, K. y SAGHIR, D., «Acercamiento a la adopción en los países del Magreb», en AA.VV., *Regulación de la adopción internacional. Nuevas problemáticas, nuevas soluciones*, G. Esteban de la Rosa, coord., Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 84-113). A partir de aquí, se nos plantean una serie de interrogantes: a) ¿Puede influir en las relaciones internacionales de familia la forma de entrada de un menor en España sobre el que se ha constituido una *kafala*?; b) ¿Sería reconocida en España dicha *kafala* teniendo en cuenta que todas las partes implicadas (menor, progenitores y *kafils*) son nacionales marroquíes que residen legal y habitualmente en nuestro país? ¿No estaríamos ante un caso evidente de «fraude»?; y c) Si la *kafala* fuera reconocida en España, ¿podría constituirse posteriormente la adopción en nuestro país?

3. a) ¿Hasta qué punto la negativa a la solicitud de un visado de reagrupación familiar puede condicionar la integración de un menor en España? Esta pregunta surge al hilo del análisis de las dos Instrucciones de la DGI, antes citadas, en las que se establecen los criterios a seguir para conceder o no el visado de reagrupación familiar a menores sobre los que se ha constituido una *kafala*. Queda claro que si en la *kafala* intervienen los padres biológicos se denegará dicho visado, por lo que la acogida del menor tendrá, en todo caso, carácter temporal (art. 93 Regl.LOEx) y las posibilidades de constituir una posterior adopción en España son nulas (art. 4. 3.º de Ley 54/2007 de adopción internacional –BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007–), lo que perjudica indudablemente el «interés del menor». Es evidente que la DGI no tiene en cuenta las particularidades del Derecho extranjero. Y es que el Derecho marroquí permite que la *kafala* se constituya sobre menores cuyos padres biológicos no pueden hacerse cargo de sus hijos bien directamente por éstos, bien previa declaración de desamparo del menor por autoridad judicial competente. No tener en cuenta esta

particularidad implica que un menor pueda acceder o no a «una vida mejor» en España, dependiendo de si sus progenitores o sus *kafiles* han sido bien asesorados o no a la hora de constituir una *kafala* que le permita entrar y «regularizar» (desde la perspectiva de DIPr) su situación en nuestro país. No consideramos que en esta actitud haya algún prejuicio relacionado con una determinada política migratoria concreta. Pero, en cualquier caso, tal actitud perjudica considerablemente a determinados menores, por lo que debe imponerse el sentido común. Debe tomarse en consideración todos los datos del caso, especialmente el «interés superior del menor». Debe flexibilizarse la interpretación del término «representante legal». se forma que, aunque la *kafala* se hubiese constituido sin obtener la «declaración judicial de desamparo» del menor, debería concederse el visado de residencia por reagrupación familiar una vez comprobado si dicho acto conlleva, según la legislación marroquí, un «abandono» consciente y autorizado del menor por parte de su padres biológicos. Eso, o conceder al menor que no ha sido previamente en situación de desamparo otro visado que le permita entrar legalmente y «regularizar» (desde la perspectiva del DIPr) su situación en España. Conforme al régimen normativo actual, dicho visado debería ser el de «residencia no lucrativa».

b) La integración de una *kafala* (medida de protección) constituida ante autoridad extranjera se somete en España, desde la entrada en vigor de la Ley 54/2007, a las reglas de reconocimiento establecidas en su artículo 34. Según el cual, será reconocida siempre que: los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los previstos en la ley española, se observen determinadas exigencias documentales (legalización o apostilla y traducción) y no sean contrarios al orden público (arts. 34.1.1.º y 4.º y 34.2). Además, el artículo 34.1.2.º establece la necesidad de que la institución de protección haya sido constituida por la autoridad extranjera competente, excluyendo el reconocimiento en caso de competencias exorbitantes. El respeto a las normas de competencia del Estado de origen cede cuando la institución no presente conexiones razonables con el país cuyas autoridades hayan constituido la medida de protección. Por lo que, en el presente caso, el «fraude» podría fiscalizarse perfectamente a través del control de competencia del Tribunal de origen y, en todo caso, a través de la cláusula de orden público. Por otra parte, el artículo 34.1.3.º exige la necesidad de controlar que se haya respetado la ley aplicable a la institución de protección conforme las normas de conflicto del sistema extranjero de origen; un doble control que resulta no sólo complejo, sino absurdo.

c) No obstante lo anterior, en el caso de que fuera reconocida en España la *kafala* como «tutela», surtirá los efectos de esta institución española, lo que facilita que se constituya posteriormente, *ex novo*, una adopción plena en España, regida por la Ley española (CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre 2007, sobre adopción internacional, Reflexiones y Comentarios*, Comares, Granada, 2008, p. 316). Lo que implicaría la valoración de la idoneidad, la obtención de los consentimientos y, en definitiva, la observancia de todo el proceso establecido en el Derecho español. Cierto es que aquí podían surgir, como ha apuntado, F. Calvo Babío, nuevos impedimentos derivados del estatuto musulmán que prohíbe la adopción y al que pertenecen las personas e instituciones que deben prestar su consentimiento para la constitución de la adopción (ídem, *Reconocimiento en España de adopciones simples realizadas en el extranjero*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 418). De hecho, el artículo 19.4.º del Proyecto de Ley de adopción internacional prohibía la constitución de adopciones cuando la ley nacional del menor prohibiese o desconociese la adopción. Esta restricción ha desaparecido en la Ley 54/2007, pero, en cualquier caso, siembra la duda. No obstante, ésta es una cuestión que dependerá del «interés del menor».

2008-26-Pr

**PROTECCIÓN DE MENORES.—Denegación de visado por reagrupación familiar. Kafala constituida sin intervención judicial ni administrativa, por simple acta notarial. No ostentación por el recurrente de la representación legal de la menor extranjera. Acogida de carácter no permanente. Procedencia de la denegación. Estimación del recurso.**

Preceptos aplicados: artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; artículo 39 b) y c) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

*«Doña María Inmaculada, nacional de Marruecos, ha interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consulado General de España en Rabat de 24 de febrero de 2006, mediante la que se desestimó el recurso de reposición formulado contra la de 6 de febrero de 2006, que denegó a su sobrina, la menor Gabriela, también nacional de Marruecos, visado de residencia por reagrupación familiar.*

*La solicitud de visado fue denegada en aplicación de los apartados b) y c) del artículo 39 Real Decreto 2393/2004, al considerarse que la kafala constituida en Marruecos sobre una menor no tiene equivalencia en el Derecho español, y en ningún caso puede considerarse adopción ni tutela, por lo que no constituye base jurídica para sustentar la solicitud de reagrupación familiar [...]*

*[...] Conforme al apartado c) del artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, son familiares reagrupables los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.*

*3. Sin intervención judicial ni administrativa, sino por simple acta notarial otorgada el 15 de marzo de 2002, don Carlos Ramón y doña Bárbara entregaron la tutela de su hija a doña María Inmaculada, para que se hiciera responsable de su vestimenta, educación, alojamiento y todas las necesidades cotidianas y para que pudiera viajar con ella al extranjero sin ninguna condición y siendo la responsable de sus asuntos civiles y económicos.*

*[...] la Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007 ha tratado de aproximarse al tema y despejar las dudas respecto a qué clase de situación familiar es asimilable a la kafala, concluyendo que la misma sí establece entre el ciudadano español, o el extranjero residente en nuestro país, y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa cuando se ha otorgado no por los padres biológicos sino por una autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, en cuyo caso se puede considerar al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero... Este no ha sido, sin embargo, el caso litigioso, en el que la kafala se ha otorgado por los padres biológicos y sin intervención judicial ni administrativa, sino solo mediante un acta notarial, es decir, mediante un procedimiento en que los intereses del menor no se han protegido ni garantizado por una autoridad pública.*

**FALLAMOS:**

*Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña María Inmaculada contra la resolución del Consulado General de España en Rabat de 24 de febrero de 2006.*

**[Sentencia del TSJ de Madrid núm. 996 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 5 de junio de 2008. Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Jesús Vegas Torres.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2008/294252.

**Nota:** 1. La Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de junio de 2008 aparentemente desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una marroquí residente en España contra la resolución del Consulado General de España en Rabat que había denegado el visado de residencia por reagrupación familiar por *kafala* a una menor de nacionalidad marroquí. La recurrente, tía de la menor solicitó una autorización de residencia para su sobrina a la Subdelegación del Gobierno de Barcelona, que se la concedió al entender que la reagrupante tenía la tutela de la menor. La intención del TSJ de Madrid es desestimar el recurso y confirmar la denegación del visado de residencia por reagrupación familiar, por no cumplirse los requisitos del artículo 17 c) de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LO 4/2000) para considerar a la menor marroquí como familiar reagrupable, ya que el reagrupante no es su representante legal. El TSJ llega a la conclusión de que la *kafala* constituida en Marruecos no transfiere la representación legal de la menor a terceras personas, al haberse constituido en virtud de un acta notarial por la que los progenitores biológicos entregaron la tutela de su hija a su tía, sin que se hayan garantizado en el procedimiento los intereses de la menor con la intervención de una autoridad pública. Ahora bien, el TSJ de Madrid dispone literalmente en el fallo que estima el recurso, pese a que en los fundamentos de Derecho dispone expresamente lo contrario. El 19 de septiembre de 2008 se dictó un auto de aclaración, a cuyo contenido no hemos tenido acceso. Suponemos que dicho auto ha subsanado el defecto cometido en el fallo, lo que posibilita el artículo 214 de la LEC, que prevé el auto de aclaración como el cauce adecuado para aclarar conceptos oscuros o rectificar errores materiales de que adolezcan las resoluciones judiciales pronunciadas. Este precepto, en virtud de la disposición final 17.ª de la LEC debe ser valorado de conformidad con el artículo 267 de la LOPJ [sobre la aplicabilidad de estos preceptos, vide LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. y REVERÓN PALENZUELA, B., «Artículos 206-216», en V. GIMENO SENDRA (dir.), *Proceso Civil Práctico*, t. III, artículos 206 a 280, La Ley, Madrid, 2001, pp. 103-104]. Según el TC, los autos de aclaración no pueden utilizarse para sustituir una resolución judicial por otra de fallo contrario (STC 122/1996, de 8 de julio), salvo que se trate de un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma resolución, sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas (STC 48/1999, de 22 de marzo, *La Ley*, 1999, 4395), lo que sucede en esta sentencia, que evidencia que el órgano judicial se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo.

2. El documento marroquí por el que se constituyó la *kafala* ha sido objeto de diferente valoración por la Subdelegación del Gobierno de Barcelona, que concedió la autorización de residencia y por el Consulado General de España en Rabat, que denegó el visado de residencia por reagrupación familiar. La entrada en España de menores en virtud de reagrupación familiar puede producirse por adopción en virtud del artículo 17.1.º b) LO 4/2000 [vide LARA AGUADO, A. «La adopción como vía de inmigración en Andalucía», en prensa y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «Algunos aspectos del Derecho de extranjería en la adopción internacional», en N. GONZÁLEZ MARTÍN y A. RODRÍGUEZ BENOT (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001]. Pero, la *kafala* no es equivalente a la adopción regulada en Derecho español [vide OUALD ALI, K. y SAGHIR, T., «Acercamiento a la adopción en los países del Magreb», G. Esteban de la Rosa (coord.), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, ed. Thomson/Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 84-113]. Así lo ha destacado la DGRN en la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, sobre el reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales: el *kafil* o persona que asume la *kafala* del menor no mantiene ningún vínculo de filiación con éste, sino que tan sólo asume la obligación de atender a su manutención y educación, de forma similar a la situación de acogimiento del Derecho español [vide, entre otras, la Res. DGRN (2.ª) de 21 de marzo de 2006, *cit.*; (5.ª) de 27 de febrero

de 2006, *Anuario DGRN* 2006, vol. III, pp. 3181-3183; (2.<sup>a</sup>) de 13 de octubre de 1995, *Anuario DGRN* 1995, vol. I, pp. 1828-1831; de 18 de octubre de 1993, *Anuario DGRN* 1993, vol. I, pp. 1890-1892]. Esta práctica ha sido plasmada en la Ley 54/2007 de adopción internacional, que admite su reconocimiento, bien como acogimiento familiar, bien como tutela, según decida la autoridad española competente (art. 34), lo que permitirá la posterior constitución *ex novo* de una adopción plena en España, conforme al Derecho español.

Es aplicable el artículo 17.1.º c) de la LO 4/2000, siempre que la *kafala* transmita la representación legal a los acogedores, de conformidad con la ley nacional del menor (arts. 30.2.º y 33 de la Ley 54/2007; vide STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2005, *JUR* 2006/214863 y STSJ de La Rioja de 21 de febrero de 2005, *JUR* 2006/291265; vide ZABALO ESCUDERO, E., «Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 18, julio 2008, pp. 65-66). A ello obliga la Instrucción de 18 de enero de 2008, de la Dirección General de Inmigración DGI/SGRJ/01/2008, sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal [[http://extranjeros.mtas.es/es/normativa\\_jurisprudencia/Nacional/Instrucción/DGI\\_01-2008.pdf](http://extranjeros.mtas.es/es/normativa_jurisprudencia/Nacional/Instrucción/DGI_01-2008.pdf).], que impone a la Delegación o Subdelegación del Gobierno ante la que se solicite el visado de residencia por reagrupación familiar que sólo lo conceda si el reagrupante es el representante legal del menor; dicha condición ha sido establecida por la autoridad competente del Estado de origen (preferentemente judicial) y es reconocida por reunir los requisitos para producir efectos en España. Pero la Instrucción DGI/SGRJ/06/2007, sobre *kafala*, de 27 de septiembre de 2007 [[extranjeros.mtin.es](http://extranjeros.mtin.es)] evidencia la existencia de dos tipos de *kafala*: cuando el menor es huérfano o ha sido declarado en desamparo y es constituida por autoridad pública extranjera, sin intervención de sus progenitores, se establece entre el menor extranjero y el acogedor un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa, el acogedor se considera su representante legal y la acogida tiene carácter permanente. En estos casos, la entrada del menor en España, se produce previa obtención del visado de residencia por reagrupación familiar, de conformidad con el artículo 17.1.º c) de la LO 4/2000 y artículo 39 c) del Reg. LO 4/2000 (Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de abril de 2008). Por su parte, la *kafala itifaqiya*, formalizada en virtud de un contrato privado entre los padres y otra persona a la que se confía legalmente el hijo, no conlleva privación de la patria potestad, por lo que la representación legal recae sobre los progenitores biológicos y no generándose entre el menor extranjero y el *kafil* un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa, procede denegar la concesión del visado (vide entre otras, las Res.DGRN 3.<sup>a</sup> de 3 de noviembre de 1998 y de 21 de marzo de 2006, *BOE* núm. 128, de 30 de mayo de 2006 y las STSJ de Madrid de 5 de junio de 2008 y 10 de julio de 2008).

Antes de que se dictara la Instrucción DGI/SGRJ/01/2008, se aplicaba la Instrucción DGI/SGRJ/06/2007, sobre *kafala*, de 27 de septiembre de 2007, que consideraba que estábamos ante acogimientos de carácter temporal, por lo que, de conformidad con el artículo 93 del Reg. LO 4/2000, los menores podrían obtener un visado de estancia con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones [con estas reglas establecidas por la DGI queda descartada la solución por la que optó la STSJ de Andalucía de 14 de septiembre de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), que permitió la permanencia en España del menor acogido en *kafala* en virtud del art. 31.3.º LO 4/2000 por razones humanitarias]. Esta solución fue criticada por la doctrina con razón, porque la presencia de los menores en territorio español no es temporal, sino que vienen con la intención de que se constituya luego una adopción ante autoridad española [vide De LORENZO SEGRELLES, J. M., «Artículo 35. Residencia de menores», en C. Esplugues Mota (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2006, p. 874; OUALD ALI, K. y SAGHIR, T., «Acercamiento a la adopción...», *cit.*, p. 107]. Además, los acogedores tienen que firmar un escrito reconociendo que el desplazamiento no tiene por objeto la adopción y compromete-

tiéndose a favorecer el regreso a su país, una vez concluida la estancia prevista, lo que nada tiene que ver con el propósito para el que se constituye la *kafala*: convertirla en España en una adopción con todos sus efectos. De ahí, la inadecuación de esta vía de concesión del visado, aunque solucione el problema de la entrada del menor en territorio español, pues queda sin solventar su situación administrativa posterior. La alternativa, consistente en denegar la solicitud de visado, podría perjudicar más el interés del menor, al no permitirle la entrada en España para estar con la familia de acogida, si bien las autoridades marroquíes celebran el que se adopten medidas en los Estados receptores de menores marroquíes para no permitir la constitución de adopciones no permitidas por la normativa marroquí y que se respeten las medidas de protección constituidas en Marruecos, tal y como están previstas en la legislación marroquí [vide Seminario sobre Registro Civil y *kafala* celebrado en Rabat en mayo de 2006: <http://www.acmh.net/foro>]. En todo caso, hay que tener en cuenta que, tras las alarmantes cifras de menores extranjeros que están llegando a los países occidentales a través de alguna variante de adopción internacional, muchas veces hay un motivo de tipo económico que explica la separación del menor de su familia biológica. Se da por supuesto que el interés del menor consiste en integrarlo en su nueva familia y se olvida el drama que padecen quienes deben separarse por carecer de recursos económicos. Ante esta situación, es secundaria cualquier reflexión que no conduzca a favorecer la permanencia del menor con su familia biológica y a restringir las «adopciones» a los casos en que la familia biológica no sea idónea por otras causas.

Ángeles LARA AGUADO

### 3. Adopción internacional

2008-27-Pr

**ADOPCIÓN INTERNACIONAL.–Kafala islámica. Inadmisión a trámite de la solicitud de adopción. Ausencia de legitimación activa de la solicitante. Exigencia de propuesta previa para la iniciación del expediente.**

Precepto aplicado: artículo 24 Ley 54/2007, de Adopción internacional.

*Primero. El presente recurso impugna el Auto que inadmite a trámite la solicitud de adopción instada por la persona a quien se otorgó la guarda del menor, según resolución judicial marroquí, mediante la institución denominada kafala. Cuestiona la aplicación de lo dispuesto en el artículo 120.1 en relación con el artículo 117.1 CFC, alegando que el artículo 120.3 exige de la necesidad de propuesta previa del organismo competente en los supuestos del apartado c) del precitado artículo cuando el menor hace más de un año que se encuentra en situación de acogimiento preadoptivo. [...].*

*[...] Lo que se plantea es la cuestión de la legitimación activa para promover el Expediente, esto es, para solicitar la adopción.*

*Segundo. La kafala regulada en Marruecos por la Ley 15/01 se define legalmente como la guarda de un menor abandonado, con la obligación de encargarse de su protección, educación y sustento del mismo modo que se haría con su hijo propio pero sin derecho a la filiación ni a la sucesión [...]. Sobre esta institución se ha pronunciado la DGRN en Resoluciones 2/2006, de 21 de marzo y 31 de mayo de 2006. También en su Resolución-Circular de 30 de*

agosto de 2006 trata los efectos de la kafala en Derecho español. Para equipararla con alguna de las instituciones de Derecho español, mediante la técnica de «calificación por la función», buscando una institución que desarrolle una función similar, se puede asimilar al acogimiento familiar. Esta equiparación no permite prescindir de la intervención y control de las autoridades estatales y, por tanto, no cabe atribuir la iniciativa para la adopción al adoptante. Admitiendo el carácter de adopción internacional, por la presencia de «un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o residencia habitual de adoptante y adoptado» según el artículo 1.2 de la Ley 54/2007, esta ley en su artículo 24 regula la «Propuesta Previa de Adopción» que atribuye a la autoridad pública correspondiente al último lugar de residencia habitual del adoptante en España. Establece un sistema de control basado en la distribución de responsabilidades entre las autoridades de los Estados implicados a fin de garantizar la idoneidad de las personas y del procedimiento, por lo que exige para la iniciación del expediente la «Propuesta Previa» [...].

[Auto AP de Tarragona núm. 67/2008 (Sección 1.ª), de 23 de junio. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Pilar Aguilar Vallino.]

F.: Aranzadi (Westlaw), AC/2008/1710.

**Nota:** 1. El auto objeto de comentario se enmarca entre los variados problemas que desde hace años vienen suscitando en España la situación jurídica de aquellos menores cuya ley nacional prohíbe la adopción y que precisamente con fines de adopción son acogidos por españoles o residentes en nuestro país en el marco de una *kafala* constituida por autoridad extranjera.

En este caso la Audiencia de Tarragona resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el JPI núm. 5 de Tarragona de 16 de noviembre de 2007 que inadmite a trámite la solicitud de adopción instada por una persona a quien se otorgó la guarda del menor según resolución judicial marroquí mediante *kafala*. El motivo de la inadmisión, según se desprende del FJ 1.º de la resolución de la Audiencia, es la falta de legitimación activa de la solicitante para promover el expediente de adopción. La Audiencia confirma el auto de inadmisión, exigiendo la propuesta previa de adopción de la entidad pública. Sólo días más tarde, la AP de Barcelona (Sección 18), en el Auto de 8 de julio de 2008, al resolver contra la denegación de la constitución de una adopción en un supuesto análogo, se pronuncia en sentido completamente contrario, pues no sólo no exige la propuesta previa sino incluso exime a los *kafils* de la exigencia del transcurso del plazo de un año desde la fecha en que el menor se encuentra en situación de acogida [Aranzadi (Westlaw), JUR 2008/315373].

El problema esencial que suscitaba el supuesto (y única cuestión sobre la que la Audiencia debía pronunciarse) radicaba en determinar si en casos de menores acogidos en el marco de una *kafala* constituida por autoridad extranjera, los *kafiles* podían beneficiarse en el procedimiento de constitución *ex novo* de adopción en España de la exención de propuesta previa que con carácter general debe emitir la Entidad Pública (exención prevista en los supuestos en que el menor hace más de un año que se encuentra en situación de acogimiento preadoptivo y que se contiene tanto en el Derecho civil común *ex* artículo 176.2.3.º CC como en la legislación catalana *ex* artículo 120.3 CFC, que *in casu* resultaba aplicable).

El objeto de esta nota se circunscribirá al análisis de esta cuestión a la luz de la resolución de la Audiencia y de la normativa vigente, aunque hubiera resultado interesante examinar cómo nuestros tribunales se desenvuelven en la aplicación de las normas de determinación de la ley aplicable a la adopción contenidas en la controvertida Ley 54/2007, de Adopción internacional (en adelante, LAI), en este supuesto concreto en que concurren circunstancias particulares, tales como que la ley nacional del adoptando prohíbe la adopción o que se suscitan aspectos de Derecho interregional no contemplados por la LAI.

2. Antes de la entrada en vigor el 30 de diciembre de 2007 de la LAI, el Derecho español no contaba, por supuesto, con una respuesta legal *ad hoc* a la cuestión de precisar si los *kafiles* pueden recurrir al artículo 176.2.3.º CC para iniciar un expediente de adopción (y, en consecuencia, ostentan legitimación), pues nuestro ordenamiento no contemplaba estas medidas de protección de menores que no producen vínculos de filiación y que son acordadas por autoridades extranjeras. Existía al respecto un precedente jurisprudencial importante en sentido favorable [SAP de Granada (Sección 4) de 25 de abril de 1995, inédita, nota de MOYA ESCUDERO, M., *REDI*, vol. XLVII, 1995, pp. 415-419], muestra palmaria de calificación funcional (así es calificada por FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4.ª ed., Pamplona, 2007, p. 127), equiparando la *kafala* del ordenamiento marroquí con el acogimiento en nuestro ordenamiento. La doctrina apuntaba también esta solución (vide, RODRÍGUEZ MATEOS, P., «Nota a RDGRN de 14 de mayo de 1992», *REDI*, vol. XLIV, 1992, p. 664; ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord.), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Pamplona, 2007, p. 270].

La incorporación en la LAI de un precepto específico destinado a regular los efectos jurídicos en España de las *kafalas* (art. 34) podría hacer pensar que el legislador ha resuelto las cuestiones que plantean estas medidas de protección constituidas por autoridades extranjeras en el Derecho español y, por ende, la suscitada en la resolución. Sin embargo, el AAP de Tarragona tiene, al menos, la virtud de revelar la incompleta regulación legal prevista al respecto y que es susceptible de generar una jurisprudencia tan divergente como la que refleja esta resolución en relación al AAP de Barcelona anteriormente citado.

3. Una primera lectura del conciso y pobre en datos AAP de Tarragona parece dar la impresión de que se está en presencia de una decisión ajustada o conforme a Derecho. Sin embargo, una segunda lectura arroja que se trata de una conclusión errónea. En mi opinión, la Audiencia se equivoca en la interpretación y aplicación que realiza de la nueva legislación frente a la contradicción «aparente» que existe entre el artículo 24 LAI y el artículo 34 LAI en relación al artículo 120.3 CFC, contradicción que la resolución no advierte.

4. Efectivamente, la argumentación del auto para confirmar la falta de legitimación de la solicitante es errónea y contradictoria: en primer lugar, asume la tesis de la calificación funcional sostenida en el pasado por la DGRN, equiparando la *kafala* al acogimiento familiar del Derecho español y, en segundo lugar, aplica el artículo 24 LAI del que deduce la exigencia de propuesta previa *in casu*.

El artículo 24 LAI, precepto titulado «Propuesta previa de adopción», creo que de modo alguno resultaba aplicable a esta solicitud de adopción, que como recoge acertadamente el auto es una solicitud de «adopción internacional» ex artículo 1.2 LAI, en tanto (aunque no lo dice) concurre al menos con certeza un elemento extranjero que es la nacionalidad del adoptando. El artículo 24 no es aplicable porque, aunque erróneamente se encuentra entre las «disposiciones comunes» del cap. II de la LAI, es aplicable exclusivamente en los supuestos de adopción consular. Esta conclusión se infiere sin dificultad de la redacción y contenido del precepto, que sólo tiene sentido en el marco de la adopción consular: «*La entidad pública correspondiente al último lugar de residencia habitual del adoptante en España será competente para formular la propuesta previa de adopción. Si el adoptante no tuvo residencia en España en los últimos dos años no será necesario propuesta previa, pero el Cónsul recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquel informes suficientes para valorar su idoneidad*». Se observa, además, que el artículo 24 se corresponde con el texto del artículo 9. III CC en su versión derogada por la LAI y que se refería a la adopción consular. Se trata, por tanto, de un error en la tramitación final de la LAI, pues parece ser, como explican CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (*La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional*, Granada, 2008, p. 149) que en el Proyecto de la LAI, se contenía como rúbrica del artículo 24 «*La adopción consular y propuesta previa de adopción*»,

pero que dicha rúbrica fue alterada durante la tramitación parlamentaria del precepto y desapareció la mención relativa a la «adopción consular».

La obligación de la Audiencia para resolver la pretensión aducida conducía inequívocamente a aplicar el artículo 34 LAI, que es el precepto que novedosamente regula las condiciones exigibles para que las medidas de protección que no produzcan vínculos de filiación adoptadas por autoridades extranjeras sean consideradas como equivalentes a un acogimiento familiar o a una tutela del Derecho español. Por tanto, se debió controlar incidentalmente si la *kafala* sobre la que se sustentaba la pretensión de la solicitante cumplía todos los requisitos enumerados en dicho precepto para ser sustituida por un acogimiento preadoptivo del contemplado en el CFC (existencia de una correspondencia sustancial de los efectos, control de la competencia internacional de la autoridad extranjera conforme a los criterios de competencia recogidos en su propio Derecho junto a la exigencia de conexiones razonables, control de la ley aplicada por la autoridad extranjera, control de la regularidad formal del documento en el que consta la *kafala* y que su reconocimiento no produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español). Si la *kafala in casu* superaba todas estas condiciones (como parece ser de los datos fácticos que se desprenden de la resolución), teniendo en cuenta que en virtud del artículo 34 LAI se realiza una sustitución de la *kafala* islámica por el acogimiento familiar español o, en su caso, por la tutela española (vide CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 316), la solución alcanzada hubiera sido la contraria a la sostenida por la Audiencia, reconociéndose la legitimación de la solicitante para iniciar el expediente de constitución de adopción, al poder acogerse a la excepción de propuesta previa legalmente prevista.

Básicamente, creo que ésta hubiera debido ser la argumentación jurídica para resolver el *quid* de la cuestión suscitada, en vez de aplicar erróneamente el artículo 24 LAI. No obstante, es preciso reconocer que aunque la aplicación del artículo 34 LAI conduce a esta solución, no la recoge de manera expresa. En este punto, creo que hubiera sido conveniente que la idea facilitadora de la constitución de la adopción que parece subyacer en el espíritu del legislador en estos casos hubiera quedado recogida en la letra del artículo 34. Sólo de esta manera, en beneficio de la seguridad jurídica, de la previsibilidad de soluciones, y en definitiva del interés del menor y de los particulares implicados en el proceso, se hubieran podido evitar decisiones judiciales contradictorias en este aspecto. Esta opción legislativa parece ser la adoptada en el Proyecto del Código Civil de Cataluña, donde se establece expresamente en el artículo 235-245 (según se cita en el FJ 2.º del AAP de Barcelona de 8 de julio de 2008) que no es necesaria la propuesta previa de la entidad pública, en las adopciones de menores extranjeros en situación análoga al acogimiento o a la tutela constituida en el extranjero.

5. En definitiva, el presente Auto no debe considerarse en absoluto como precedente alguno en la cuestión que resuelve. Es cierto que el texto de la LAI, con sus errores formales de última hora y su falta de respuestas contundentes al problema suscitado, no facilitó en nada la labor a la Audiencia, pero al menos le era exigible una mínima interpretación sistemática de los preceptos reguladores de la materia y del sistema español de protección de menores. Concluyo apuntando que en ningún momento de la argumentación del auto se alude y/o acude al interés del menor en el proceso.

Sandra GARCÍA CANO

## 4. Divorcio

2008-28-Pr

**DIVORCIO.—De argentinos residentes en España. Divorcio contencioso: competencia de la ley nacional común. Aplicación de oficio de la norma de conflicto extranjera. Reenvío de retorno: aceptación.**

Preceptos aplicados: artículo 22.3.3 LOPJ y artículos 12.2 [implícitamente] y 107.2 CC.

*La juzgadora de instancia sin efectuar consideración alguna ha optado por aplicar el Derecho material español para declarar el divorcio de un matrimonio celebrado en Argentina entre dos personas que ostentan dicha nacionalidad y han residido hasta su separación en la localidad de Aduna, viviendo en la actualidad la madre y los tres hijos menores en Zarautz y el padre en Astigarraga. Sin embargo, esta Sala no puede aceptar esta postura, aunque no sea discutida por las partes.*

*En esta materia de Derecho internacional privado, desde la vertiente procesal de la norma de conflicto o conexión internacional, es claro que: (...) En materia de reclamaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio serán competentes los Juzgados y los Tribunales españoles, en el orden civil, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda (art. 22.3.º LOPJ).*

*En cuanto al aspecto sustantivo, resulta de aplicación el artículo 107 CC, al que se remite expresamente el artículo 9.2 del citado cuerpo legal. El apartado segundo del artículo 107 CC establece las normas de conexión del Derecho sustantivo aplicable en materia de separación y divorcio fijando con carácter preferente la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda con la salvedad expresada en el último párrafo en que se aplicará en todo caso la legislación española, ninguno de cuyos supuestos se han alegado ni concurren en el presente caso.*

*Y todo ello constituye una cuestión de orden público, de cuya aplicación no pueden ni el órgano judicial ni las partes sustraerse, y que debe ser apreciada de oficio por este Tribunal. Por consiguiente, para resolver el presente contencioso debe atenderse al Derecho argentino.*

*Sentado lo anterior, el artículo 164 del Código Civil argentino determina que: «La separación personal y la disolución del matrimonio se rijen (sic) por la ley del último domicilio de los cónyuges sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 161», supuesto éste que no es de aplicación al caso de autos. Por tanto, la norma argentina remite al Derecho español como norma sustantiva aplicable en el presente caso y, en consecuencia, la norma aplicada por la juzgadora de instancia es la correcta.*

**[Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sección 2.ª) núm. 2120/2008, de 11 de abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Felipe Peñalba Otaduy.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2008/171227.

**Nota:** 1. Dejando a un lado que, para fundamentar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles, la resolución comentada recurre al artículo 22.3.3 LOPJ, olvidando —como, por desgracia, no es infrecuente— la existencia del Reglamento «Bruselas II bis», que goza de aplicación preferente en los litigios matrimoniales derivados del tráfico externo en los que un cónyuge residente en España es demandado ante nuestros tribunales, la SAP de Gipuzkoa suscita dos cuestiones de interés, la aplicación de oficio de la norma de

conflicto extranjera [2] y la aceptación del reenvío de retorno en materia de divorcio [3], que pasamos a desarrollar.

2. Pese a estar ante un divorcio contencioso entre dos ciudadanos argentinos domiciliados en España, que, de acuerdo con el artículo 107.2 CC, debería ser regulado por la ley nacional común al tiempo de la presentación de la demanda, la jueza de instancia —«sin efectuar consideración alguna», le reprocha la Audiencia— resolvió el asunto según el Derecho español, criterio que, aun cuando no sea discutido por los litigantes, no es de recibo para la Sala, la cual entiende que la aplicación de las normas de conflicto del foro «constituye una cuestión de orden público», de la que «no pueden ni el órgano judicial ni las partes sustraerse, y que debe ser apreciada de oficio». Con esta fórmula, tomada casi literalmente de la SAP de Bizkaia de 6 de abril de 2004 (AW, JUR 2004/296271), se está aludiendo a la imperatividad de la —propia— norma de conflicto, que, *ex artículo 12.6 CC*, debe ser siempre observada por los jueces y tribunales españoles, a los que, en cambio, dicho precepto nada ordena en relación con las normas de conflicto extranjeras, porque, obvio es decirlo, toda norma de conflicto extranjera es Derecho extranjero y, como tal, participa del régimen de alegación y prueba que nuestro DIPr dispensa al Derecho que proviene de otro Estado [en este sentido, muy clara la SAP de Tarragona de 13 de mayo de 2004 (AW, JUR 2004/205302)]. Ahora bien, el hecho de sujetar —como no puede ser de otra manera— la norma de conflicto extranjera al régimen español de alegación y prueba del Derecho foráneo entraña tener que enfrentarse, también en el plano conflictual, al «nudo gordiano» del actual sistema español de DIPr, el cual, atrapado entre el artículo 12.6 CC, que obliga a observar de oficio nuestra norma de conflicto —lo que llevado hasta sus últimas consecuencias habría de comportar, en buena lógica, la aplicación *ex officio iudicis* del Derecho extranjero; contraviniendo, no obstante, la letra de la ley procesal—, y el artículo 281.2 LEC, que sustancialmente deja la prueba del Derecho extranjero en manos de las partes —con el riesgo de que, si éstas no la llevan a cabo, se desestime la demanda o el pleito se resuelva de acuerdo con el Derecho español, con la consiguiente desvirtuación de la imperatividad de la propia norma de conflicto, que pasa a tener, *de facto*, un carácter facultativo—, no da más de sí o, para ser más exactos, da demasiado de sí. En efecto, en un litigio como el que comentamos —divorcio contencioso de dos extranjeros que comparten nacionalidad residentes en España, en el que las partes solamente han argumentado a partir de la *lex fori*—, el tribunal podía haber desestimado la demanda, como, entre algunas otras, hizo la mencionada SAP de Bizkaia de 6 de abril de 2004; podía haber recurrido subsidiariamente al Derecho español, como se ha hecho tantas veces en esta materia (vide, por ejemplo, las crónicas de jurisprudencia publicadas los últimos años en el *AEDIPr*: 2004, pp. 1010-1028; 2005, pp. 878-896; 2006, pp. 968-976; 2007, pp. 1016-1024); o —más insólitamente— podía, como ha hecho la AP de Gipuzkoa, aplicar *ex officio* el Derecho extranjero. En estas condiciones, ¿qué queda de la seguridad jurídica?; ¿qué previsión pueden hacer las partes, aun asesoradas, de la suerte del litigio? Verdad es que esta aparente anarquía desaparece en el TS, donde, a excepción del breve paréntesis protagonizado por la Sala Social de 2001 a 2004, se tiene la práctica certeza de que, a falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, se impondrá la aplicación supletoria del Derecho español; pero, como hemos visto antes, ésta no es la posición unánime de los órganos jurisdiccionales inferiores, que son los que imparten justicia en la inmensa mayoría de casos. Además, la solución adoptada por el TS no es, a nuestro parecer, la mejor posible, ya que de las tres reseñadas, todas ellas con ventajas y desventajas (VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 520-521), nosotros preferimos *la menos mala*, la que sigue la AP de Gipuzkoa de indagar de oficio el contenido del Derecho extranjero, que, si bien choca con la dicción del artículo 281.2 LEC y fuerza a un «uso más o menos libre de la normativa procesal» (CARRILLO POZO, L. F., «Nota a la SAP de Barcelona de 17 de abril de 2007», *REDI*, 2007, p. 773), es la más respetuosa con el principio constitucional de tutela judicial efectiva y con el principio vertebrador de nuestro sistema de DIPr de imperatividad de la norma de conflicto. *De lege lata*, aparte de volver una y otra vez sobre los mismos argumentos,

poco más se puede hacer, porque es bien sabido que un «nudo gordiano» no puede deshacerse y sólo es remediable por la vía expeditiva, que es de la que debe echar mano el legislador: tomar la espada y cortarlo de un tajo; esto es, proceder a una reforma urgente del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero, que garantice plenamente su aplicación (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4.<sup>a</sup> ed., Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 154).

3. El segundo tema abordado por la decisión comentada que merece la pena destacarse es la aceptación que la misma hace del reenvío de primer grado. Hasta ahora, estábamos acostumbrados a que, en España, este problema se planteara exclusivamente en el ámbito de las sucesiones, siendo ésta la primera vez que, a nuestro conocimiento, se presenta en materia de divorcio. Es cierto que hubo un intento fallido de darle entrada por parte de la SAP de Burgos de 30 de julio de 2007 (AW, JUR 2008/61199), en la que, después de considerar la posibilidad de valerse del reenvío de retorno para dar competencia al Derecho español, el tribunal acabó desestimándolo al llegar a la conclusión de que la aplicación de la *lex fori* impediría el reconocimiento de la sentencia española en Colombia, país de origen de los litigantes; o sea, ante el peligro de dictar una resolución claudicante, la Audiencia optó por rechazar el reenvío (CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 9.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2008, p. 296). Y en el caso que nos ocupa, ¿es correcto el recurso al reenvío para determinar la ley rectora de la controversia? La experiencia que hemos ido acumulando en el terreno sucesorio durante algo más de una década nos ha demostrado que, en nuestro Derecho, el reenvío ha dejado de ser un mecanismo de mero corte formal para pasar a basarse fundamentalmente en razones de derecho material. En concreto, el principal argumento que ha condicionado la admisión o inadmisión del reenvío ha sido, respectivamente, el del mantenimiento o la quiebra de la unidad de la herencia; de forma que si la aplicación del Derecho español como consecuencia del reenvío no supone una fragmentación del caudal relicto, por estar situados todos los bienes en España, el mismo es aceptado [STS de 23 de septiembre de 2002 (*White*)]; mientras que si, por el contrario, el patrimonio del difunto está repartido entre diversos países y la aplicación de nuestro Derecho implica la formación de diferentes masas hereditarias, el reenvío es descartado [SSTS de 15 de noviembre de 1996 (*Lowenthal*) y de 21 de mayo de 1999 (*Denney*)]. Ante la ausencia de argumentación alguna por parte de la SAP de Gipuzkoa –que ni cita el artículo 12.2 CC ni emplea el término «reenvío»–, cabe preguntarse cuáles son, más allá del simple formalismo de operatividad automática en el que parece moverse la Audiencia, los motivos de carácter sustantivo que pueden abonar la intervención del reenvío en asuntos de divorcio. Si partimos de la base de que, en este campo, la ley nacional común es la más pertinente para disciplinar los contenciosos entre personas extranjeras de la misma nacionalidad –pues, si no lo fuera, el legislador hubiera establecido otra conexión–, la aplicación del Derecho español a resultas de un reenvío de retorno sólo puede tener lugar en supuestos en los que la observancia del propio Derecho sirva para preservar un interés de derecho material no defendible de otro modo. En este sentido, estimamos que una situación de este tipo podría darse cuando existiese una gran disparidad en la regulación del divorcio entre el Derecho español y el de la nacionalidad de los cónyuges, porque, si este ordenamiento sometiese el divorcio a condiciones muy gravosas, se estaría desatendiendo la *ratio* de nuestra normativa, inspirada en el *favor divortii*, sin que pudiera pensarse en una aplicación de la *lex fori* por conducto del artículo 107.2.2.c, dado que el Derecho extranjero conocería el divorcio y no lo haría de forma discriminatoria ni contraria al orden público español. En unas circunstancias como las descritas, podría ser plausible la utilización del reenvío de primer grado, pero las mismas no concurren en el caso fallado por la AP de Gipuzkoa, por lo que ésta, en vez de apelar al reenvío para observar el Derecho español –curiosamente, la misma solución a la que había llegado la jueza de instancia luego de ignorar del todo el componente extranjero del litigio–, tenía que haber aplicado el Derecho argentino, que era el reclamado por la norma de conflicto no enmendada por correctivos innecesarios. Y es que, pese al esfuerzo que hemos realizado para hacer encajar el reenvío en la esfera de las crisis matrimoniales, somos de la opinión de que un

instrumento que, a cambio de nada –puesto que ni armoniza internacionalmente las decisiones ni simplifica la práctica del Derecho–, genera tanta inseguridad jurídica no ha de tener *de lege ferenda* otro futuro que la desaparición (SÁNCHEZ LORENZO, S., «Ámbito del reenvío en la determinación de la ley aplicable a la sucesión hereditaria», *AEDIPr*, 2004, p. 1146).

4. A la hora de recapitular, caemos en la cuenta de que, al hilo del comentario de una sentencia ciertamente interesante –más por lo que hace que por lo que dice–, en el fondo de esta breve nota late una preocupación por la obsolescencia de algunas de las soluciones legislativas de nuestro sistema de DIPr. Ahora que la proyectada reforma del DIPr español de fuente estatal parece haber entrado en una vía muerta, no podemos sino lamentar que, siquiera parcialmente, la misma no siga su curso, porque hay aspectos de nuestra reglamentación –régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero, reenvío–, cuya revisión es inaplazable.

Josep M. FONTANELLAS I MORELL

## 5. Sucesiones

2008-29-Pr

**SUCESIONES.–Revocación de un testamento otorgado en Méjico por otro posterior otorgado en España. Competencia judicial internacional. Existencia de bien inmueble propiedad del causante en Madrid. Tribunales españoles competentes.**

Precepto aplicado: artículo 22.3 LOPJ.

*Resulta imprescindible, por lo tanto, dar respuesta a esta cuestión, cuyo carácter de orden público es notorio –lo que deja expedito su examen de oficio– y verificar si los tribunales españoles tienen competencia para conocer de unas pretensiones que tienen por objeto la revocación de un testamento otorgado en el extranjero por otro posterior otorgado en España y la declaración de ineficacia de los actos jurídicos que son consecuencia del primero. Este control de la competencia judicial internacional ha de hacerse necesariamente a la vista de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [...]. Se ha de estar, pues, a la regla que establece el último inciso del apartado tercero del artículo 22, con arreglo al cual, los juzgados y tribunales españoles serán competentes, en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España [...]. Dicha regla conduce a atribuir, como ha hecho en este caso el tribunal de instancia, la competencia de la jurisdicción española, pues resulta incontrovertida la existencia de, al menos, una vivienda sita en Madrid que, por ser en su día propiedad del causante, se ha de integrar en el caudal relicto. El argumento utilizado por la Audiencia Provincial (Sección Decimotercera) en la sentencia que se ha aportado por la parte recurrida y ha quedado incorporada a estas actuaciones no se comparte: la regla de competencia internacional ha de interpretarse en su sentido propio, entendiendo el empleo del plural del que se sirve el legislador para construir la conexión alternativa como un mecanismo lingüístico para indicar la diversidad, no numérica, sino material, de los inmuebles sobre cuya posesión en España gravita la regla de competencia. No se justifica, por tanto, una interpretación de ésta que excluya los casos de posesión en España de un solo bien inmueble, tanto más cuanto la sucesión puede verse limitada al mismo, o, como aquí sucede, es el que en definitiva ha determinado el ejercicio de la acción judicial, y cuya significación económica reconocen, por ende, los demandados que han opuesto la excepción de falta de jurisdicción. No puede decirse, pues, que la competencia de los tribunales españoles responda a un criterio atributivo exorbitante, que*

*deje al tribunal desconectado del objeto del proceso, y que, por ello, resulte injustificado; ni que, por la misma razón, haya situado a los demandados en posición de indefensión, habiendo podido éstos articular convenientemente su defensa ante un órgano jurisdiccional que mantenga una proximidad razonable con el objeto del proceso y con aquello que ha de ser materia de la ejecución de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la parte actora.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 641/2008, de 25 de junio de 2008. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Josete.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), RJ/2008/3238.

**Nota:** 1. En el caso se solicita la revocación de un testamento otorgado en Méjico, como consecuencia de la existencia de otro, otorgado posteriormente en España, así como la declaración de ineficacia de los actos dictados en ejecución del primero. Previa a la resolución del fondo, el TS sorprende con un interesante discurso sobre la competencia judicial internacional para el caso concreto. Entre los bienes del caudal relicto se encontraba un bien inmueble situado en Madrid, con base al cual se defiende la existencia de competencia judicial internacional de los tribunales españoles para el conocimiento del conjunto de la sucesión. El TS la afirma pronunciándose sobre un tema controvertido: la competencia de los Tribunales españoles en materia de sucesiones en aplicación del artículo 22.3 LOPJ, en cuanto que dispone, para lo que aquí nos interesa, que los tribunales españoles serán competentes cuando el causante posea bienes inmuebles en España. Parece ser que es la primera vez que el TS se pronuncia de forma expresa sobre este tema, pues si bien en una sentencia anterior fundamenta su competencia en base a este mismo foro, lo hace, a nuestro juicio, de forma sistemática e irreflexiva (STS de 15 de noviembre de 1996, RJ/1996/8212, FJ tercero).

2. El TS controla de oficio la competencia judicial internacional (la sentencia de la AP que da lugar a este recurso de casación rechaza las pretensiones de la recurrente por motivos distintos, puesto que sí entiende que los tribunales españoles son competentes). En el caso no se da ninguno de los supuestos de control de oficio de la competencia que se recogen en el artículo 36 de la LEC de 2000; sin embargo, el TS no está sujeto a la nueva LEC puesto que la sentencia de apelación se dictó antes de la entrada en vigor de aquella [*vide* Disposición Transitoria tercera de la nueva LEC]. Dicha actuación de oficio del Tribunal se explicaría porque éste actúa bajo la LEC de 1881, en la que no se preveía una regulación expresa de este aspecto procesal, mas tampoco se negaba, siendo su pertinencia defendida con sólidos argumentos (*vide* ARENAS GARCÍA, R., *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, 1.<sup>a</sup> ed., Madrid, Eurolex, 1996, pp. 189 y ss.).

De este control de oficio de la competencia el TS concluye que los tribunales españoles son competentes basándose en la existencia del bien inmueble en Madrid, propiedad del causante. Para ello se apoya, curiosamente, en la SAP de Madrid, de 10 de julio de 2002 [JUR/2003/48748, FJ sexto], alegada por la parte recurrida, en la que la Audiencia, en un supuesto ajeno a la presente casación pero que tenía por objeto la revocación del mismo testamento que nos ocupa, declinó la competencia de los tribunales españoles. Así pues, el TS utiliza los argumentos de una sentencia que no es la recurrida, para refutarlos como punto de partida para la construcción de los suyos.

La AP de Madrid entendió que los tribunales españoles no tendrían competencia argumentando, básicamente, que el bien inmueble situado en Madrid no tiene la suficiente significación económica con respecto al resto de la sucesión y, por tanto, no existe un vínculo razonable del asunto con el Estado español. Sin embargo, el TS no está de acuerdo con la valoración de la AP, según queda patente en sus argumentos.

En primer lugar, el TS indica que el uso del plural por el legislador en el artículo 22.3 cuando se refiere a que el causante «posea bienes inmuebles en España» no significa (como así

pareció entenderlo la AP) que se exija la existencia de más de un bien inmueble para el fundamento de la competencia de los tribunales españoles. Y como apoyo de tal argumentación el Tribunal señala una hipótesis incontestable: la posibilidad de que el caudal relicto se limite a un único bien inmueble situado en España, caso en el que la vinculación de la sucesión con los tribunales del Estado es indubitada.

En el segundo argumento, el TS afirma, con menos acierto, que el bien inmueble es el elemento que determina la acción judicial. Es necesario señalar aquí un matiz: en la demanda, lo que se pide es la revocación de un testamento por otro otorgado con posterioridad, declarar el segundo testamento válido y eficaz y, como consecuencia de ello, anular todos los actos jurídicos que se hayan realizado en ejecución del testamento otorgado en Méjico. La demandante se sirve del bien inmueble sito en Madrid para fundamentar la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de la sucesión, pero no interpone acción alguna en la que el objeto sea el bien inmueble.

Por último, el TS se ampara en la importancia económica del bien. Según el Alto Tribunal, la significación económica del bien inmueble está implícitamente reconocida por los demandados al haber opuesto la falta de jurisdicción de los tribunales españoles. Este argumento hay que ponerlo en relación con el anterior: si el objeto del proceso se limitara al bien inmueble, toda actuación de defensa de los demandados sería prueba de su interés por aquél. Sin embargo, el objeto de proceso es la revocación de un testamento según el cual los demandados son los nombrados herederos; con lo cual, en el caso de revocación de tal testamento los demandados no sólo dejarían de heredar el bien inmueble sito en Madrid, del cual no conocemos su valor económico, sino el conjunto del caudal relicto.

3. El debate se abre desde el momento en que el TS se cuestiona la competencia de los tribunales españoles con base a la existencia de un único bien inmueble en España: ¿está justificado el foro de competencia del lugar de la situación del bien inmueble? Máxime cuando nuestro sistema de competencia judicial internacional en materia de sucesiones está informado por el principio de unidad judicial, que implica que los tribunales españoles que son competentes conocerán del conjunto de la sucesión, sin distinción alguna entre bienes muebles e inmuebles y con independencia del lugar de situación [vide CASTELLANOS RUIZ, E., *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, 1.ª ed., Granada, Comares, 2001, p. 34]. Para la atribución de competencia judicial internacional es necesario que exista una proximidad razonable entre el asunto y los tribunales en cuestión, y ello teniendo en cuenta la posible mayor proximidad del asunto con los tribunales de otro Estado (vide AMORES CONRADI, M. A., «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ», *REDI*, 1989-1, vol. XLI, pp. 119 ss.). Se pueden dar casos en los que el fundamento de la competencia judicial internacional con base en la existencia de un bien inmueble cuyo valor relativo con respecto al resto de la herencia sea insignificante puede dar lugar a una competencia arbitraria o injustificada. Sin embargo, lo cierto es que la letra de la ley es clara y nada se dispone en cuanto a la mayor o menor representatividad del inmueble dentro de la herencia. Por ello, la afirmación de competencia judicial internacional realizada por el TS en la sentencia que anotamos podría repetirse, con independencia de que, por ejemplo, la gran totalidad de la herencia se encontrase situada en México.

Generalizando el argumento, y ante la ausencia de mecanismos idóneos de flexibilización del sistema, es posible que el juez español, sujeto al principio de legalidad, no pueda declinar su competencia si existe un bien inmueble en España, con independencia del valor de éste y de dónde se localicen el resto de conexiones y bienes de la sucesión. No obstante, debemos ser conscientes de que ello puede dar lugar a situaciones en que nuestros tribunales conozcan en base a una competencia exorbitante.

El razonamiento anterior nos exigiría una posible reinterpretación a la luz de la finalidad de la norma. En este caso (como en otros), es la de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC ya ha interpretado cómo se traduce la tutela judicial efectiva en el sistema de

competencia judicial internacional: el foro debe ser adecuado para el demandante y no excesivo para el demandado (STC de 13 de marzo de 2000, RTC 2000/61). Ahora cabe preguntarnos, ¿es excesivo para el demandado nacional mejicano, domiciliado en México, venir a España a litigar sobre el conjunto de la sucesión del causante mejicano, encontrándose los bienes del caudal relicto en México a excepción del bien inmueble localizado en España? No cabe una respuesta taxativa; ésta dependerá fundamentalmente del valor del bien inmueble con respecto del conjunto de la sucesión: no es lo mismo una herencia en la que el caudal relicto se limita a un único bien inmueble situado en España, que una herencia en la que la mayor parte de los bienes se encuentran en un país a excepción de un bien inmueble de insignificante valor con respecto al resto (*vide* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4.ª ed, Pamplona, Thomson/Civitas, 2007, p. 420). Parece, por tanto, que no todo bien inmueble situado en España debería fundamentar por su sola existencia el conocimiento de la sucesión por los tribunales españoles; el valor del inmueble, respecto del conjunto de la sucesión, se convertiría en un factor fundamental para determinar si existe una suficiente vinculación con los tribunales del lugar de situación y, por fin, si el foro es excesivo o no para el demandado. Se trata de valorar su importancia, su representatividad en la sucesión; así, podemos encontrarnos con una sucesión en la que el caudal relicto esté constituido por un único bien inmueble o con una sucesión en la que existan varios bienes inmuebles en España pero cuyo valor no supere el del cinco por ciento del total de la herencia. Es cierto que de esta forma se introduce un elemento de flexibilización desconocido en nuestro sistema de competencia judicial internacional, pero también lo es que se parte de una interpretación que no se aparta de la norma, sino que integra la función a cumplir por ella y permite una aplicación más atenta de la misma. A ello hay que añadirle que es innegable que el TS, al menos con ocasión del análisis de la sentencia de la AP, se ha planteado si el valor del inmueble es suficiente para justificar la atribución de competencia a los tribunales españoles para el conocimiento de la sucesión en cuestión. Y en este caso ha argumentado, ya sea con acierto o sin él, que sí tiene la suficiente relevancia y que, por tanto, los tribunales españoles mantienen una proximidad razonable con el proceso y su competencia no responde a un criterio atributivo exorbitante. ¿Qué debería concluir, *contrario sensu*, el Tribunal Supremo en el caso de valorar que el bien inmueble no tiene la suficiente significación económica? ¿Habría querido introducir el *elemento (inmueble) nacional jurídicamente relevante*?

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ

### III. DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

#### 1. Arbitraje

2008-30-Pr

**CLÁUSULA ARBITRAL.—Contrato individual de trabajo. Sumisión a arbitraje. Competencia judicial internacional. Trabajo ejecutado en diversos países. Artículo 5.1 CL: determinación del lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo.**

Preceptos aplicados: artículo 5.1 CL, de 16 de septiembre de 1988.

*Cuarto. [...] En el artículo 5.1 del Convenio de Lugano se recoge el criterio de atribución competencial que debe regir para el contrato individual de trabajo y según el mismo:*

*R.E.D.I., vol. LX (2008), 2*

«Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante:

*En materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, ese lugar será aquel en el que estuviere situado el establecimiento que le hubiere contratado.*

*Quinto. [...] En efecto, de las premisas fácticas que anteceden se desprende que el actor desempeña una parte importante de su trabajo en Madrid, pues para obtener alto rendimiento tiene que entrenar a diario, durante horas y realizar muchos kilómetros. Estos entrenamientos individuales los hace en Madrid, lugar de su residencia habitual, si bien los entrenamientos colectivos, con todo el equipo, los realiza donde designe éste. Consiguientemente, al margen del control y dirección de su equipo, y de su participación en pruebas internacionales fuera de España, el criterio de atribución de la competencia ha de ser el del lugar en que habitualmente realiza su trabajo, que es en Madrid, lugar también de su domicilio, pues otro criterio de interpretación conduciría a sustraerle de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE remitiéndole a un Tribunal de Arbitraje extranjero, con exclusión de los tribunales ordinarios, y cuando además el propio artículo 1.4 del Convenio de Lugano excluye de su ámbito de aplicación, expresamente, el arbitraje [...].*

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 12 de mayo de 2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Moreno González Aller.]**

F.: Id. Cendoj: 28079340012008100317.

**Nota:** 1. El objeto de este comentario trae causa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), núm. 384/2008, de 12 de mayo, consecuencia del recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, en la que se estimó la declinatoria aducida por la parte demandada, correspondiendo por tanto su conocimiento al Tribunal Arbitral del Deporte, con sede en Lausana. El TSJ afirma, por el contrario, la competencia de los tribunales españoles en los términos del artículo 5.1 del Convenio de Lugano. El comentario de su razonamiento discurrirá por el siguiente orden: (2) los hechos que propician la demanda, (3) la no resolución sobre la cláusula arbitral alegada en primera instancia, (4) la fundamentación respecto de la aplicabilidad y por qué de uno de los foros previstos en el artículo 5.1 del Convenio de Lugano (en adelante CL) y (5) la conclusión del modo de actuar del TSJ.

2. Los hechos que dan lugar a la demanda son los siguientes: el 22 de octubre de 2004 se suscribe contrato de trabajo entre D. Rodrigo, ciclista y domiciliado en Madrid, *Arcycling AG*, empresa domiciliada en Hombrechtikon, Suiza, responsable de finanzas de la *UCI Pro Team Phonak Hearing Systems*, y el patrocinador principal *Phonak AG*, domiciliada en Stäfa; contrato que contiene una cláusula de sumisión a arbitraje. Simultáneamente se suscribe un contrato de imagen que recoge, también, una cláusula arbitral a favor de la Cámara de Comercio de Zurich, así como una cláusula de elección de la ley suiza. Tras varias renovaciones de los contratos, el 18 de julio de 2006 se unifican y se pacta una prolongación hasta el 31 de diciembre de 2008, siendo firmada mientras el corredor se encuentra disputando el Tour de Francia, estableciendo la aplicación del Derecho suizo y señalando como Tribunal de Arbitraje a la *Court of Arbitration for Sport*, CAS, Lausana, Suiza; cláusula según la cual es competente para todas las desavenencias derivadas de la «oferta».

El 7 de septiembre de 2006 se remite al actor escrito de cancelación de la oferta del nuevo contrato de trabajo de 18 de julio de 2006, considerando terminada la relación laboral y el

contrato de imagen a finales de 2006. Ante ello D. Rodrigo interpone demanda por reclamación de cantidad contra Arcycling AG, UCI Pro Team Phonak Hearing Systems y Phonak AG; quienes comparecen y excepcionan la sumisión a arbitraje. Posteriormente el actor desiste en instancia ante el segundo de los codemandados. El resultado del litigio es la estimación de la declinatoria invocada.

3. En lo relativo a la cláusula arbitral, hay que señalar que el Tribunal, aunque llega a un resultado que estimamos adecuado parcialmente, no lo hace por los cauces técnicamente precisos. El último contrato agrupaba otros dos concertados anteriormente, uno de los cuales, al menos, el relativo a la remuneración por los derechos de imagen, es materia que cae dentro del ámbito de lo arbitrable, aunque su conocimiento corresponda de ordinario, a la jurisdicción civil [vide RON LATAS, R. P., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las compensaciones por derechos de imagen del deportista profesional», en *Trabajo y Libertades Públicas*, ed. La Ley, 1999, pp. 171-177]. Cuestión distinta es entender si la cuestión puramente laboral es susceptible de ser sometida a arbitraje, o si la cláusula se ha pactado en un momento que elimina de raíz su eficacia.

El TSJ de Madrid insinúa dos siguientes razones para excluir el arbitraje del supuesto controvertido: en primer lugar, la inarbitrabilidad de la materia (lo cual habrá de determinarse en base al Derecho del tribunal que conoce, al no haber sido ratificado por Suiza el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961), así parece desprenderse de los artículos 3.5 y 4.2.g) Estatuto de los Trabajadores, al impedir la renuncia anterior o posterior a la adquisición de los derechos y al derecho al ejercicio individual de la acción derivada del contrato de trabajo (CRUZ VILLALÓN, J., «El arbitraje laboral en la reforma legislativa», en *El Arbitraje Laboral. Los acuerdos de Empresa*, pp. 17-87, p. 36). Para ello el TSJ analiza el artículo 25 LOPJ para mostrar que el mismo no deja lugar para la autonomía de la voluntad. De la misma forma alude el órgano judicial al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que sería «sustraída» a su titular en caso de remisión a un tribunal arbitral extranjero. En segundo lugar, el TSJ aduce que «... el propio artículo 1.4 del Convenio de Lugano excluye de su ámbito de aplicación, expresamente, el arbitraje».

Creemos que el TSJ tenía mejores argumentos profundizando, no sobre la arbitrabilidad de la materia, sino sobre la validez de la cláusula en función del momento en que la misma se pacta. En el supuesto que estamos tratando, se ha suscrito en una cláusula del contrato sin ser firmada individualmente; contrato tipo que se estipula en el punto 111 del capítulo 15 del título 2 del Reglamento UCI del deporte ciclista. En el orden social, se contempla el arbitraje en el acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos, ASEC III [BOE de 29 de enero de 2005], pero sólo respecto de los conflictos laborales colectivos y a nivel estatal. No obstante, algunos Acuerdos de ámbito autonómico, como los de las Comunidades de Aragón, Cantabria, Islas Baleares, la Rioja y Navarra contemplan también el arbitraje como solución a los conflictos laborales individuales; mientras que las Comunidades de Madrid, Cataluña y el País Vasco, lo ofrecen como alternativa a la jurisdicción en ciertos conflictos individuales (vide SASTRE IBARRACHE, R., «Consideraciones en torno a los medios de composición autónoma de conflictos en el ámbito laboral», en *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, pp. 97-118).

El artículo 91.6 del Estatuto de los Trabajadores no excluye el arbitraje, pero exige la sumisión expresa de las partes al arbitraje con el siguiente tenor literal: «estos procedimientos serán, asimismo, utilizables en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos». De este modo, al exigirse la voluntad expresa de las partes en una controversia individual y no la de las partes en el contrato de trabajo, se impide así el arbitraje sobre cuestiones futuras (vide CASAS BAAMONDE, M. E., «Los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales en el Derecho español», en *Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales*, Ed. Fundación SIMA, 1999, p. 49), quedando expedita la vía únicamente para los arbitrajes pactados a partir del nacimiento del conflicto y no genéricamente a los que se puedan derivar de un contrato de trabajo.

4. Negada la eficacia del arbitraje el órgano judicial precisa su competencia judicial internacional en el litigio sujeto a debate; para ello establece la aplicabilidad del Convenio de Lugano de 1988, en concreto su artículo 5.1, en concreto el foro del lugar en el que el trabajador «*prestare habitualmente su trabajo*», que conduciría a la competencia de los tribunales españoles. No obstante, los elementos fácticos del supuesto hacen que nos cuestionemos la correcta comprensión del precepto.

En este supuesto en concreto parece que no hay un lugar de prestación único. El ciclista es contratado para competir en pruebas internacionales por un equipo suizo, de las cuales disputa, durante el año 2006, cuatro competiciones en España y seis en el extranjero; mientras tanto el actor recurrente continúa residiendo en Madrid, donde entrena habitualmente en tanto su empleador no lo llame para concentrarse con su equipo, ya sea para entrenar, ya sea para disputar una prueba.

En lo referente a las interpretaciones dadas por el TJCE al artículo 5.1 CB, hay que destacar que en el asunto *Mulox*, relativo a un Director de Marketing Internacional que, contratado por una empresa extranjera establece su despacho en su domicilio, desde donde se dedica a introducir los productos en otros países, resuelto por STJCE de 13 de julio de 1993 se dice que (fundamento número 26) «en el supuesto de un contrato de trabajo en cumplimiento del cual el trabajador ejerce sus actividades en más de un Estado contratante, el lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación [...] es aquel en el cual o desde el cual el trabajador cumpla principalmente sus obligaciones respecto a la empresa». Pudiera parecer que este criterio cuantitativo, referido a la mayor duración del tiempo pasado en un concreto Estado parte, es el atributivo de la competencia judicial internacional al tribunal que pueda conocer del asunto. En sentencias posteriores el TJCE cambia de criterio pasando de la habitualidad a un criterio cualitativo, entendiendo como lugar de prestación de servicios aquel en el cual se localice la porción más significativa del trabajo, o en sus propios términos: «en el lugar en el cual o desde el cual cumpla de hecho lo esencial de sus obligaciones respecto a su empresa» [considerando núm. 58 de la STJCE de 27 de febrero de 2002, *Herbert Weber c. Universal Orden Services Ltd.*]. Estas interpretaciones las ha realizado el TJCE buscando conceder al trabajador un foro más beneficioso, aunque resulte a la postre un *forum actoris*.

De tal modo, cuando no es posible acudir a un criterio ni al otro, como en este caso en particular, la solución correcta es el último inciso del artículo 5.1 CL, por cuanto «solo si es imposible determinar un lugar habitual, es cuando deberá acudirse al lugar donde se localice el establecimiento que empleó al trabajador» [vide VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., en *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Ed. Thomson-Civitas, 2007, p. 180], o, como dice la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 13 de septiembre de 2006, en un supuesto similar al presente, «... el actor desempeña habitualmente su trabajo en varios Estados [...] sin que quepa afirmar que es en Alicante donde habitualmente desarrolla su prestación de servicios [...] y tampoco puede deducirse del mero hecho de que el actor al margen del control y dirección de su equipo entrene por las carreteras de la provincia de Alicante» (FD 2.º; Id. Cendoj: 46250340012006102453). Es decir, en aquellos contratos con una ejecución absolutamente plurilocalizada no puede optarse más que por el tribunal del domicilio del demandado (art. 2 CL) o por el tribunal del Estado en que estuviere situado el establecimiento que le hubiere contratado (art. 5.1 *in fine* CL).

5. Para concluir, entendemos que el TSJ de Madrid llegó al resultado adecuado al no remitir a las partes al CAS de Lausana, como tampoco lo hizo el TSJ de la Comunidad de Valencia de 13 de septiembre de 2006, pero no por el hecho de que la materia no pueda ser objeto de arbitraje o porque el CL lo excluya de su ámbito de aplicación, sino porque tales cláusulas han de pactarse, según la *lex fori*, tras el nacimiento del litigio. Del mismo modo, el foro del CL apreciado para retener la competencia (internacional) del Tribunal madrileño nos parece excesivo, ya que si bien la habitualidad en la prestación de servicios es un concepto

autónomo que como tal ha de ser apreciado por el órgano judicial nacional, ello no puede llevarnos a abrir forzar su concurrencia cuando tan habitualidad no existe vinculada a ningún lugar.

Martín PÉREZ DIESTE

2008-31-Pr

**ARBITRAJE. DECLINATORIA DE INCOMPETENCIA.—Existencia de convenio arbitral en el contrato de agencia. Convenio nulo de pleno derecho. Competencia exclusiva de los Tribunales del domicilio del agente.**

Preceptos aplicados: artículo 11 LOPJ; disposición adicional única Ley 12/92, del contrato de agencia.

*Primero. La mercantil actora, ahora apelante, planteó demanda contra Transportes Aéreos Portugueses, ejercitando, acciones derivadas del contrato suscrito entre ambas sociedades el 1 de mayo de 1986. El contrato en cuestión lleva por título «contrato de agencia general de ventas», y en virtud del mismo la mercantil actora asumía amplios cometidos, especificados en la cláusula segunda, relativos a la comercialización de los servicios de transporte aéreo, recibiendo como contraprestación las comisiones que se regulan en la cláusula octava, suscitándose el presente litigio a raíz de la resolución de ese contrato, instrumentada en la carta que se aportó como documento núm. 10. La demandada planteó declinatoria por considerar, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 15.ª del contrato, que la cuestión estaba sometida a arbitraje, tesis aceptada en el auto objeto del recurso.*

*Segundo. En el primer motivo del recurso de apelación se argumenta que en realidad lo que se planteó es la sumisión a un arbitraje internacional, y que situación ha sido abordada por el Tribunal Supremo en el sentido de considerar aplicable el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando se constate que ese planteamiento obedece a intentos dilatorios, motivo que no tiene la entidad suficiente, ni tampoco resulta planteado en términos concluyentes. En segundo lugar, se alega que la cláusula de sumisión al arbitraje de la Cámara de Comercio de Ginebra constituye una violación de la ley española, y es nula por aplicación de la Ley de contrato de agencia, Ley 12/1992, de 27 de mayo, en virtud de lo que dispone la disposición adicional única, discrepando también de la aplicación de la ley portuguesa a la que también alude el auto recurrido, en base a la cláusula 14.º del contrato de 1 de mayo de 1986. Por lo que respecta a la primera alegación, ha de darse la razón a la parte apelante, y en ello en virtud de las consideraciones contenidas en el Auto núm. 244, dictado con fecha 19 de diciembre de 2002 por la Sección 4.ª de esta Audiencia Provincial en asunto similar. En efecto, el contrato en cuestión debe ser calificado, prima facie, como contrato de agencia, no sólo por su propia denominación sino por su clausulado, al que se ha hecho sucinta referencia, y está regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre ese tipo contractual. La disposición adicional de esa ley establece expresamente que la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponde al domicilio del agente, y declara la nulidad de cualquier pacto en contrario. El auto antes citado argumenta en supuesto similar lo siguiente: Esta disposición debe considerarse materia de orden público no sólo porque procura el seguimiento del proceso ante el órgano judicial más adecuado (el domicilio del agente es normalmente el lugar donde éste realiza su actividad, donde se encuentran las pruebas de los hechos litigiosos, etc.) sino porque responde a la protección del interés de la parte económicamente más débil, cosa que aquí se pone sin duda de manifiesto, ya que la sumisión se hizo única y exclusivamente en beneficio*

de la empresa concedente, por imposición de ésta y con graves perjuicios para el agente que se vería obligado a desplazarse a Suiza para ventilar las consecuencias de un contrato concluido y ejecutado en España. En consecuencia, el pacto de sumisión debe reputarse nulo de pleno derecho (art. 6 CC) y no cabe invocarlo como fuente de competencia en orden a la aplicación del artículo 17 del convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1998, por lo que la competencia judicial internacional debe regirse por el artículo 22-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la atribuye a los Juzgados y Tribunales españoles en relación con todos «los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia, o establecimiento mercantil cuando éste se encuentre en territorio español», argumentos plenamente aplicables a la cláusula en cuya virtud se ha atribuido la competencia a la Cámara de Comercio de Ginebra, razones que imponen la revocación del auto recurrido.

**[Sentencia de la Audiencia Provincial Alicante (Sección 5.ª), núm. 92/2008, de 28 de mayo de 2008. Ponente: D.ª María Visitación Pérez Serra.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2008/274829.

**Nota:** 1. Caótica decisión sobre competencia judicial internacional, en la que se mezclan cuestiones de orden público, arbitrabilidad de la controversia y protección a la parte débil en los contratos internacionales, resueltas mediante una aplicación de las normas, cuando menos, confusa. *Representaciones Aéreas y Comerciales, S. L.*, mercantil con domicilio en España, interpone demanda por incumplimiento contractual contra *Transportes Aéreos Portugueses*, domiciliada en Portugal, con causa en el contrato de agencia suscrito por las partes. La parte demandada opone, en primera instancia, declinatoria de incompetencia porque en el referido contrato constaba una cláusula de arbitraje que establecía la competencia para conocer de cualquier litigio relativo a ese contrato a la Cámara de Comercio de Ginebra, mediante procedimiento arbitral. Y la respuesta del Juzgado da eficacia a ese convenio arbitral y se declara incompetente. Esta que se comenta es la solución en apelación, diametralmente opuesta a la anterior, en la que la Audiencia decide revocar el Auto de incompetencia y declarar la jurisdicción de los Tribunales españoles (domicilio del agente) con base en una competencia exclusiva. Y de paso declara la nulidad de pleno derecho del convenio arbitral inserto en este tipo de contratos. Todo ello mediante una aplicación de normas que, como se avanzaba, no se alcanza a comprender, ni tampoco se explica. Quizá sea necesaria una labor de reconstrucción, para comprobar el alcance de acierto de esta decisión, o el error que encierra.

2. Las declinatorias de incompetencia por existencia de convenio arbitral se rigen en España por el artículo II del Convenio de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Este precepto, que ni se menciona en la resolución, ordena a los jueces de los Estados, ante la alegación a instancia de parte, a declararse incompetentes, a no ser que consideren el convenio arbitral nulo, ineficaz o inaplicable. Este es el punto de partida de cualquier apreciación sobre la validez y eficacia de un convenio arbitral y debe ser valorado en sus propios términos. Ineficacia significa que el convenio arbitral ha sido renunciado tácitamente por las partes (vide el asunto FCC c. CCT, en su totalidad, en el que la actuación procesal de las partes ante los Tribunales de Panamá supuso la ineficacia del convenio y del arbitraje que, pese a todo, comenzó y fue anulado por la *Cour de Cassation* suiza); inaplicabilidad se refiere a los convenios patológicos incapaces de desplegar su labor normal o a aquellos no extensible a grupos contractuales o societarios; y nulidad aborda la carencia de los dos elementos esenciales del arbitraje: arbitrabilidad de la controversia y consentimiento de las partes. Dado el tenor de la decisión, no estamos ante una ineficacia o una inaplicabilidad, sino ante una nulidad «de pleno derecho». Sus causas, por lo tanto, deben ser o un objeto de la controversia inarbitrable o un vicio del consentimiento.

3. Que la controversia es arbitrable no parece merecer duda. La arbitrabilidad o no de los litigios es cuestión que se dilucida, a los afectos del artículo II del Convenio de Nueva York citado, de acuerdo a la ley nacional del juez encargado de la excepción de incompetencia. Y la Ley de Arbitraje española no declara inarbitrable ningún litigio que traiga causa en contratos celebrados entre profesionales (entendido que el desequilibrio contractual se encuentra en aquellos pactos en los que interviene parte débil, consumidores, trabajadores y asegurados). Afirmar, por lo tanto, la inarbitrabilidad de un contrato de agencia o de concesión, no tendría base legal ninguna y la sentencia ni lo menciona. Como tampoco lo hizo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 7 de febrero de 2000 (*CINDOJ*), en asunto similar al declarar la renuncia expresa al arbitraje pactado, pero no su absoluta nulidad. Si la materia es arbitrable, entonces, la nulidad sólo puede derivar de un problema de consentimiento: una de las partes es incapaz de prestarlo, en materia de sumisión a arbitraje internacional. Y, según se deduce de la decisión, tal incapacidad reside en la Ley de Contrato de agencia 12/1992. Esta norma, que transpone la Directiva 86/653, de 18 de diciembre de 1986, busca un equilibrio entre las partes en el contrato de agencia que se estima *a priori* complejo, dada la posición técnicamente superior del fabricante o concedente frente al agente o concesionario. Y su contenido es imperativo, en el sentido de que se aplicará siempre que el contrato quede regido por Derecho español. Es la Ley que invoca esta sentencia para declarar la nulidad de pleno derecho del convenio arbitral, puesto que su disposición adicional establece la competencia de los Tribunales del domicilio del agente, con expresa declaración de nulidad de cualquier pacto en contrario.

Es necesaria una primera aclaración. Pese a que el contrato estaba sometido al Derecho portugués (cláusula 14.<sup>a</sup>), la Audiencia utiliza el español en concepto de orden público. No es necesario: que el contrato de agencia puede quedar regido por un Derecho extranjero es evidente, de manera que ninguna imperatividad absoluta impediría la acción del artículo 3 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Sin embargo, aun esta apreciación no afectaría al convenio arbitral. El mandato del artículo II del Convenio de Nueva York citado es claro: obliga al juez a declararse incompetente a no ser que se cerciore de la nulidad (en este caso) del convenio arbitral y lo hace sin utilizar técnica conflictual ninguna. El juez debe creer en la nulidad del convenio desde su derecho nacional, con independencia de la ley del contrato, del que el convenio arbitral es autónomo. En ese sentido, la aplicación del derecho español a esta declinatoria es correcta. No lo es cambio, el alcance que se otorga a esa disposición adicional ni a su contenido. La Ley 12/1992 es una ley interna, que regula el contrato de agencia desde la perspectiva española, sin pretensión ninguna de anular imperativamente la acción de las normas de conflicto o de los foros de competencia. Y tampoco las posibilidades de sumisión a Tribunales extranjeros o a arbitraje. De hecho, la redacción de la norma según la cual sólo son competentes los Tribunales del domicilio del agente no puede entenderse en una norma de competencia judicial internacional de fuente interna, puesto que es distributiva de la competencia y no atributiva, como corresponde a las normas de este origen. Una ley española es incapaz de afirmar la competencia de los Tribunales del domicilio del agente, si éste puede ubicarse en el extranjero. La norma (inexistente en la Directiva originaria) sólo puede tener eficacia en el plano interno y, desde esta perspectiva, parece difícil que logre la nulidad de convenios atributivos de competencia (el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona) o de convenios arbitrales. Es decir, la imperatividad de la norma, su carácter de orden público no es de un alcance tan absoluto que impida ni las atribuciones de competencia a otra jurisdicción nacional ni la aplicación de un Derecho extranjero.

4. A partir de ahí la sentencia deviene errática. Afirma que la nulidad del convenio arbitral basado en la ley española impide la aplicación del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (art. 17, relativo a la sumisión a Tribunales de Estados miembros). Baste decir que el Convenio no se aplica porque su artículo 1.º excluye materialmente su utilización en cuestio-

nes relativas al arbitraje, y baste subrayar que una vez más, un Tribunal español confunde la sumisión a Tribunales extranjeros con la arbitral, sea cual sea la sede del arbitraje (Suiza, por cierto, no el domicilio de la supuesta parte fuerte, Portugal). Y, sin bastar con ello, convierte el artículo 22.4 LOPJ en norma de competencia exclusiva cuando establece que «los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil» son competencia de los Tribunales españoles si el domicilio se encuentra en España. Lástima que ese foro sea concurrente y que no se refiera al contrato de agencia, sino a cuestiones de gestión corporativa para personalidades jurídicas dependientes.

Nada de todo esto era necesario. En el fondo de la cuestión late la controversia entre considerar al agente parte débil y, por tanto, protegido en exclusiva por los Tribunales de su domicilio (vide esta posición en el Informe de Asesoría jurídica del Consejo General, [www.cartage-na.cgac.es](http://www.cartage-na.cgac.es)) o, por el contrario, asumir que en su vertiente internacional queda sujeto a las normas generales sobre competencia judicial internacional, derecho aplicable y arbitraje (expresada en [www.comercio-externo.es/china](http://www.comercio-externo.es/china)). Lo único cierto es que la legislación actual sigue diciendo que son arbitrables las controversias disponibles y la Ley 12/1992 no declara la indisponibilidad internacional del contrato de agencia y que este contrato no está en la lista de pactos protegidos por intervención de parte débil. Y, ciertamente, afirmar a día de hoy que el contrato de agencia internacional no puede quedar sometido a arbitraje como método de resolución de controversias es no conocer la realidad de las cosas.

Elena ARTUCH IRIBERRI

#### IV. DIMENSIÓN INTERNA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

2008-32-Pr

**VECINDAD CIVIL.—Modos de adquisición de la vecindad civil. Residencia efectiva y real. Reserva del bñubo navarra. Testamento de hermandad navarro. Testamento mancomunado aragonés.**

Preceptos aplicados: artículo 14 del CC; artículos 456, 1077, 274 y 272 del Fuero Nuevo de Navarra; artículo 139 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967 y artículo 9.1 CC.

*«En el presente caso, nada consta sobre la vecindad civil de los padres de ninguno de los causantes, pero sí que don José Miguel nació en Pamplona en el año 1929 y doña Paloma en Val de Santa María (Zamora) el 17 de septiembre de 1929, y que contrajeron matrimonio el año 1962 en Bilbao, en donde fijaron su inicial residencia. Al menos desde el día 31 de diciembre de 1975 y hasta el día 1 de marzo de 1991, día en que causaron baja por no renovación, ambos esposos se hallan empadronados en el municipio de Zaragoza, y también en el de Pamplona, lugar este último en donde doña Paloma permaneció empadronada hasta el día 1 de mayo de 1996 (sic) y don José Miguel hasta el día de su fallecimiento (19 de abril de 2004), y de la prueba practicada —documental aportada por doña Teresa e interrogatorio de los litigantes— ha resultado acreditado que el matrimonio fijó su residencia en Zaragoza al menos desde el año 1967 hasta el fallecimiento de doña Paloma, que ocurrió en Zaragoza teniendo su domicilio en dicha localidad, según consta en su certificado de defunción —al igual que ocurre con igual certificado de don José Miguel—, pues así resulta de los libros de escolaridad y docu-*

mentos de vacunación aportados por dicha parte y del hecho de que en esta localidad donde se constituyó la empresa familiar, lo que por otra parte no es discutido por ninguna de los demás litigantes, quienes, para apoyar su aserto de vecindad navarra tan sólo alegan la convicción que padres e hijas tenían sobre tal circunstancia, así como los datos de empadronamiento, los cuales tan sólo se puede tomar como un dato a valorar, pero no demuestran por sí sólo una residencia efectiva y real (entre otras STS de 15 de noviembre de 1991), ya que se trata de un dato administrativo cuya correspondencia con la realidad no se comprueba durante toda su vigencia por los encargados de la llevanza de este Registro. Así las cosas, como quiera que no consta renuncia alguna de adquisición de la vecindad aragonesa por residencia, y que la vecindad no depende de la voluntad o conciencia de los afectados, si no de las normas que la regulan, no cabe sino concluir con doña Teresa, que doña Paloma se hallaba sujeta al régimen de vecindad aragonesa al tiempo de su fallecimiento, pues la había adquirido por residencia de más de diez años sin manifestación en contrario (art. 14.5 CC).

La anterior conclusión conduce derechamente a la desestimación de la demanda, en la que las actoras pretenden que se declare como reservables conforme a la legislación civil navarra unos bienes hereditarios procedentes del caudal quien no ostentaba tal vecindad a su fallecimiento, sino la aragonesa, por lo que su herencia no se halla regulada por aquella legislación conforme a las reglas de Derecho interregional (art. 16.1 CC y art. 9.1 CC), sino por la que vigente esta última comunidad al tiempo de su defunción, que no es otra que la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967, cuyo artículo 139, en parecidos términos que ahora el actual 149.3 L 1/1999 CAA, excluía la reserva de bienes salvo imposición testamentaria de un cónyuge al otro (art. 139 CA).»

**[Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), núm. 22/2008, de 21 de enero. Recurso de apelación núm. 591/2007. Ponente Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.]**

F.: Aranzadi (Wetslaw), AC/2008/825.

**Nota:** 1. El núcleo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza que nos ocupa gira en torno a las formas de adquisición de la vecindad civil y pone de relieve, una vez más, el desconcierto existente cuando se trata de computar los plazos establecidos legalmente para ello (vide FORNER DELAYGUA, J., «La contribución de la DGRN a la doctrina sobre cambios de vecindad civil por residencia», *Derecho Registral Internacional, Homenaje a la Memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, IProlex, Madrid, 2003, pp. 389-402). Teniendo en cuenta que la sujeción a un Derecho civil u otro de los coexistentes en el ordenamiento español dependerá de la vecindad civil que tengamos (art. 14 CC) no está de más recordar la importancia que tiene insistir en la necesidad de fomentar su conocimiento.

2. En un momento en que las Comunidades Autónomas avanzan poco a poco pero con paso firme en el desarrollo normativo de sus Derechos civiles forales o especiales (Ley 10/2008, de 10 de julio, Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, BOE 190/2008, de 7 de agosto) y en el que la modificación de las formas de adquisición de la nacionalidad está de plena actualidad (recordemos que la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, denominada Ley de Memoria Histórica, amplia por un periodo transitorio de dos años los destinatarios de los modos de adquisición por opción) nos corresponde volver a plantear la oportunidad de revitalizar, modificar o incluso sustituir un criterio que permanece prácticamente inalterable desde la promulgación del Código Civil en 1889 (sobre esta posibilidad insisten FONT I SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho Interregional*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2007, p. 242; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Derecho Internacional Privado Europeo, plurilegislación civil española y Derecho Interregional»; *Dereito*, vol. núm. 1, 2006, pp. 277 ss.). Asimismo, dado que la sentencia versa sobre Derecho sucesorio que es uno de los campos donde mayores cuestiones se plantean en el marco

del Derecho interregional, tampoco podemos dejar de mencionar, aunque nuestro supuesto no tenga vinculaciones transfronterizas, el influjo del Derecho comunitario en el sistema español de resolución de conflictos de leyes a todos los niveles (vide FONT I SEGURA, A., «La pluralidad interna visita el reino del Derecho Internacional privado», *Indret*, 2/2007) y las potenciales consecuencias que tendría para nuestro sistema de Derecho interregional la consagración en instrumento normativo del Libro Verde de Sucesiones y Testamentos (base del futuro Reglamento Bruselas IV) que bulle desde el 2005 en la cocina de las instituciones europeas (vide MIQUEL SALA, R., «El Libro Verde sobre sucesiones y testamentos: primeros pasos hacia Bruselas IV», *AEDIPr*, t. VII, 2007; pp. 695-718).

2. Esta vez el debate se centra en la sujeción al Derecho civil aragonés o al Derecho civil navarro de un matrimonio que, de acuerdo a la legislación navarra, otorga testamento de hermandad por el que se instituyen mutua y recíprocamente herederos universales. Fallecida la esposa, el marido procede a la aceptación de la herencia de aquélla y se adjudica la mitad de los bienes del matrimonio por disolución de la sociedad de conquistas y la otra mitad por herencia. Al cabo de los años contrae nuevo matrimonio y realiza un nuevo testamento que viene a ser impugnado y considerado nulo por dos de las hijas de su primera mujer por no respetar las limitaciones a la libertad de disponer que el Derecho civil navarro impone a los bñubos, en particular la reserva a favor de los hijos del primer matrimonio de los bienes que el supérstite hubiere adquirido por título lucrativo del premuerto (art. 274 del Fuero Nuevo de Navarra). Por su parte, comparece una tercera hija, hermana de las anteriores, que discrepa sobre la vecindad civil de sus padres y, en función de la vecindad civil aragonesa que asegura tenían, sostiene la nulidad del testamento de hermandad navarro por no estar recogido en la legislación aragonesa; y, por tanto, del segundo testamento del causante en el que dispone de bienes que le fueron adjudicados en virtud de la herencia de su esposa conforme al primer instrumento testamentario. En último lugar la segunda esposa del causante afirma que no se ha infringido la reserva navarra.

La decisión en primera instancia entiende acreditada la vecindad civil navarra del matrimonio atendiendo al lugar de nacimiento del causante y a la adquisición de la vecindad civil de la esposa por matrimonio, dado que se celebró en 1962 antes de la promulgación de la Constitución de 1978. Al mismo tiempo, se agarra a la duplicidad de empadronamiento mantenida por ambos durante los años 1975 a 1991 para concluir que cualquier duda al respecto debe ser resuelta a favor de la vecindad de origen del marido. En consecuencia, la juez *a quo* aplica el ordenamiento navarro y concluye que el segundo testamento no ha respetado la reserva a favor de las actoras como hijas del primer matrimonio.

3. A tenor del artículo 14 CC la vecindad civil se adquiere por la vecindad civil de los padres, por residencia continuada de dos años y manifestación de voluntad expresa, y por residencia de diez años, salvo declaración en contra. Además, hasta 1978 la vecindad civil también se adquiere por matrimonio (aunque la modificación se hace años después por Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, *BOE* núm. 250, de 18 de octubre). En principio la aplicación de este artículo nos tendría que aportar la conclusión definitiva, pero el carácter híbrido de la vecindad civil a medio camino entre el domicilio, la nacionalidad y la residencia habitual complica la ilusoria facilidad con la que se realiza la prospección normativa en aquellos supuestos, cada vez más habituales, en los que o bien se producen distintos cambios de domicilio a la largo de la vida o bien el domicilio no concuerda con la residencia habitual. Y éste es uno de ellos.

4. Por un lado, parece ser que el causante nació en Pamplona, por lo que podría ostentar la vecindad civil navarra de origen, aunque se desconoce la vecindad civil de sus padres. El siguiente dato que tenemos es que desde 1962, fecha en la que contrajo matrimonio, hasta 1975, fecha en que se empadrona en Zaragoza, al igual que su mujer, reside en Bilbao. Así que la primera conclusión que se deduce de estos antecedentes es que, aunque supongamos (como

hace la juez de instancia) que inicialmente ostentaban la vecindad civil navarra, en el transcurso de diez años de aparente residencia en Bilbao (desde su matrimonio hasta su empadronamiento en Zaragoza) ambos habrían perdido la vecindad civil navarra y adquirido de manera automática la vecindad civil vizcaína, aforada o no; pero esa es otra cuestión que, aunque refleja el grado de complejidad al que podría llegar el supuesto, en este momento no tiene relevancia. En efecto, la vecindad civil se adquiere una vez transcurren diez años de residencia en un territorio distinto con diferente legislación civil. Por tanto, el cambio de vecindad civil se produce *ipso iure* salvo declaración en contrario del interesado/a (vide «Nota a la SAP Barcelona núm. 752/2003», 2004-18-Pr, *REDI*, vol. LVI, 2004, 1, p. 423). Y aquí es donde surge el principal problema a la hora de interpretar los modos de adquisición de la vecindad civil. Normalmente en estos casos la mayor dificultad se halla en probar la vecindad civil cuando los interesados no han realizado declaración alguna sobre su voluntad de adquisición o no de la vecindad civil del nuevo territorio en el que residen, ya que su adquisición sobreviene de manera automática sin necesidad de inscripción registral ni requisito alguno más que el transcurrir del tiempo.

5. Lo siguiente que sabemos es que a partir de 1975 ambos esposos se hallan empadronados en dos municipios a la vez, en Zaragoza y en Pamplona. Y que desde 1991 se produce su baja del padrón aragonés, por lo que únicamente permanecen empadronados en el municipio navarro. Sin embargo, a efectos civiles, en aras a computar los plazos vinculados a la vecindad civil, no convendría fijarse en estos datos, pues de ellos se deriva la vecindad administrativa y la condición política de la persona pero no su residencia real y efectiva en ese municipio que es lo que, en definitiva, nos sirve para realizar nuestro cálculo. De modo que los elementos que nos van a dar la pista definitiva sobre cuál es la residencia de los afectados son aquellos que se refieren a su «centro de vida». En atención a este requisito, el hecho de que en el certificado de defunción de los dos esposos figure el domicilio en Zaragoza, así como en los libros de escolaridad y en los documentos de vacunación aportados, junto con la peculiaridad de que la empresa familiar se constituyera en la misma localidad, nos llevan a concluir, tal y como hace la sentencia de la Audiencia, que ambos ostentaban vecindad civil aragonesa al tiempo de su fallecimiento.

6. Finalmente, en virtud de la conclusión precedente la sucesión de la esposa, o sea el testamento de hermandad de los cónyuges, se regirá por la legislación vigente en Aragón al tiempo de su fallecimiento en 1991 (art. 9.8 CC), es decir la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967, y en ella se contempla de manera similar al ordenamiento navarro la posibilidad de testar mancomunadamente. De esta forma su validez dependerá del cumplimiento de los requisitos exigidos para otorgar testamento entre dos personas instaurados en este ordenamiento. Mientras, el segundo testamento otorgado por el cónyuge supérstite estará sometido igualmente a la legislación aragonesa y no a la navarra, en esta ocasión a la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, dado que en el momento de su otorgamiento ya estaba vigente (art. 9.8 CC) y en ella, a diferencia de la legislación navarra, se excluye la reserva de bienes salvo imposición testamentaria de un cónyuge a otro.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI