

## B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO\*

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

### I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

#### 1. *Competencia judicial internacional*

2007-16-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Demandas de responsabilidad parental y de restitución de menor.–Litispendencia.–Aceptación de la competencia de los tribunales franceses.–Conformidad al traslado del menor.**

Preceptos aplicados: Artículos 8, 9, 10, 11, 19 y 20 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre.

---

\* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2007-1. Como consecuencia de límites impuestos por la editorial una vez entregada, he tenido que proceder a una reducción importante de la misma, eliminando los textos seleccionados (espero que la facilidad con la que actualmente se accede a esta información minimice los inconvenientes de la decisión) y suprimiendo tres comentarios, que incorporaré en el siguiente número. En concreto los que acompañaban a la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 62/2007 (Sección 12.ª)*, de 31 de enero, elaborado por Laura Carballo Piñeiro, a quien agradezco la generosidad mostrada al asumir la demora; a la *Sentencia Tribunal Supremo núm. 294/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1)*, de 14 marzo y a la *Sent. Aud. Prov. de Asturias (Sec. 7, Gijón)* de 30 abril 2007, ambas comentadas por mí. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en el año 2007. Colaboran en la presente crónica, Rafael Arenas García, Elena Artuch Iriberrí, Laura Carballo Piñeiro, Luis Carrillo Pozo, Federico Garau Sobrino, Pilar Jiménez Blanco, Nuria Marchal Escalona, Miguel Ángel Michinel Álvarez, Paula Paradela Areán, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Marta Requejo Isidro, y Elena Rodríguez Pineau de las Universidades Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid, Girona, Granada, Islas Baleares, Oviedo, Santiago de Compostela y Vigo.

[Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª) de 3 de julio de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, JUR 2007/308779.

**Nota:** 1. Los hechos son bastante claros: después de una convivencia con su pareja en España, el hijo común de ambos fue trasladado por la madre a Francia en agosto de 2005, planteando ésta una demanda sobre responsabilidad parental ante el Tribunal de Dax el 7 de septiembre de ese mismo año; en febrero de 2006, el padre presenta una demanda solicitando el retorno del menor ante un Juzgado de 1.ª Instancia de Madrid y el 22 de junio de 2006 comparece en el proceso abierto en Francia. Paralelamente, el Tribunal de Pau (Francia) declara, el 7 de marzo de 2006, la licitud del traslado del menor a Francia, presuponemos que como consecuencia de una solicitud de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980 previamente presentada por el padre. Con estos antecedentes, la Aud. Prov. confirma la incompetencia de los tribunales españoles, ya declarada en instancia, considerando que se había producido una aceptación de la competencia de los tribunales franceses por el padre en el proceso abierto con anterioridad en Francia. La valoración final de esta conclusión sólo puede realizarse a partir de dos elementos determinantes: por una parte, la incidencia en la competencia del traslado del menor y el concreto motivo de su no restitución a España; por otra, el juego y las consecuencias de la litispendencia en este caso.

2. Empezando por lo último, no resulta necesario recordar que el principio de confianza comunitaria que inspira las normas institucionales de competencia judicial internacional, junto con el objetivo declarado de evitar decisiones inconciliables dentro del ámbito comunitario, obliga a que el tribunal español ante el que se planteó en segundo lugar la demanda de responsabilidad parental, con idéntico objeto y causa, deba suspender el proceso abierto en España hasta que el tribunal francés se pronuncie sobre su competencia y, en caso de que declare competente, el tribunal español deba inhibirse sin controlar la competencia del tribunal de origen. Así de sencillo y nada más hubiera requerido la Audiencia para justificar que los tribunales españoles no podrían conocer en dicho supuesto. Pero, «amontonando» argumentos y citas de preceptos dispares, la Audiencia quiere despejar la duda, razonable, sobre la competencia sobre el fondo de los tribunales españoles. Este análisis carece de consecuencias en el caso concreto y sólo adquiere interés como «curiosidad científica», que vamos a intentar satisfacer.

3. La valoración sobre la competencia debe partir del análisis minucioso del traslado del menor. La Aud. Prov. de Madrid, en referencia a la decisión de no retorno dictada el 7 de marzo, se limita a decir que el Tribunal de Pau declaró que «no es ilícito el traslado del menor» (Fund. Jurídico 4.º). Pues bien, por sus efectos sobre la competencia judicial, resulta esencial diferenciar entre el no retorno del menor por declaración de «licitud» del traslado y no retorno porque, a pesar de la ilicitud del traslado, se dé alguno de los motivos de no restitución establecido en el Convenio de La Haya de 1980 (arts. 12.II, 13 ó 20) (sobre esta cuestión, vide JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, en prensa).

La principal consecuencia de la declaración de la licitud del traslado conlleva que se aplique el régimen de competencia general del Rto. 2201/2003, esto es, el establecido en el artículo 8, de modo que resultarán competentes los tribunales del Estado de la residencia habitual en el momento en el que se presente el asunto. En el caso concreto, debe hacerse notar el escaso tiempo transcurrido entre el traslado del menor (agosto de 2005) y la fecha de la demanda (7 de septiembre de 2005), aunque ello no es argumento definitivo en contra de la adquisición de una nueva residencia habitual que, siendo consecuencia de un traslado lícito, deberá valorarse a partir de elementos que confirmen la idea de permanencia e integración del menor en el Estado francés.

El razonamiento sobre la competencia sería, sin embargo, totalmente diverso en el caso de que el Tribunal de Pau hubiera decidido la no restitución del menor por cualquiera de los moti-

vos del CH 1980, pero partiendo de la ilicitud del traslado. Las consecuencias de este pronunciamiento sobre la competencia son determinantes: en este caso, la competencia debería analizarse desde la perspectiva del régimen específico que establece el artículo 10 Rto. 2201/2003. Esta base jurídica es la que precisamente utilizó el padre demandante en España para fundamentar la competencia de nuestros tribunales sobre el fondo y, por ello, también para pronunciarse de forma definitiva sobre la restitución del menor (en virtud del art. 11.8). La argumentación del recurrente iba, por tanto, en el sentido de subrayar el «carácter provisional» de la decisión de no retorno dictada por los tribunales franceses y justificar la competencia de los tribunales españoles para pronunciarse definitivamente sobre esta cuestión. Varias precisiones se imponen sobre este poder de revisión.

La provisionalidad de la decisión de no restitución es una característica inherente de estas decisiones por su alcance limitado, supeditado siempre a la resolución sobre el fondo: sólo los tribunales que vayan a pronunciarse sobre la custodia son los que decidirán, en último extremo, con quién y dónde deberá permanecer el menor. Por ello, más que introducir una auténtica novedad en este punto [como ha afirmado, entre otros, GONZÁLEZ BEILFUS, C., «Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita», en ADAM MUÑOZ, M. D., y GARCÍA CANO, S. (Dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 89 y ss., esp. p. 114], lo que hace el artículo 11 Rto. es coordinar efectivamente el procedimiento que debe decidir sobre la restitución del menor con el, necesario en la mayoría de las ocasiones, ulterior proceso sobre la responsabilidad parental.

Siendo cierta, en los términos descritos, la vinculación entre competencia sobre el fondo y poder de revisión sobre la decisión de no restitución del menor es falsa la afirmación de la Audiencia (Fundamento 2.º) sobre el carácter temporal de la competencia del tribunal del Estado donde se encuentra sustraído el menor, condicionada al pronunciamiento del tribunal de su residencia habitual anterior (Estado de origen). El poder de revisión lo tienen los tribunales competentes sobre el fondo, que, según los diferentes supuestos del artículo 10 del Rto., pueden ser los tribunales del Estado de secuestro o los del Estado de origen. Esta premisa, esencial para entender el sistema establecido en los arts. 10 y 11 del Rto., sirve para interpretar en qué casos los tribunales que han decidido sobre la restitución deben remitir las actuaciones a las autoridades del Estado de origen para que se pronuncien sobre la responsabilidad parental. Por ello debe superarse la literalidad del artículo 11.6 Rto., que obliga a esta remisión cuando se haya denegado la restitución sobre la base del artículo 13 CH 1980, en un doble sentido. Por exceso, porque existen supuestos de no restitución del artículo 13 que corren paralelos a la asunción de competencia de los tribunales del Estado del secuestro (véase el caso del consentimiento al traslado); por defecto, porque existen otros supuestos de no restitución, diferentes a los del artículo 13 CH 1980, que no alteran la competencia de los tribunales del Estado de origen (véase el caso de denegación del retorno sobre la base del artículo 12.II del Convenio de La Haya de 1980 en el caso de que aún no hubiera transcurrido un año desde la localización del menor) y que, por ello, serán los que tengan la decisión última sobre el retorno del menor.

4. Desconociendo cuál ha sido el motivo real de no restitución del menor utilizado por los tribunales franceses, el elemento que la Aud. Prov. considera esencial en el caso concreto es la «aceptación» de la competencia del Tribunal de Dax por el padre, que compareció en aquel proceso y no impugnó la competencia. El interrogante sobre la base normativa para otorgar efectos atributivos a esta aceptación en el marco del Rto. 2201/2003 la Audiencia lo resuelve citando a los artículos 9 y 10.1.a) Rto. Nuevamente se imponen varias precisiones.

Resulta cuanto menos sorprendente invocar el artículo 9 del Rto. para fundamentar la competencia en el caso concreto por la sencilla razón de que no se dan los presupuestos para su aplicación: ni se está discutiendo únicamente sobre el derecho de visita del menor ni existe, al menos que se sepa, una decisión previa sobre la visita dictada por los tribunales españoles.

Una reflexión diferente merece la consideración de que la aceptación de la competencia de los tribunales franceses equivale a un consentimiento al traslado del menor en el sentido del artículo 10.1.a) Rto. 2201/2003. Como regla general, debe concluirse que tal equivalencia no está justificada. Primero, porque hay que demostrar en cada caso que la aceptación de la competencia supone un verdadero consentimiento al traslado, lo que debe ir unido a otros factores que así lo evidencien. En este caso, no existen elementos suficientes para llegar a esta conclusión, máxime cuando se deduce del supuesto que con anterioridad el padre había solicitado ante las autoridades francesas el retorno del menor siguiendo el procedimiento, suponemos, del Convenio de La Haya de 1980. Segundo, porque introducir esta equivalencia supondría desvirtuar el (limitado) papel otorgado a la prórroga de competencia en el ámbito del Rto., pues si toda sumisión es interpretada como consentimiento al traslado, serían irrelevantes las exigencias adicionales establecidas en el artículo 12 del mismo Reglamento, tales como que esa competencia responda al interés superior del menor. A todo ello, hay que sumar un presupuesto ineludible para justificar la competencia de los tribunales franceses: incluso en el caso de que se hubiera demostrado la existencia de un verdadero consentimiento al traslado, es *condition sine qua non* para que opere el artículo 10.1.a) que el menor hubiera adquirido su residencia habitual en Francia. Nuevamente aquí la Audiencia peca de simplismo en el Fundamento 3.º, ya que el consentimiento al traslado no necesariamente implica un cambio en la residencia habitual del menor. La correlación entre ambos aspectos presupone un contenido específico en el consentimiento: que el niño se establezca de forma permanente e indefinida en el Estado del secuestro. De una supuesta sumisión a los tribunales franceses difícilmente podría derivarse un consentimiento con ese contenido.

5. Las observaciones anteriores no deben empañar, sin embargo, el esfuerzo de nuestros tribunales por aplicar correctamente un instrumento de la complejidad del Reglamento 2001/2003. Si bien es cierto que la aparente complejidad de los instrumentos comunitarios, consecuencia de una mejorable articulación y sistematización normativa, no deben oscurecer la sencillez del planteamiento y de la solución al caso concreto. En este caso, la litispendencia hubiera impedido el conocimiento del litigio por parte de los tribunales españoles. Ninguna otra solución hubiera cabido en el marco del Reglamento incluso en el supuesto de que se hubiera llegado a la conclusión sobre la competencia de nuestros tribunales para conocer sobre el fondo.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO

2007-17-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Pluralidad de demandados.—Aplicabilidad del artículo 6.1.º del Reglamento núm. 44/2001.—Concepto de conexidad entre las demandas: no exigencia de identidad de fundamentos.—Abuso en la utilización de la conexión: demandas ficticias.**

Preceptos aplicados: Artículo 6.1.º del Reglamento núm. 44/2001.

[Sentencia TJUE (Sala Tercera) de 11 de octubre de 2007. Asunto C-98/06. Partes: *Freeport plc* y *Olle Arnoldsson*. Ponente: J. Klucka.]

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

R.E.D.I., vol. LIX (2007), 2

**Nota:** 1. Los hechos que desembocan en la sentencia objeto de esta nota son básicamente los siguientes: la sociedad Villages des Marques S. A., se dedica a buscar en Europa lugares que acojan tiendas de fábrica (*factory outlets*) donde llevar a cabo el proyecto correspondiente. Uno de estos proyectos se planea en Kungsbacka (Suecia) y fue cedido a la empresa Freeport plc., con domicilio en Gran Bretaña, mediante un acuerdo de *joint venture* celebrado el 15 de septiembre de 1999 entre Freeport plc. y Trading Places Ltd., sociedad matriz de Villages des Marques S. A. y para quien actuaba como representante el Sr. Arnoldsson. Éste, previamente, había llegado en el mes de agosto a un acuerdo verbal con el representante de Freeport plc., después confirmado mediante fax, por el cual la empresa británica se comprometía a pagarle 500.000 libras esterlinas en concepto de comisión por resultados. Se pacta que dicho pago lo efectuará la sociedad propietaria del establecimiento, que fue oficialmente inaugurado el 15 de noviembre de 2001, siendo su propietaria la sociedad Freeport Leisure Sweden (A.B.), controlada al 100% por Freeport plc. a través de su filial Freeport Leisure Netherlands B.V. Cuando se abre el establecimiento, el Sr. Arnoldsson reclama su comisión y, al no recibirla, el 15 de febrero de 2003 demanda tanto a Freeport plc. como a su filial Freeport Leisure Sweden A.B. ante el *Tingsrätt* de Goteborg, demarcación donde tiene su domicilio Freeport Leisure Sweden A.B.. El Sr. Arnoldsson invoca el artículo 6.1.º del Reglamento núm. 44/2001 para demandar a Freeport plc., que a su vez plantea una declinatoria de jurisdicción. La empresa británica entiende que la norma citada no le es aplicable, por ser diferente el fundamento de las dos demandas (según su opinión, contractual en la demanda presentada contra ella, pero no contractual en la presentada contra su filial sueca). Al llegar el caso en apelación ante el *Högsta domstolen*, este tribunal decide suspender el procedimiento y preguntar al tribunal comunitario, en primer lugar, si una demanda que se basa en la afirmación de que una sociedad anónima debe realizar un pago como consecuencia de la asunción de una obligación ha de calificarse de demanda en materia contractual, a efectos de la aplicación del artículo 6.1.º del Reglamento 44/2001, aunque la persona que asumió dicha obligación en aquel momento no fuera el representante legal ni el apoderado de la sociedad. Para el caso de una respuesta afirmativa, pregunta también si es necesario que la demanda presentada ante el domicilio de uno de los codemandados no se haya interpuesto exclusivamente con la finalidad de que conozca de la demanda dirigida contra otro demandado un tribunal distinto del que, en otro caso, habría sido competente. Finaliza inquiriendo si, en caso de respuesta negativa a la segunda cuestión, hay que examinar de otro modo la probabilidad de que se estime la demanda presentada contra el demandado ante el tribunal del Estado de su domicilio cuando existe el riesgo de resoluciones inconciliables en el marco del artículo 6.1.º El Tribunal de Justicia reformula la primera cuestión entendiéndolo que lo que se pregunta es si el artículo 6.1.º del Reglamento 44/2001 «se aplica únicamente en caso de identidad de fundamentos jurídicos de las acciones ejercitadas contra los distintos demandados ante los órganos jurisdiccionales del domicilio de uno de ellos» (cdo. 32), a lo que responde negativamente. También responde negativamente a la segunda pregunta y deja de responder a la tercera en consonancia con la respuesta dada a la primera.

2. Las dos cuestiones que se abordan en la presente decisión son entonces, en primer lugar, si el concepto de conexidad presente en el artículo 6.1.º del Reglamento 44/2001 exige identidad de fundamentos jurídicos entre las demandas presentadas o, al menos, que éstos tengan la misma naturaleza; en segundo lugar, si el requisito de seriedad en la pretensión, tal y como viene siendo exigido expresamente en el artículo 6.2.º del Reglamento 44/2001, es necesario también en el marco del artículo 6.1.º El TJCE responde negativamente a ambas aunque, en opinión de quien suscribe, acierta sólo respecto de la primera. En relación con ésta, la doctrina nacional se ha ocupado de la cuestión. Así, como ha señalado QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (*El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Madrid, Eurolex, 1996, p. 63), existen básicamente dos posibilidades a la hora de interpretar el concepto de conexidad

presente en el artículo 6.1.º: una, más restrictiva, que identificaría pluralidad de demandados con pluralidad necesaria (esto es, básicamente, litigios que reposen en un mismo fundamento) o lo que viene a ser lo mismo, una conexidad reforzada; y otra, más amplia, por la que parece inclinarse el Tribunal de Justicia aquí, que pasa por utilizar una conexidad simple, de modo semejante al artículo 28.3.º del Reglamento 44/2001. No faltan argumentos a favor de una u otra postura, aunque los de mayor peso parecen estar con la segunda. Así, ciertamente, la conexidad presente en el artículo 28.3.º, por un lado, no es un foro de atribución directa de competencia; y, por otro lado, abarca mayor abanico de supuestos que el de pluralidad de demandados (siendo, en realidad, su esencia la pluralidad de objetos, más que la de sujetos, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *op. cit.*, pp. 73-74), lo que parecería reforzar la idea de que el artículo 6.1.º debe emplearse sólo para casos en que una misma pretensión se dirige contra varios sujetos (esto es, el litisconsorcio pasivo necesario). Al lado de estos argumentos, tal vez un tanto formalistas, se encontraría también el hecho de que evitar el riesgo de una denegación de justicia para el demandante – por la posibilidad de un conflicto negativo de competencias– mediante la acumulación de demandas parece justificarse sólo en los casos de litisconsorcio pasivo necesario y no en los del voluntario, que responderían a la mera comodidad del demandante (vide QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *op. cit.*, p. 128). Pero frente a estos argumentos cabe señalar por un lado que, cuando el TJCE ha tenido que precisar el sentido de la conexidad en el marco del artículo 6.1.º, parece haberse inclinado precisamente por el concepto contenido en el artículo 28.3.º del Reglamento (vide Sentencia *Kalfelis*, de 27 de septiembre de 1998, 189/87, *Rec.*, p. 5565, en la interpretación de HEREDIA CERVANTES, I., *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Granada, Comares, 2002, p. 135, nota 295). Por otro lado, la eventual denegación de justicia obviamente justifica la presencia de un foro que permita la acumulación de demandas, pero la función del artículo 6.1.º se extiende más bien a evitar el riesgo de resoluciones contradictorias, que también está presente en los casos de litisconsorcio pasivo voluntario y que se verían excluidos de reclamarse una interpretación estricta de la noción de conexidad (HEREDIA CERVANTES, I., *op. cit.*, p. 139).

3. A la coherencia de esta respuesta del Tribunal de Justicia no obsta, por otra parte, como bien ha remarcado el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi en sus conclusiones presentadas el 24 de mayo de 2007, la cita por parte del tribunal sueco remitente de la Sentencia *Réunion européenne*, de 27 de octubre de 1998, C-51/97, *Rec.*, p. I-6511. Efectivamente, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia, tal y como señala el órgano sueco remitente, indicaba que no puede considerarse que tengan un punto de conexión dos demandas de una misma acción de reparación dirigidas contra distintos demandados y basadas una de ellas en la responsabilidad contractual y la otra en la responsabilidad delictual. Ahora bien, el Tribunal de Justicia se pronunciaba en tal decisión con carácter prejudicial sobre una serie de cuestiones relativas a la interpretación de los artículos 5, números 1 y 3, y 6, número 1, del Convenio de Bruselas. Las primeras estaban dirigidas en esencia a obtener del Tribunal de Justicia un pronunciamiento sobre el fundamento contractual o extracontractual de las pretensiones formuladas por los aseguradores contra un armador neerlandés y el capitán del buque, así como sobre la interpretación del concepto de «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso», a efectos del artículo 5, número 3. En cambio, mediante la última prejudicial, se preguntaba al Tribunal de Justicia si un demandado domiciliado en el territorio de un Estado contratante puede en otro Estado contratante ser demandado ante el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado una demanda dirigida contra un codemandado domiciliado fuera del territorio de cualquier Estado contratante, debido a que el litigio tiene carácter indivisible, y no sólo conexo. Al responder a esta cuestión, el Tribunal de Justicia se remitió al tenor del artículo 6, número 1, del mismo y precisó que constituye un requisito para la aplicación de dicha disposición el hecho de que el litigio de que se trata se entable ante los tribunales del lugar del domicilio de uno de los demandados, y continuó su razonamiento remitiéndose a la aclaración contenida en la Sentencia *Kalfelis* en relación

con los requisitos de aplicación de dicha disposición, así como al pasaje de tal sentencia en el que se declaraba que un tribunal que sea competente en virtud del artículo 5, número 3, del Convenio para conocer de un aspecto de la demanda que tenga un fundamento delictivo no es competente para conocer de otros aspectos de la misma basados en fundamentos no delictivos, lo que le llevó a la conclusión ya apuntada más arriba. Pero, como bien señala el Abogado General en las conclusiones del caso que nos ocupa, en la Sentencia *Réunion européenne* «el Tribunal de Justicia pretendió afirmar explícitamente la falta de pertinencia de la competencia basada en foros alternativos al del domicilio del demandado a efectos de la acumulación procesal en supuestos de litisconsorcio pasivo, excluyendo que dicha competencia pueda permitir reunir varias demandas vinculadas entre sí si ello se justifica únicamente respecto a una de ellas [lo que] no excluye... la aplicabilidad del artículo 6, número 1, del Convenio de Bruselas en los casos de concurrencia de demandas por responsabilidad contractual y extracontractual, *siempre que la acumulación de los correspondientes juicios opere en favor del juez del foro del domicilio de uno de los demandados*» (cdos. 39-41, cursivas nuestras).

4. Finalmente resta por examinar la cuestión relativa al fraude o abuso en la utilización de la conexión. En este punto son más compartibles las conclusiones del Abogado General, que contradicen a la que alcanza el Tribunal en su fallo. Ciertamente, el artículo 6.1.º no establece expresamente la condición apuntada, a diferencia del artículo 6.2.º que sí lo hace. Pero, por otro lado, el Tribunal de Justicia en la propia Sentencia *Kalfelis* citada (y a pesar de la interpretación que efectúa la Comisión) ya entendía que se vulneraría el principio general *actor sequitur forum rei* si un demandante fuera libre de formular una demanda dirigida contra varios codemandados con el solo fin de que uno de ellos se sustraiga a la competencia de los tribunales del Estado donde se encuentra su domicilio (cdos. 8 y 9); lo que además vendría corroborado por el comentario al artículo 6.1.º en el Informe Jenard y por la Sentencia *Reisch Montage*, de 13 de julio de 2006 (C-103/05, *Rec.*, p. I. 6827). No puede olvidarse que los casos de interposición de un demandante ficticio significarían un uso fraudulento de la conexión, lo que debería suponer un límite para la utilización de las normas del Reglamento 44/2001, según la opinión del Abogado General (cdo. 62), quien también llega a extender la exigencia prevista en el artículo 6.2.º a aquellos supuestos del artículo 6.1.º que puedan plantear un ejercicio abusivo del derecho de elección de foro (cdo. 64). En la doctrina española, I. Heredia Cervantes (*op. cit.*, pp. 152-153) ha apuntado las vías para llevar a cabo dicha extensión, a saber, o bien considerarla como una «comunitarización» de la cláusula general de fraude procesal contenida en los diferentes ordenamientos internos, o bien, partir de un concepto más amplio de conexidad que incluyese como nuevo elemento integrador la prohibición de conexiones de conveniencia; solución esta última que parece más aceptable si se considera, en primer lugar, la relación entre la conexidad y la prohibición del ejercicio de este tipo de pretensiones presente tanto en el Informe Jenard como en la Sentencia *Kalfelis*; y, en segundo lugar, entendiendo que así la carga de la prueba recaería sobre quien invocase la conexidad, y no sobre quien fuese demandado. Cierto es que una lectura benevolente del fallo del Tribunal de Justicia en la sentencia anotada podría llevar a pensar que, si bien se ha excluido una carga de la prueba sobre la seriedad de la pretensión para quien alega la conexidad, tampoco se ha negado que un demandado pueda probar que la demanda formulada ante los tribunales del domicilio de otro demandado sea de conveniencia. En cualquier caso, la determinación del carácter ficticio de la pretensión sería tarea de los tribunales internos que conociesen del asunto (vide conclusiones del Abogado General, cdo. 66 así como HEREDIA CERVANTES, I., *op. cit.*, p. 155).

2007-18-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–Sumisión a Tribunales de Estados Unidos. Arrendamiento del motor de un avión. Apropiación del motor por parte del arrendador. Delimitación entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.**

Preceptos aplicados: Artículos 22 de la LOPJ, 6.4, 7, 10.2, 12.4 y 1255 del CC.

[STS núm. 1129/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>), de 31 de octubre de 2007. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ 2007/6815.

**Nota:** 1. La STS de 31 de octubre de 2007 pone fin a un asunto que ya ha dado origen a una destacable decisión de nuestros tribunales, la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 14.<sup>a</sup>) de 10 de abril de 2000, comentada y valorada –en líneas generales– positivamente (vide las notas de BOUZA VIDAL, N., *AEDIPr*: 2002, t. II, pp. 705-709 y de ARENAS GARCÍA, R., *REDI*, 2001, vol. LIII, núms. 1 y 2, pp. 474-481). La STS que resuelve el recurso de casación planteado contra aquella decisión de la AP de Madrid ha de ser también incluida en el haber de nuestra jurisprudencia, aunque ya es preciso advertir que el razonamiento seguido por el Alto Tribunal se aparta significativamente del que en su día había utilizado la AP de Madrid.

El problema se suscitó en el marco de un contrato de arrendamiento de un motor de aeronave. Delta Airlines, compañía domiciliada en Estados Unidos, había concluido un contrato con la sociedad española «Oasis Internacional Airlines, S. A.», por el que la primera arrendaba a la segunda un motor de avión que esta última utilizaría en uno de sus aparatos. El contrato se sometía al Derecho del Estado de Georgia, Estados Unidos y las partes acordaban someter toda controversia derivada del contrato a los tribunales con sede en los condados de Fulton y Clayton, Georgia (Estados Unidos). Encontrándose el avión de Oasis Airlines que montaba el motor arrendado en el aeropuerto John Fitzgerald Kennedy de Nueva York, empleados de Delta Airlines procedieron a desmontarlo y apropiárselo sin el consentimiento de Oasis. Esta acción, como es fácil imaginar, causó perjuicios a Oasis, siendo tales daños el fundamento de la demanda planteada en España por ésta contra Delta Airlines.

2. El debate entre Oasis y Delta Airlines presenta abundante puntos de interés que ya han sido destacados en los comentarios citados a la Sentencia de la AP de Madrid de 10 de abril de 2007. Así, la eficacia de la *derogatio fori* a tribunales de Estados que no son parte de los Convenios de Bruselas o de Lugano (hoy tendríamos que referirnos a la derogación a favor de Tribunales de Estados no miembros del Reglamento 44/2001), la ley aplicable al acuerdo de elección de tribunal, la eficacia del acuerdo de elección de tribunal contenido en un contrato respecto a las reclamaciones de carácter extracontractual que se encuentren vinculadas a la relación contractual afectada por la elección de tribunal y la cuestión del hipotético carácter fraudulento del acuerdo de elección de foro. En su decisión del año 2000, la AP de Madrid respondió con acierto a estas cuestiones, aunque no siempre con los mejores argumentos técnicos; reconociendo la eficacia del acuerdo de sumisión a los tribunales de Estados Unidos, extendiendo la eficacia de dicho acuerdo a las reclamaciones de carácter extracontractual que estuviesen vinculadas al contrato, determinando que el Derecho aplicable a la cláusula de elección de tribunal es el rector del contrato (en el caso concreto el de Estados Unidos) y manifestando que en el caso concreto el foro estadounidense no había sido buscado fraudulentamente.

La Sentencia que aquí se comenta declara que no ha lugar al recurso de casación planteado, por lo que se mantiene la incompetencia de los tribunales españoles para pronunciarse

sobre la demanda planteada por Oasis Internacional contra Delta Airlines, aunque los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo no coinciden totalmente con los utilizados por la Audiencia Provincial y sin que confirme en todos sus extremos la interesante doctrina sentada por la AP de Madrid. En este sentido, el punto más destacado de la decisión que comentamos es aquel en el que se niega que la demanda planteada pueda calificarse como extracontractual, tal como pretende el demandante. El Tribunal Supremo entiende que la apropiación del motor por parte de Delta Airlines es una facultad establecida en el contrato, y por tanto, la reclamación basada en los daños derivados de dicha apropiación debe calificarse como contractual. La importancia de la cuestión se cifra en que si se admitiese la calificación extracontractual podría resultar discutida la eficacia de la cláusula de sumisión respecto al proceso iniciado en España. La resolución de este punto es uno de los puntos más destacado de la decisión de la AP, habiéndose establecido allí que la cláusula compromisoria alcanzaba también a las reclamaciones extracontractuales que estuviesen vinculadas con el contrato. Se trataba de una doctrina relevante, que extendía los límites de los acuerdos de elección de foro hasta el ámbito extracontractual. Es por ello que es deseable que el Tribunal Supremo confirme esta doctrina. Esta decisión hubiera sido una buena ocasión para ello, pero evidentemente, el Tribunal Supremo ha de resolver el caso planteado y si en el supuesto concreto entiende que la calificación correcta es la de contractual no resulta pertinente que entre a dilucidar lo que hubiera pasado si la demanda tuviera que calificarse como extracontractual.

3. El Tribunal Supremo también niega que nos encontremos ante un supuesto de fraude de ley, que pudiera exigir la consideración de los artículos 6.4 y 12.4 del CC. La decisión no se extiende en este punto, manteniendo que las alegaciones del recurrente se refieren al fondo del litigio y no a la jurisdicción de los tribunales españoles. Añade, además, que «no cabe hablar de fraude de ley cuando la que se señala como norma de cobertura –esto es, la que permite a las partes someterse a un Tribunal extranjero: art. 1255 del Código Civil– es la que debe regular el supuesto fáctico definitivamente, atribuyéndole una protección suficiente o no claudicante». Es dudoso que la alegación del recurrente –mejor o peor fundamentada– no tenga relevancia para la cuestión competencial. El fraude o el abuso en los acuerdos de elección de foro es posible. Seguramente en el caso concreto no se daban las circunstancias para entender que existiera ese fraude o abuso, pero no hubiera estado de más que el Tribunal Supremo se hubiera extendido más en este punto.

Finalmente, llama la atención el que el TS mantenga que es el artículo 1.255 del CC el que permite a las partes someterse a tribunales extranjeros. Hasta el momento este precepto no había sido utilizado como fundamento para la *derogatio fori*. Al tratarse de un problema competencial, los argumentos han de localizarse en la normativa procesal. Cuestión distinta es que sea preciso determinar el derecho aplicable al acuerdo como tal acuerdo contractual, cuestión que, como hemos visto, se abordaba en la Sentencia de la AP de Madrid, que es antecedente de la que aquí se comenta. En este sentido, la afirmación del TS en su decisión de 31 de octubre no es muy acertada. La regulación del acuerdo se encontrará, tal como se acaba de indicar, en primer lugar en la normativa procesal, y para lo que no esté cubierto en la normativa procesal deberemos acudir al Derecho rector del acuerdo de acuerdo con la norma de conflicto aplicable; solamente en el caso de que dicha norma de conflicto remita al Derecho español habrá de resultar relevante el artículo 1.255 del CC.

4. Nos encontramos, por tanto, ante una Sentencia que resulta relevante, ante todo, porque de nuevo confirma con claridad que resulta posible que las partes excluyan la competencia de los tribunales españoles a favor de los tribunales extranjeros. La sentencia que le sirve de antecedente hacía presumir que se pudiera avanzar en otras cuestiones relevantes para el régimen del acuerdo de elección de foro (extensión del acuerdo a las reclamaciones fundamentadas en la responsabilidad extracontractual, derecho aplicable a la cláusula de elección y régimen del acuerdo de elección fraudulento o abusivo); pero la articulación del recurso de casación y la resolución de

éste nos han privado de un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre estos extremos. Debemos esperar a otra ocasión para ir concretando el régimen del acuerdo de sumisión a tribunales extranjeros, una vez que se ha consolidado su admisibilidad en nuestro DIPr. autónomo.

Rafael ARENAS GARCÍA

2007-19-Pr

**REGLAMENTO (CE) 2201/2003.—Ámbito de aplicación material y temporal.—Concepto de «materia civil».—Medidas de protección de menores regidas por el Derecho público.**

Preceptos aplicados: Artículos 1, 59 y 64 del Reglamento (CE) 2201/2003.

**[Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Gran Sala) de 27 de noviembre de 2007. Ponente: Sr. D. J. N. Cunha Rodrigues.]**

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

**Nota:** 1. En la primera decisión del TJCE en interpretación del Reglamento (CE) 2201/2003, Bruselas II bis, se plantean al Tribunal varias cuestiones relativas al ámbito de aplicación material (art. 1) y temporal (art. 64) de esta norma. Además, se contempla la relación del texto comunitario con otras normas que vinculan a los Estados miembros cuyos tribunales están involucrados en el caso (art. 59). Esta sentencia presenta un interés particular porque da respuesta a algunas de las dudas que se habían planteado ya en la práctica y la doctrina sobre el ámbito de aplicación de la norma: la delimitación entre los aspectos de Derecho público y privado en materia de protección de menores o el alcance de un término (responsabilidad parental) que carecía de tradición en los distintos Estados miembros [vide BOELE-WOELKI/GONZÁLEZ BEILFUSS (eds.), *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, Intersentia, 2007].

2. La primera cuestión que el tribunal finlandés eleva al TJCE respecto del ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003 pretende establecer si una resolución que ordena en el mismo acto la asunción de la guarda y el acogimiento del menor en una familia de acogida debe considerarse «responsabilidad parental». Esta pregunta refleja los problemas que puede plantear en la aplicación de un texto comunitario el uso de términos que no son conocidos en los Estados miembros. Además permite observar cómo un mismo concepto puede tener matices distintos en varios Estados miembros, puesto que no se trata sólo de determinar si ambas instituciones tienen cabida en el Reglamento, a lo que el TJCE responde afirmativamente, sino en qué medida su aplicación conjunta puede condicionar la respuesta. Establecido que se trate de materias objeto del Reglamento, la segunda cuestión pretende delimitar si se puede calificar como «civil» una decisión como la anterior cuando se dicta en virtud de normas de Derecho público sobre protección de menores.

3. El TJCE afirma que las instituciones de la guarda y el acogimiento se engloban en el contenido de la «responsabilidad parental», lo que no plantea especiales dudas respecto del acogimiento en cuanto está expresamente recogido en el artículo 1.2(d). La dificultad derivaba de la referencia a la institución de la «guarda inmediata», que no se halla enumerada en dicho artículo. Esta primera constatación no es óbice, según el TJCE, para excluirla del ámbito material del Reglamento, puesto que el propio artículo 1.2 establece que la responsabilidad parental incluye «en particular» las instituciones que a continuación cita. El Tribunal refuerza este argumento con otras consideraciones de naturaleza sustantiva. Así, constata que la medida de la

guarda inmediata tiene como finalidad satisfacer las necesidades de protección y asistencia de menores, que constituyen aspectos de la responsabilidad parental. Además, el TJCE observa cuáles son las consecuencias de la asunción inmediata de la guarda por una institución pública sueca y comprueba que los servicios sociales pueden determinar la residencia del menor, afectando al derecho de custodia que, a su vez, constituye una de las materias relativas a la responsabilidad parental. La conclusión del Tribunal es razonable, más aún para ordenamientos como el español en el que los conceptos de guarda y custodia están diferenciados.

Más llamativa puede resultar desde nuestra perspectiva la consideración del ejercicio conjunto de ambas acciones como presupuesto para valorar la inclusión de las instituciones en el marco reglamentario. El TJCE atiende al carácter secuencial de estas medidas en el procedimiento planteado: la asunción de la guarda es una actuación provisional que permite proceder al acogimiento del menor por otra familia cuando la biológica se oponga a aquél. En este contexto, parece necesario incluir ambas cuestiones en el ámbito de aplicación del Reglamento. Menos claro resulta por qué el Tribunal considera que, si no se hiciera así, se discriminaría a los niños residentes en estos Estados respecto de aquellos en los que la medida de acogimiento se verifica en un solo acto. Si lo fundamental es que la resolución por la que se decide el acogimiento sea susceptible de ejecución conforme al Reglamento, y lo serían ambas, no se entiende en qué sentido existe la discriminación, salvo que lo que esté indicando el TJCE es que la incidencia del Reglamento debe llegar más allá de la armonización conflictual.

4. La segunda cuestión sobre el ámbito de aplicación analiza la naturaleza «civil» de estas medidas a efectos del Reglamento, cuando conforme a la legislación nacional aplicable se adoptan en virtud de reglas de Derecho público de protección de menores. Esta era una preocupación ya anunciada en algunos países escandinavos —cfr. los informes de Finlandia y Suecia recogidos en *Brussels II bis: Its Impact...*, BOELE-WOELKI/GONZÁLEZ BEILFUSS (eds.). La dificultad no proviene tanto de la naturaleza del órgano, ya que el Reglamento se aplica con independencia de la naturaleza de aquél (art. 1.1), quedando incluidas todas las autoridades con competencia para decidir sobre las materias objeto del Reglamento, sean de naturaleza judicial o no (art. 2), sino de la interpretación del alcance de «materia civil» para el Reglamento Bruselas II bis. El primer escollo radicaba en decidir si la interpretación debía ser la misma que en el Reglamento Bruselas I o no. El gobierno sueco era favorable a la primera solución, mientras que la Abogado General (AG) Kokott defendía una calificación autónoma propia de Bruselas II bis, ya que los fines que persiguen ambas normas son distintos y los principios que recogen los ordenamientos de los Estados miembros en estas materias no coinciden necesariamente con los existentes en Derecho patrimonial. Atendiendo a los fines de la norma y a los principios comunes de los Estados en esa materia, la AG Kokott concluye la necesidad de proporcionar una definición propia de materia civil para el Reglamento de familia, resultado que asume el TJCE.

5. Una vez establecido que debe tratarse de una calificación autónoma para Bruselas II bis, el TJCE se pregunta en qué consiste la materia civil, en concreto respecto de la responsabilidad parental, ya que, tal como resulta del inmediato precedente de la norma (el Reglamento 1347/2000), la referencia a materia civil (matrimonial) en aquél se hacía por oposición a los procedimientos matrimoniales de tipo religioso (vide Informe Borrás, núm. 20). El TJCE articula su respuesta en tres puntos: (i) uno de los objetivos que persigue el Reglamento es la igualdad de trato de todos los menores, que sólo queda garantizada si se incluyen todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental en su ámbito de aplicación (*ex cdo.* 5); (ii) la conclusión de la AG Kokott (punto 44) conforme a la cual «... resulta irrelevante que la responsabilidad parental esté afectada por una medida estatal de protección o lo esté por una resolución dictada a instancia de uno o ambos titulares de la custodia», y (iii) la voluntad del legislador comunitario de incluir medidas de Derecho público en el ámbito del Reglamento puesto que excluye sólo algunas de éstas de su ámbito de aplicación (*ex cdo.* 10).

Dejando de lado las conclusiones de la AG Kokott, que merecerían un comentario aparte, valoraremos críticamente las dos remisiones del TJCE a los considerandos del Reglamento. En efecto, resulta sorprendente la lectura que hace el TJCE del considerando 5, cuya finalidad era la de explicar la extensión del ámbito de aplicación de Bruselas II bis en materia de responsabilidad parental frente al restringido número de supuestos que podían ser litigados en Bruselas II (criticado precisamente por las discriminaciones que establecía entre hijos matrimoniales o no). Así pues, la discriminación a que alude no se refiere a la autoridad que adopta la medida sino al carácter matrimonial o no de la filiación. Extraer de aquí el ámbito material del Reglamento para extenderlo a todas las acciones que tengan por objeto la protección del menor (sean civiles o administrativas según la normativa de los Estados miembros) es, cuanto menos, excesivo. E igual crítica puede hacerse a la referencia al considerando 10 como base de la interpretación de «materia civil»: Bruselas II bis no se aplica a medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud. Ciertamente, puesto que el ámbito de relaciones que cubre el Reglamento son las particulares, lo que excluye estas medidas no es su naturaleza pública sino el hecho de que son de carácter general.

6. Sobre la aplicación del Reglamento cuando existe normativa específica entre los Estados miembros el razonamiento del TJCE sigue una línea interpretativa clásica: es doctrina consolidada del Derecho comunitario que éste debe ser aplicado de manera que sus disposiciones produzcan plena eficacia, debiendo incluso descartarse la normativa nacional cuando sea contraria a aquél. Además, el Reglamento en su artículo 59.1 establece que desplaza, en su ámbito de aplicación, las reglas previas que vinculen a los Estados miembros. La única salvedad que se contempla, y como excepción debe ser interpretada de modo restrictivo, es la de los supuestos en que el propio Reglamento permite que aquellos textos pervivan (art. 59.2). Dado que la norma que se invoca —una ley estatal finlandesa, aunque elaborada en el marco de la cooperación nórdica— no está contemplada entre esas excepciones, la ejecución de la decisión sueca debe realizarse conforme a las reglas de Bruselas II bis. A este correcto razonamiento se le puede objetar que no tiene en cuenta los efectos de la exclusión de la norma finlandesa pues, como reconoce la AG Kokott, los mecanismos cooperación en la protección de menores previstos entre los Estados nórdicos son mucho más ágiles y eficaces. Este sacrificio del interés del menor se justifica, según aquélla, por la importancia para las partes de que en este tipo de supuestos determinados estándares procesales queden garantizados con un procedimiento de *exequatur*. Sin discutir la corrección de la respuesta, ésta es de nuevo una opción comunitarizadora que, en la tensión entre dos fines, comunitario/privado, se salda con la prevalencia del primero (cfr. RODRÍGUEZ PINEAU, E., «El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», *La Ley*, 2004, núm. 5944, p. 3).

7. La solución del TJCE a las cuestiones relativas al ámbito de aplicación temporal es sencilla: observa que el Reglamento no es directamente aplicable conforme al artículo 64.1, puesto que la resolución es posterior a la entrada en vigor del texto, pero el procedimiento se inició con anterioridad a esa fecha. Por consiguiente, analiza si los requisitos del artículo 64.2, que regula este supuesto, se verifican en el caso presente. Tres son las condiciones necesarias: (i) que la resolución fuera dictada con posterioridad a la entrada en vigor de Bruselas II bis, (ii) que el Reglamento 1347/2000 estuviera en vigor para los Estados implicados y (iii) que se observara el criterio de equivalencia de foros de competencia judicial internacional con los previstos por el Reglamento Bruselas II bis. Para el TJCE, la primera es una cuestión fáctica que controla sin mayores dificultades. La segunda, que también lo es, queda remitida sin embargo a la comprobación del tribunal requirente. Por lo que respecta a la tercera, el TJCE observa cuál es la regla de competencia básica en materia de responsabilidad parental, *v. gr.* la residencia habitual del menor en territorio de un Estado miembro, y comprueba que el órgano sueco adopta las medidas sobre guarda y acogimiento cuando los menores residían en Suecia.

Dado que el criterio de Derecho nacional se ajusta a lo previsto por el Reglamento 2201/2003, la decisión sueca debe ser reconocida en Finlandia conforme a las reglas de Bruselas II bis.

La interpretación del TJCE se limita de este modo a un control casi mecánico de las condiciones del caso. Sin embargo los usuarios del Reglamento seguramente habrían agradecido que abordara alguna de las cuestiones que plantea la AG Kokott. La primera aludía a la distinción que introduce el Reglamento entre la entrada en vigor de la norma (1 de agosto de 2004) y su aplicación (1 de marzo de 2005). Aunque a efectos del caso la respuesta era irrelevante, ya que ambas eran previas a la entrada en vigor de Bruselas II bis, pero posteriores a Bruselas II, habría resultado interesante conocer si el TJCE apoyaba la opción de la AG Kokott por la fecha de aplicación. La segunda atendía a cuál es la resolución relevante a efectos de aplicar las normas de ejecución, porque la resolución sueca se adoptó en una doble fase, primero administrativa y luego judicial. De manera razonable, las conclusiones optan por la fase judicial, tomando como referencia el momento en que la resolución es «ejecutiva» conforme a la legislación del Estado de origen.

8. A grandes líneas la decisión del TJCE merece una consideración positiva, en particular si valoramos que permite aunar el ámbito sustantivo del Reglamento con el del Convenio de La Haya de 1996, logrando uniformidad interpretativa en los supuestos *ad intra* y *ad extra* de la Comunidad. Ahora bien, no es menos cierto que la argumentación es en ocasiones discutible y que los criterios ofrecidos no permiten resolver casos como la inclusión del acogimiento preadoptivo en el marco del Reglamento. Además, puede reprocharse al TJCE que refuerce una cierta *vis expansiva* del Derecho comunitario en estas materias al propiciar la consecución de los fines comunitarios sobre los propios del DIPr en materia de protección de menores.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU

2007-20-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Ámbito de aplicación. Competencia judicial en materia de divorcio. Parte demandada con nacionalidad y residencia en un país no comunitario. Normas de competencia de un Estado miembro que contienen un foro exorbitante.**

Preceptos aplicados: Artículos 3, 6 y 7 Reglamento (CE) núm. 2201/2003.

**[Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 29 de noviembre de 2007, en el asunto C-68/07 (Sundelind López). Ponente: Sr. A. Ó Caoimh.]**

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

**Nota:** 1. Debo empezar por reconocer mi discrepancia total con la sentencia. Y mi desacuerdo es tanto con el fondo como con la que parece ser en los últimos tiempos la actitud del TJUE, más próxima a la *creación* del Derecho comunitario que a su interpretación. Empezamos pues por situarnos ante los hechos que dieron origen a esta resolución. La Sra. Sundelind López, nacional sueca, y el Sr. López Lizazo, de nacionalidad cubana, eran un matrimonio con residencia común en Francia. En un determinado momento, el Sr. López regresó a Cuba mientras la Sra. Sundelind continuó residiendo en Francia. Posteriormente, al amparo de la normativa sueca, esta última interpuso demanda de divorcio ante el Tribunal de Primera Instancia de Estocolmo, quien desestimó la pretensión de la Sra. Sundelind por entender que, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento 2201/2003, los tribunales franceses eran los

únicos competentes para entender de su petición y por oponerse el artículo 7 del Reglamento a la aplicación de las normas suecas de origen interno en materia de competencia internacional. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelación sueco. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo sueco, éste planteo al Tribunal comunitario una cuestión prejudicial relativa al ámbito de aplicación, básicamente personal, del Reglamento 2201/2003 (véase Fundamento 15). La respuesta del TJUE ha sido que los foros de competencia directa en materia de divorcio contenidos en el Reglamento se aplican aun cuando el demandado no tenga su residencia habitual en un Estado miembro y sea nacional de un tercer país (Fundamento 28).

2. Convendría empezar por recordar el ABC de las condiciones de aplicación del Reglamento 2201/2003, determinado por la concurrencia de sus tres ámbitos –la falta de uno solo de ellos determinará la inaplicación del Reglamento–. El *material*: el litigio debe tener por objeto alguna de las materias establecidas en el artículo 1 (aquí me centraré en los litigios matrimoniales). El ámbito *temporal*: en materia de competencia judicial internacional, sus foros serán aplicables a las acciones judiciales que se ejerciten con posterioridad al 1.3.2005, fecha de su entrada en vigor (véase art. 72 e.r. con art. 64.1). Finalmente, el ámbito *personal*, regulado en el artículo 6 y que exige que el demandado deba bien residir habitualmente en un Estado miembro bien tener la nacionalidad de un Estado miembro (en el caso del Reino Unido y de Irlanda, debe tener el *domicile* en el territorio de estos países). Sobre el tema, aunque referido al Reglamento 1347/2000, véase GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma de Mallorca, 2004, pp. 52 y 53 ; Íd., «El ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes», en CALVO CARAVACA, A. L., CASTELLANOS RUIZ, E. (Dir.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, pp. 400-402.

Me parece fundamental retener la elemental y básica idea de que *el artículo 6 del Reglamento fija su ámbito personal de aplicación*. Además, la aplicación del resto de preceptos en materia de competencia internacional –en especial, los foros del artículo 3– depende de la concurrencia de los tres ámbitos del Reglamento. Proyectando esta elemental ecuación sobre los hechos de la sentencia del TJUE podemos concluir que ni los tribunales suecos ni los franceses podían aplicar los foros del Reglamento 2201/2003, puesto que la parte demandada, el Sr. López, en el momento de presentación de la demanda era nacional cubana y tenía su domicilio en Cuba.

Debido al uso reiterado que hace el Tribunal comunitario, es preciso realizar también una breve referencia al contenido del artículo 7 del Reglamento, en especial a su apartado primero. El artículo 7.1 *presupone la aplicación del Reglamento*, sólo que de los foros de los artículos 3, 4 y 5 no se deriva la competencia de los tribunales de ningún Estado miembro. De este modo, y para reducir las posibilidades de dejar imprejuizado el asunto, el Reglamento permite la aplicación de los foros contenidos en la normativa interna de los Estados miembros –configura así una *aplicación mediata* de las normas de origen interno–. Por su parte, el artículo 7.2 permite la utilización de las normas de competencia internacional de origen interno de un Estado miembro a los nacionales de otro Estado miembro con residencia habitual en su territorio. Ahora bien, a diferencia del apartado primero, este inciso *parte de la inaplicabilidad del Reglamento*, puesto que, según su propio tenor literal, la parte demandada no deber ser nacional de un Estado miembro ni poseer en él su residencia habitual. De este modo, el artículo 7.2 viene a desempeñar la misma función que el artículo 4 del Reglamento 44/2001.

Teniendo en cuenta la función del artículo 6, a la que me he referido, es obvia mi discrepancia con la conclusión del TJUE y mi rechazo a sus argumentos. Afirmar, como hace el Tribunal, que el artículo 6 no impide que se apliquen los foros del Reglamento a aquellos litigios en los que el demandado ni reside en un Estado miembro ni es nacional de un Estado miembro, o que los foros de los artículos 3, 4 y 5 también son aplicables a los nacionales de terceros

países siempre que el litigio presente la vinculación suficiente, requerida en el criterio atributivo de jurisdicción, con el territorio de un Estado miembro, todo ello supone obviar el tenor literal del artículo 6 del Reglamento e ignorar sus elementales principios de aplicación y funcionamiento. Se confunden así ámbitos de aplicación con criterios atributivos de jurisdicción. Los foros de competencia directa de los artículos 3, 4 y 5 no pueden ser aplicados en ausencia del ámbito personal del Reglamento –ni de los ámbitos material o temporal–, y queda claro en la sentencia que el demandado ni era nacional ni residía en un Estado miembro en el momento de presentación de la demanda.

No entiendo la utilización por el TJUE del artículo 7.1 del Reglamento. Como he dicho, este precepto supone la aplicación del Reglamento, lo que no era el caso. Entonces, si la Sra. Sundelind deseaba presentar su demanda ante los tribunales de Suecia, las normas sobre competencia directa contenidas en la legislación sueca eran utilizables por la inaplicabilidad de la normativa comunitaria. Por su parte, el artículo 7.2 permitía a la Sra. Sundelind demandar al Sr. López ante los tribunales franceses en virtud de los foros contenidos en las *normas francesas* de origen interno.

Discrepo también de la afirmación del TJUE de que la aplicación de los artículos 7.1 y 17 no dependen del cumplimiento de los ámbitos de aplicación del Reglamento –concretamente, del ámbito personal establecido en el art. 6–, sino de si un tribunal de un Estado miembro es competente en virtud de los foros de los artículos 3 a 5 (véase el Fundamento 25). El *artículo 17* se aplica porque se utilizan los foros del Reglamento para establecer la competencia de los tribunales de un Estado miembro. El Reglamento es aplicable –porque concurren los ámbitos de aplicación– y los artículos 3 a 5 establecen la competencia de los tribunales de un Estado miembro, imponiendo entonces el artículo 17 a los tribunales de un Estado miembro que entienden de un asunto para el que carecen de competencia según las normas del Reglamento la obligación de declararse incompetentes en favor de los tribunales de otro Estado miembro que sí lo son de conformidad con los foros del Reglamento. En el caso *Sundelind*, los tribunales franceses no eran competentes en virtud de los foros del artículo 3, por la sencilla razón que el Reglamento no era aplicable (fallaba el ámbito personal), por lo que el artículo 17 no podía ser utilizado y los tribunales de Suecia no tenían ninguna obligación de inhibirse en favor de los órganos jurisdiccionales franceses. Por lo que respecta al *artículo 7.1*, ya he dicho que presupone la aplicación de los artículos 3, 4 y 5 del Reglamento, sólo que activa las normas de origen interno de los Estados (en España, los foros del art. 22.3, inciso 3.º, LOPJ) porque con ello no se sustrae la competencia a los tribunales de ningún otro Estado miembro.

Finalmente, la cita de los considerandos cuarto y octavo del Reglamento 1347/2000 me parece mal traída, cuando no sacada de contexto. La afirmación del considerando octavo, de que «es necesario que el presente Reglamento se aplique también a los nacionales de terceros países con vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los Estados miembros, según los criterios atributivos de competencia previstos en el presente Estado miembro», debe interpretarse en el contexto del Reglamento: se trata de nacionales de terceros países *con residencia habitual en un Estado miembro*, tal como establece el artículo 6. Entonces, a un *nacional extracomunitario con residencia habitual en un país miembro* se le puede exigir la vinculación «suficientemente profunda» prevista en cada foro: que haya tenido su última residencia habitual común en otro Estado miembro, que el otro cónyuge tenga la residencia habitual en otro Estado miembro, etc.

3. La sentencia que ahora comento no guarda relación alguna con otras resoluciones en las que el TJUE se ha pronunciado sobre el ámbito de aplicación de normas comunitarias semejantes, tal como la sentencia de 1.3.2005, asunto C-281/02 (*Owusu*) (*Recopilación*, 2005, pp. 1383 y ss.). Precisamente en el caso *Owusu* el TJUE dejó claro que el Reglamento 44/2001 se aplica siempre que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro, excepto en los casos de competencias exclusivas y de sumisión expresa –precisamente, los arts. 2.1 y 4 del

Reglamento 44/2001 establecen su ámbito de aplicación personal—. En ella no se establece sin más la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia internacional a nacionales de terceros países. Antes bien, éstos deben bien poseer domicilio en un Estado miembro, bien pueden verse afectados por la resolución judicial que se dicte en un Estado miembro —supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, previsto en el artículo 6.1 del Reglamento 44/2001—, como consecuencia del correcto emplazamiento ante un tribunal comunitario de una de las partes (litisconsorte) demandadas domiciliada en un Estado miembro. Ninguna de estas circunstancias concurre en el caso *Sundelind*.

A mi entender, lo peor, y más peligroso, de esta Sentencia es que el Tribunal comunitario se arroga el papel de «creador» del Derecho comunitario, olvidando su labor interpretadora (véase art. 68 e.r. con el 234 TCE). El contenido del artículo 6 del Reglamento 2201/2003 puede desagradar, pero su tenor literal es claro. Si se considera más conveniente que las normas del Reglamento deban tener eficacia universal, pues se da entrada a las instituciones comunitarias competentes —entre las que no está el TJUE— para reformarlo o suprimirlo. Nada que objetar en cuanto a la forma —del fondo ya nos encargaremos después los que nos dedicamos a valorar las reformas—. Pero cambiar la función institucional del Tribunal comunitario para corregir lo que no satisface, no me parece el mejor camino.

Federico F. GARAU SOBRINO

2007-21-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Seguros de responsabilidad. Acción directa del perjudicado contra el asegurador.—Regla de competencia del domicilio del demandante.**

Preceptos: Artículos 9.1.a) y b), 11 Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil; Disposición 16 bis Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CE y 88/357/CEEE del Consejo, en su versión modificada por la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005.

**[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de diciembre de 2007, As. C-463/06, *FBTO Schadeverzekeringen NV c. Jack Odenbreit*. Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> C. Toader.]**

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

**Nota:** 1. A fin de asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior, el legislador comunitario se preocupa de proteger a la parte débil, para ganar su confianza y que así actúe fuera de su Estado de residencia habitual, contribuyendo a incrementar las transacciones internacionales. En esta dirección, la historia del Derecho comunitario muestra signos claros de esta política, de reconocimiento de la condición de parte débil a cada vez más sujetos. Es el caso del contrato de seguro, donde la transformación del Convenio de Bruselas de 1968 en el Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, también cono-

cido como Reglamento Bruselas I, trae consigo la ampliación del *forum actoris* contenido en el anterior artículo 8.1.a), ahora 9.1.b), al asegurado y al beneficiario, a quienes se permite, al igual que al tomador del seguro, demandar en su domicilio al asegurador. La Sentencia objeto de esta nota continúa esta ampliación, tomando como punto de apoyo el contenido del Considerando 16 bis de la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CE y 88/357/CEEE del Consejo, en su versión modificada por la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005. En dicción ya criticada en nuestra doctrina (vide GARAU SOBRINO, F. F., «¿Puede el perjudicado en un accidente de circulación ejercer la acción directa en el Estado miembro de la UE de su domicilio? Un enigma rodeado de misterio», *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 209-218, a quien me remito para la historia legislativa de este precepto, pp. 210-211), el perjudicado por un accidente de circulación también puede interponer en su domicilio la acción directa frente al asegurador. En el caso que da pie a esta decisión, el Sr. Odenbreit ejercita la acción directa en su domicilio, en Alemania, frente a la aseguradora *FBTO*, por un accidente ocurrido en los Países Bajos, apoyándose en los artículos 11.2 y 9.1.b) Reglamento «Bruselas I». Planteada cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) confirma el tenor de la Directiva reseñada, de acuerdo con una interpretación de los artículos 11.2 y 9.1.2) Reglamento «Bruselas I», que entiendo criticable (2). Tal interpretación podría ser plausible si el perjudicado se considerara beneficiario del seguro, cuestión que el mismo TJCE se encarga de negar en su decisión (3), así como la influencia de la calificación de la acción directa como contractual o delictual (4), rechazo que podría entenderse como una confirmación de que se está meramente reforzando el privilegio en que consiste la acción directa, al margen de consideraciones que tengan en cuenta la carga procesal que ello supone para la otra parte (5).

2. El precepto de la discordia es el artículo 11.2 Reglamento «Bruselas I» que, literalmente, señala: «Las disposiciones de los artículos 8, 9 y 10 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa fuere posible», remisión que habilita a la víctima de un accidente de circulación a dirigirse contra el asegurador ante el domicilio de éste, el domicilio del tomador del seguro, asegurado o beneficiario, o ante el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso [vide Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, elaborado por JENARD, P., *DOCE* núm. C 189, 28.7.1990, p. 151; BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Contratos internacionales de seguro», CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (Dirs.), *Curso de contratación internacional* 2.ª ed., Madrid, 2006, pp. 803-818, p. 805; FRICKE, M., «Internationale Zuständigkeit und Anerkennungszuständigkeit in Versicherungssachen nach europäischem und deutschem Recht. Eine Einführung», *VersR*, 1997, pp. 309, pp. 402-403; FUENTES CAMACHO, V., *Los contratos de seguro y el Derecho internacional privado en la Unión Europea*, Madrid, 1999, p. 48; GEIMER, R., SCHÜTZE, R. A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, München, 1997, p. 204; SCHLOSSER, P., «Art. 10», *EuGVÜ*, Munich, 1996, marg. 2. Ya sobre el Reglamento Bruselas I, vide KROPHOLLER, J., «Art. 11 EuGVO», *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 8.ª ed., Frankfurt am Main, 2005, pp. 204-207, p. 206; SCHEWIOR, E. M., «Unfall im Ausland –im Inland Entschädigung? Zum Vorschlag einer Vierten Kraftfahrzeughalbpflicht-Richtlinie», *VersR*, 1998, pp. 671, 673; VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Madrid, 2007, p. 164]. No es ésta, sin embargo, la interpretación del TJCE (vide punto 26), como tampoco la del legislador comunitario, si hay que atender al Considerando 16 bis de la Directiva 2000/26/CE, para quienes el artículo 11.2 abre un nuevo foro de competencia ante el domicilio de la víctima. A

pesar de la abrumadora mayoría doctrinal y la posición del Informe JENARD, la interpretación del TJCE se limita a una decepcionante tautología, ya que viene a decir que esto es lo que dice el artículo 11.2 porque es lo que dice el artículo 11.2, pero sin aportar argumentos que sostengan tal interpretación, a salvo la consabida Directiva [vide también con base en la misma, STAUDINGER, A., «Art. 11 Brüssel I-VO», RAUSCHER, TH., Ed., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Munich, 2006, pp. 257-264, pp. 259-261]. De la que, por cierto, tampoco se sabe el porqué de este tratamiento (vide GARAU SOBRINO, F. F., *loc.cit.*, p. 211, en esp. nota 5).

Hasta este momento, quien sufría un accidente de circulación en el extranjero debía asumir el riesgo de internacionalidad; a la vista de ello, se obliga a las aseguradoras a contar con un representante para la tramitación y liquidación de siniestros en cada Estado y a proponer una solución extrajudicial del caso, si bien dicha representación no sirve a los efectos de fundar competencia judicial internacional (vide expresamente art. 4.8 Directiva 2000/26/CE, en versión modificada por Directiva 2005/14/CE). Tras la decisión del TJCE, ya no hay «extranjero» en el espacio comunitario, al menos para el perjudicado, aunque sí para las compañías de seguro. La posibilidad de plantear la acción directa en el domicilio del tomador, asegurado o beneficiario satisface el derecho a la tutela judicial efectiva del asegurador en tanto que es capaz de prever dónde va a ser demandado. También lo es cuando se interpone la acción directa en el lugar donde ha ocurrido el accidente de circulación, controlable en la medida en que el contrato de seguro depende del riesgo convencional asumido. Otra cosa ocurre con el domicilio del perjudicado, con la consecuente repercusión en el cálculo de riesgos y los costes del seguro (como apunta, GARAU SOBRINO, F. F., *loc. cit.*, pp. 216-217); de acuerdo con esta interpretación, se crea arbitrariamente un *forum actoris* frente al asegurador, que no funciona frente al responsable del daño causado, a quien sólo se le puede demandar en su domicilio o en el lugar donde se ha producido el hecho dañoso.

3. Buscando razones que puedan sostener dicha interpretación, podría imaginarse que el perjudicado por el accidente de circulación es un beneficiario y, por tanto, entra dentro de la dicción del artículo 9.1.b) Reglamento «Bruselas I». Aunque pudiera apoyar su tesis, no es ésta la opinión del TJCE, quien sigue empecinado en la tautología (vide STJCE de 13 de diciembre de 2007, punto 27). En cualquier caso, pocas dudas caben de que perjudicado y beneficiario son figuras jurídicas distintas, propias de seguros de distinto tipo; concretamente, es en los seguros de responsabilidad civil donde aparece el perjudicado, quien adquiere un crédito frente al asegurado como consecuencia del daño sufrido. El derecho de reclamar frente al asegurador, aunque autónomo, nace de dicho crédito, en definitiva, del riesgo cubierto y, como tal, no es beneficiario, ya que lo sería el asegurado en tanto que titular del derecho a la prestación del asegurador [vide por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., «Sección 8.ª Seguro de responsabilidad civil», SÁNCHEZ CALERO, F., (Dir.), *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Navarra, 2005, pp. 1288-1447, p. 1307]. El perjudicado es un tercero extraño al contrato de seguro y, como tal, ha habido algún intento de configurar a la acción directa como un contrato a favor de tercero, que podría dar cierto apoyo a su equiparación con el beneficiario. Pero tal configuración ha sido descartada con base en el origen del derecho del tercero frente al asegurador, un hecho ilícito (vide sobre esta modalidad contractual, BLANCO JIMÉNEZ, P., *El contrato internacional a favor de tercero*, Santiago de Compostela, 2002, pp. 70-74, que sí incluye el seguro de vida, pp. 74-76).

4. Más enjundia podría tener otro argumento traído al proceso ante el TJCE y que hubiera podido dar paso a algún razonamiento más allá de la tautología, el peso de la naturaleza jurídica de la acción directa en la interpretación del artículo 11.2. Dicha naturaleza es discutida, aunque la balanza parece inclinarse hacia su naturaleza extracontractual, en tanto que obligación legal fundada en el hecho ilícito que da origen al crédito del perjudicado frente al asegurado [vide entre nosotros, ARROYO MARTÍNEZ, I. (Coord.), BOET SERRA, E., MIQUEL RODRÍGUEZ, J., MORRAL SOLDEVILLA, R., *Ley del contrato de seguro*, Madrid, 2003, p. 115;

SÁNCHEZ CALERO, F., *loc. cit.*, pp. 1402-1405]. En todo caso y al margen del análisis de Derecho comparado que precede a una calificación autónoma, la misma ya ha sido realizada a propósito de los conceptos «materia contractual» y «materia delictual» de los artículos 5.1 y 3 CB, respectivamente. De acuerdo con la misma, no cabría calificar la acción directa de contractual en tanto que no hay compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra (vide STJCE de 17 de junio de 1992, As. C-26/91, *J. Handte*). Hecha esta delimitación, cabría remontarnos a la jurisprudencia del mismo TJCE, donde se descarta conceder el tratamiento reservado a una parte débil al perjudicado por un hecho ilícito; el principio de proximidad debe presidir cualquier interpretación que conduzca a la creación de un *forum actoris* con base en el artículo 5.3 CB, ahora Reglamento «Bruselas I» (vide STJCE de 7 de marzo de 1995, As. 68/93, *Fiona Shevill*. Vide también por su claridad en este aspecto, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4.ª ed., Madrid, 2007, pp. 497-500). Pero esta línea de pensamiento es borrada de un plumazo por parte del TJCE sobre la sola base de la autonomía de la Sección 3.ª respecto de la Sección 2.ª (vide STJCE de 13 de diciembre de 2007, punto 30), que autoriza a leer el artículo 11.2 como dice la Directiva 2000/26/CE y ya está.

5. Esta nota debe cerrarse con un interrogante, el de por qué el privilegio en que consiste la acción directa también encuentra manifestación en sede de competencia judicial internacional. La inclusión en el artículo 9.1.b) Reglamento «Bruselas I» de asegurado y beneficiario rompe, ciertamente, con la idea de que estos foros se diseñan exclusivamente en beneficio de la parte contractual débil, puesto que no son parte contractual o, al menos, no necesariamente. Pero su inclusión entra dentro de la esfera de control del demandado, cosa que no ocurre en el caso del perjudicado. En la motivación de la decisión brillan por su ausencia argumentos de carácter sustantivo, ausencia que el Alto Tribunal parece escudar en el Considerando 16 bis Directiva 2000/26/CE. Así, podría pensarse, como conjetura GARAU SOBRINO, F. F., *loc. cit.*, pp. 213-214, que el nuevo tratamiento que la Directiva 2005/14/CE presta al perjudicado, generalizando en todo el ámbito comunitario la acción directa, autoriza esta interpretación. Ahora bien, su generalización en todo el ámbito comunitario sólo viene, en realidad, a cubrir una condición de aplicación del artículo 11.2, como apunta el propio TJCE (vide STJCE de 13 de diciembre de 2007, punto 30), la de que la acción directa esté prevista en el Derecho nacional. Pero más allá no se puede ir, máxime cuando, dado que el artículo 9.1.b) no ha dudado en incluir a quien no es parte contractual, la ausencia del perjudicado debería entenderse como negativa al *favor laesi*. Por ello hubieran sido bienvenidos argumentos que sostuvieran la necesidad de protección del perjudicado *también* en sede de competencia judicial internacional. Dicha reflexión hubiera permitido ponderar el impacto que imponer esa carga procesal a las compañías aseguradoras va a tener en los costes del seguro.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

## 2. *Proceso con elemento extranjero*

2007-22-Pr

**DERECHO EXTRANJERO.—Proceso matrimonial.—Imperatividad de la norma de conflicto.—Falta de alegación del Derecho extranjero por los litigantes.**

[Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 173/2007 (Sección 18), de 17 de abril de 2007. Ponente Sra. D.ª M.ª Dolors Viñas Maestre.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2007/271238.

**Nota:** 1. Al leer la presente sentencia es inevitable recordar otras dos que de un modo u otro apuntaban las cuestiones que aquí se tratan: la de la AP de Oviedo de 13 de marzo de 1990 (nota de RODRÍGUEZ MATEOS, P., *REDI*, 1991, pp. 533 y ss.), en la que el juez de primera instancia –confirmado en sus planteamientos por la AP– decide aplicar la ley portuguesa no alegada ni probada, echando mano de las viejas diligencias para mejor proveer y dando traslado a las partes del resultado de las indagaciones para que alegaran lo que a su derecho conviniera; y la de la AP de Baleares de 9 de octubre de 2002 (con nota de GARAU SOBRINO, F., *REDI*, 2003, pp. 396 y ss.), que anula la sentencia recurrida y retrotrae las actuaciones al momento anterior a su emisión, para que se dictara una nueva que aplicara el ordenamiento inglés. Ambas ilustran el compromiso con la imperatividad de la norma de conflicto y el respeto del contradictorio, así como la búsqueda –no siempre afortunada– de instrumentos procesales con los que hacer honor a ese principio y a este derecho.

El presente litigio trae causa en el matrimonio de un ciudadano español con vecindad civil común y una ciudadana suiza, celebrado en Alemania en 1985. Él adquiere la vecindad catalana por residencia en 2001; ella se naturaliza española en 2002. Ni antes ni después de contraer matrimonio otorgan capitulaciones matrimoniales. En 2004 se presenta demanda de divorcio. La sentencia de primera instancia realiza los pronunciamientos usuales en cuanto a custodia de los hijos, régimen de visitas, vivienda, pensión compensatoria y alimentos, concluyendo con una escueta declaración de disolución del régimen económico matrimonial, sin especificar cuál fuera éste. En apelación se discute, entre otros aspectos, la viabilidad del proceso de familia para pronunciarse sobre ese tema (2); cuál era en concreto, teniendo en cuenta la fecha de celebración del matrimonio (3); y entran en escena la imperatividad de la norma de conflicto y el tratamiento de la ley extranjera (4). A ellos nos dedicaremos.

2. Las previsiones normativas de los artículos 91 (semejante al art. 76 del Código de familia de Cataluña) y 95 CC, cuando anudan a la sentencia firme de separación, divorcio o nulidad la disolución del régimen económico matrimonial y en su caso la liquidación del patrimonio conyugal, así como el sensatísimo discurso de la AP en clave de economía procesal, se pueden convertir en papel mojado cuando existen dificultades de engarce entre los foros previstos por los artículos 3 y ss. del Reglamento 2201/2003 y los del artículo 22 LOPJ para las cuestiones económico-matrimoniales (*v. gr.*, demanda de divorcio presentada ante los tribunales de la última residencia habitual común con permanencia de uno sólo de los cónyuges, o de residencia habitual del demandado, o de la residencia prolongada del demandante no español o ante los que declararon la separación cuando se solicita el divorcio). Partiendo de un imperativo material de concentración (por ejemplo, en las decisiones sobre alimentos o atribución del uso de la vivienda pesa, entre otras consideraciones, la entidad del patrimonio conyugal asignado a cada cónyuge), y expresando muy bien el carácter ancilar del sistema procesal, las normas de los artículos 769 y ss. LEC tratan de superar las carencias de la vieja ley rituarial y responder a la necesidad de ventilar pretensiones de diversa naturaleza en un único procedimiento (cfr. SANCHO GARGALLO, I. y ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentario al artículo 748 LEC», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS/RIFÁ SOLER/VALLS GOMBAU, *Comentarios a la nueva LEC*, vol. III, Barcelona, 2001, p. 3393), pero nada garantiza que el juez competente ex reglamento «Bruselas II bis» pueda pronunciarse sobre ese elemento del régimen patrimonial. A este respecto las aportaciones más sesudas se limitan a subrayar la conveniencia de unificación (así en la cuestión séptima del Libro verde en materia de regímenes matrimoniales), sin proponer nada concreto.

La materia merece un mayor desarrollo, pero sí queremos apuntar tres notas:

a) Las consecuencias indeseables de la dispersión en sede de competencia y de reconocimiento (bien expuestas en CARRASCOSA, J., «Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000», en CALVO, A./IRIARTE, J. L., *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 236; recientemente, AÑOVEROS, B., «Spain», en BOELE-WOELKI/GONZÁLEZ, *Brussels II bis: Its*

*Impact and Application in the Member States*, Antwerpen-Oxford, 2007, p. 284) reclaman una interpretación correctora del Reglamento. El argumento construido sobre la necesidad de no perjudicar su efecto útil puede valer para otros ámbitos como el de la responsabilidad parental, donde la voluntad explicitada por el legislador es favorable a la centralización (al respecto, RODRIGUEZ PINEAU, E., «Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España», *AEDIPr*, 2004, p. 267), pero no aquí, donde no existe dato alguno de fuente comunitaria favorable –tampoco opuesto– a tal resultado.

b) Ante todo, la fórmula idónea para concentrar el conocimiento de controversias tan íntimamente emparentadas es la sumisión de las partes a los tribunales españoles, supuesto en el que no debe jugar la norma del artículo 769.4 LEC, cuyos objetivos valen para las cuestiones de estado civil, no para lo patrimonial. Ahora bien, va de suyo que confiarlo todo a la esperanza de que las partes se pongan de acuerdo en este punto, existiendo una situación de crisis matrimonial litigiosa, es demasiada esperanza.

c) Fuera de esos casos, a falta de una norma que sancione la conexión entre causas como criterio de competencia, y no siendo la patrimonial cuestión incidental ni mero colorario accesorio del proceso sobre crisis matrimonial, sólo cabe una interpretación que amplíe el concepto de proceso sobre nulidad, separación o divorcio hasta hacerle comprender la decisión sobre consecuencias económicas de la crisis, *si según la ley rectora de ésta el juez tiene que pronunciarse sobre tales consecuencias*, desde la disolución hasta la liquidación del régimen, con independencia de que ello tenga o no eficacia extraterritorial (piénsese en casos como el de la ley irlandesa en el que los tribunales locales asumen competencia exclusiva para lo relativo a inmuebles situados en su territorio, no reconociendo ni ejecutando las decisiones extranjeras que desconozcan esa exclusividad). Es diáfano que el Reglamento sigue sin fundar un foro de competencia válido para los litigios que principalmente versen sobre régimen económico matrimonial, no se genera un foro exorbitante, se traduce bien esa idea de un proceso al servicio de intereses sustantivos, y desde luego no comporta desequilibrio de las posiciones de las partes en el proceso, en el sentido de la doctrina fijada en la STC 61/2000.

3. El litigio muestra bien a las claras la oportunidad de una cláusula de excepción o/y la admisión de los acuerdos de elección de la ley del foro en el curso del proceso. La opción española por la inmutabilidad del régimen de bienes, unida a la natural inercia de los privados, choca con la aplicación de la ley más vinculada al caso y la tutela de las expectativas de los terceros (y más en un sistema tan escasamente informativo como el nuestro: vide RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, 2002, pp. 144 y ss.). Al cabo de tantos años viviendo en España, difícilmente podían imaginar que se les iba a aplicar el régimen alemán de participación en las ganancias. Pretender que vayan ajustando la ley rectora de sus relaciones patrimoniales a las vicisitudes geográficas o jurídicas por las que pasan comporta una imputación del riesgo de internacionalidad falta de ductilidad, ajena a los instrumentos registrales verdaderamente disponibles, sancionadora de manera desproporcionada de quien no realice inversiones en justicia preventiva, encareciendo en definitiva las transacciones con elemento internacional por el mero hecho de la internacionalidad.

Por lo demás, la solución de reemplazo no ofrece grandes dudas ni novedades (véase CALVO, A./CARRASCOSA, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, 2004, p. 129).

4. Finalmente, la Sentencia tiene particular interés por el tratamiento de la cuestión clásica de la alegación y prueba del Derecho extranjero, cohonestando impecablemente imperatividad y derechos individuales. Ni que decir tiene que el causante del barullo que se ha formado en este tema es el TC, que en un irresponsable *obiter dicta* de su Sentencia 33/2002 parece fundamentalizar lo que debe quedar a la ley ordinaria, con desgraciadas consecuencias –ex art. 5 LOPJ– que han llevado a algunos tribunales (*v. gr.*, SAP Barcelona de 30 de abril de 2002

o STS Social de 4 de noviembre de 2004) a colocarse bajo el paraguas de esa decisión para entender que quien alega prueba, que si no se alega no pasa nada y que a falta de alegación y prueba de la ley extranjera competente sólo cabe aplicar la del foro. El sistema conflictual deviene facultativo sin previa derogación del artículo 12.6 CC, que sin embargo insiste en que la norma de conflicto es imperativa. Entre hacer honor a este principio, desestimando la demanda mal formulada, con la consiguiente amenaza del amparo que con casi total seguridad triunfaría, y el recurso a alguna de las *leges fori* en presencia, la AP traza una filigrana capaz de no desbordar el estrecho margen permitido por la jurisprudencia constitucional y respetar los principios ordenadores del sistema conflictual. El razonamiento pasa por tres mojones: *Iura novit curia* y carácter de orden público de la remisión al Derecho alemán; consecuentemente, necesidad de aplicarlo aun de oficio; prohibición de indefensión y respeto del contradictorio, que exige informar a las partes de su decisión y permitirles que hagan alegaciones al respecto.

Nos detendremos en tres aspectos:

a) El juez aplica las normas imperativas sin estar vinculado a las alegaciones de las partes (art. 218 LEC); ninguna objeción cabe desde el punto de vista de la congruencia, porque cuando hay en juego un interés público prevalece éste (STC 98/1996). Entre aquéllas, la norma de conflicto, imperativa lo mismo en la primera que en la segunda instancia. Como es sabido, la diferencia estriba en que cuando el juez de mérito aplica de oficio la norma de conflicto cabe aún una instancia en la que las partes pueden discutir sobre ello; si lo hace la AP, puede desaparecer el contradictorio. Volveremos *infra* sobre ello.

La imperatividad de la norma de conflicto no conoce restricciones por razón de la materia o el tipo de proceso; el principio rige siempre, también cuando tolera que las partes opten por la inactividad y estén a la *lex fori*. Afirmar que deba funcionar de un modo u otro en atención a consideraciones tan discutibles como la disponibilidad de los derechos o el tipo de pretensiones que se ventilen en el proceso (vide GARCIMARTÍN, F., *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Madrid, 1994, p. 58; GARAU, F., «La prueba del derecho extranjero en la nueva LEC», *RGD*, 2001, núm. 678-679, p. 2348) introduce confusión y desconoce el compromiso general del legislador español con el método conflictual. Si en el ámbito de los efectos patrimoniales del matrimonio se aplica el artículo 9.2 CC no será, pues, porque exista un interés público superior y distinto al de las partes (extrayendo todas sus consecuencias, el excelente ATS de 8 de marzo de 2005) sino simplemente que la norma de conflicto es imperativa, no se ha elegido —y no pueden hacerlo ahora— el Derecho español y nuestro legislador quiere que los efectos de este matrimonio se sometan al sistema alemán. Ahora bien, visto el margen concedido por el artículo 9.3 CC y las orientaciones del TC, es defendible que la imperatividad deba ceder en la hipótesis concreta en la que los litigantes entiendan que sus relaciones patrimoniales se someten a la ley del foro y ésta es una de las que esa norma permite seleccionar, lo que impediría al tribunal ordinario introducir en el proceso el ordenamiento extranjero no alegado por las partes (añádase a ello que para el legislador español no es hoy por hoy concebible que el régimen económico de dos españoles se someta a una ley extranjera, art. 16 CC).

Sea como fuere, el tribunal está en condiciones de afirmar la competencia del ordenamiento alemán en un caso como el presente, centrando el debate en su marco normativo natural. Por lo demás, limitarse a decretar la disolución del régimen no vale cuando la ley exige que se realicen operaciones liquidatorias y repartos de bienes que no se explican si no es porque el régimen es uno concreto. En otras palabras, se incurriría en incongruencia omisiva.

b) En apelación los instrumentos procesales de los que se dispone son bastante reducidos, y en todo caso tienen que contar con que ninguno de los litigantes puede verse privado de un grado de debate. Por eso el artículo 456 LEC acota los términos de la disputa prohibiendo la introducción de hechos o alegaciones que se tuvieron que hacer previamente (extensamente, ILLESCAS RUS, A./PÉREZ LÓPEZ, E., «Comentario al artículo 456 LEC», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS/RIFÁ SOLER/VALLS GOMBAU, *Comentarios...*, *op. cit.*, vol. II, p. 2143). De este

modo, si las partes no han alegado en la primera instancia el Derecho extranjero, no podrán hacerlo ahora, pero el tribunal sí, en honor a esa imperatividad. En tal tesitura, para salvar el contradictorio, se puede hacer como la SAP Baleares ya reseñada, inventando una nulidad radical que no existe en la LOPJ, o lo que hace la AP Barcelona: suspender la deliberación, dictar una providencia (admitimos, eso sí, que no es ésta la forma más adecuada al contenido de la resolución) informando de su conclusión en punto a ley aplicable y abrir una fase de alegaciones. Aunque esto no está explícitamente previsto por la normativa procesal, sí que existe una cierta base normativa y cauce para hacerlo, inspirado por el tenor del artículo 464.2 LEC: si se puede convocar una vista aun no habiéndose pedido prueba, es porque se permite que el tribunal haga intervenir a las partes para dilucidar alguno de los aspectos controvertidos del litigio (la norma es suficientemente abierta como para tolerar su uso con múltiples fines, incluso los que no tuvo en mente el legislador). Dado que se utiliza la providencia y que ésta puede ser motivada, hay margen para informar a los litigantes de qué se trata y de qué se va a discutir. Más aún, como quien puede lo más puede lo menos y la celebración de la vista es costosa, reconozcamos que los mismos objetivos pueden ser alcanzados sin ella, realizando las alegaciones oportunas por escrito. Como se indicó, la alternativa más pulcra (desestimación) ya no cabe.

Paradójicamente, en la primera instancia no hay demasiado margen. Cuando el juez advierte que es aplicable una ley extranjera no invocada y la aplica de oficio sin posibilidad de que las partes realicen alegaciones, generará indefensión y se incurrirá casi con toda seguridad en nulidad de las actuaciones (art. 238.3 LOPJ). Por ello, si no desestima la demanda, debería dársele un cauce apto a informarles y que les permita alegar lo que estimen oportuno. Pues bien, ni retorciendo los términos de la LEC podemos identificar uno. En el proceso ordinario no sirve para ello ni la audiencia previa (a duras penas cabría en el 414.1, *in fine*, LEC), ni las diligencias finales, que van siempre a remolque de las alegaciones de las partes, aptas sólo para realizar actividades probatorias (art. 435 LEC; asimismo STC 266/88). Menos aún vale el trámite del artículo 215.1 LEC, que funciona en los límites de la cosa juzgada. En un verbal —o proceso tramitado como un verbal— es difícil que el juez disponga ya durante la vista de elementos suficientes para llegar a esa conclusión; si así fuera, se requeriría la suspensión del acto del juicio, lo que no sólo casa mal con los objetivos perseguidos y la propia dinámica procedimental diseñada, sino que carece de base legal (no vale el art. 193.1 LEC, como si esto fuera un incidente y no la misma sustancia). Tampoco hay espacio para que el juez de por concluida la vista y convoque posteriormente otra nueva (no habilita para ello el art. 182.2 LEC). Por último, no es posible decretar la nulidad de actuaciones del artículo 240.2 LOPJ, en el bien entendido de que no hay analogía con la causa del artículo 238.1 LOPJ por el mero hecho de que aquí se trate de normas de orden público (la naturaleza de éstas y del art. 12.6 CC poco tienen que ver) ni se ha generado indefensión por la decisión de aplicar una ley extranjera al fondo del asunto (art. 238.3 LOPJ: se generará cuando se dicte sentencia, no antes). La situación es absurda, no tiene sentido que lo que puede hacer la AP —cumplir la ley— esté vedado al de mérito. Al final lo único que queda es actuar al margen de las normas de la ley ritaria.

c) Por lo demás, el legislador español tiene muy claro que una cosa es alegar y otra probar. Lo primero es —era, hasta que llegó el TC— carga del actor; para lo segundo cabe contar con la colaboración del juez (de nuevo la manida STC 10/2000). Pero en una ley procesal como la LEC se regula sólo la prueba: Ni el artículo 281 ni el 282 ni el 752 LEC ofrecen cobertura para incorporar al Derecho extranjero al proceso; estos dos valdrían si hubiera sido alegado pero no probado o probado deficiente o insatisfactoriamente (más aun: el art. 752 está pensado específicamente para atender a las necesidades dinámicas de este tipo de procesos, y eso difícilmente puede darse en un litigio sobre ley aplicable al régimen económico matrimonial, dominado por el principio de inmutabilidad).

Desde luego se podrá especular acerca del uso más o menos libre de la normativa procesal, engolar la voz y decir que la Audiencia se equivoca, pero la articulación de los principios que

confluyen en este tema es impecable. Y desde luego pone el acento en la necesidad de una normativa procesal más atenta al dato internacional privatístico.

Por desgracia, no se interpuso recurso frente a ella (sin duda habrían cabido los dos extraordinarios), con lo que una visión original de nuestra disciplina se ha quedado sin el análisis y juicio del TS.

Luis F. CARRILLO POZO

2007-23-Pr

**NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—Lugar de entrega de la notificación a sociedad extranjera integrada en un grupo multinacional.—Notificación realizada en la sede de una sociedad española. Notificación inexistente.—Nulidad de actuaciones.**

Preceptos aplicados: Artículo 24 Constitución Española; *artículo 151, 152, 156, 158 y 161 LEC; artículo 41 y 42 CC; artículos 7.1.º y 19 Reglamento (CE) núm. 1348/2000* relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil; *artículos 60, 26 y 34.2.º Reglamento (CE) núm. 44/2001* relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

**[Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de 11 de octubre 2007. Ponente J. I. Medrano Sánchez.]**

F.: *Aranzadi Westlaw*, JUR 2007/325031.

**Nota:** 1. Mal puede defenderse quien no ha tenido conocimiento, ni en tiempo ni en forma, de la pretensión contra él mismo ejercitada ante un órgano jurisdiccional. Esta frase resume el argumento en el que se basa el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de octubre de 2007 para declarar la nulidad de las actuaciones solicitadas en el recurso de apelación planteado por la sociedad alemana *Chapman Freeborn Airmarketing, GMBH*, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza en un proceso sobre reclamación de cantidad al que se habían acumulado los procedimientos de igual naturaleza de los Juzgados de Primera Instancia núm. 3 y núm. 12 de Zaragoza. Omitiremos el relato —no muy claro— de los hechos que dieron lugar a la resolución objeto de comentario, para centrarnos en los motivos alegados por la empresa alemana para solicitar la ya referida nulidad. En concreto, fueron cinco los argumentos esgrimidos: la falta de competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda interpuesta, que el conocimiento del mismo correspondía al orden jurisdiccional contencioso, la indebida acumulación de procesos, la falta de competencia objetiva, así como la falta de emplazamiento de la sociedad demandada. Este último fue el único argumento que prosperó, ya que los otros fueron descartados, por lo que en la presente nota analizaremos si el emplazamiento se realizó o no de forma correcta y, por tanto, si procedía o no la declaración de nulidad de las actuaciones.

2. La demandada, *Chapman Freeborn Airmarketing, GMBH*, era una sociedad alemana con sede estatutaria en Alemania. Su emplazamiento se intentó en la sede de una mercantil española cuyos intensos vínculos societarios con la demandada resultaban de su propia denominación social, idéntica a la alemana sin otra diferencia que el acrónimo de la forma societaria de una y otra (S. A., para la española y *GMBH*, para la alemana). Dicho emplazamiento fue infructuoso, pues si bien la cédula y documentación se entregó a una empleada de la sociedad

española el 26 de abril de 2005, un día después esa sociedad devolvió por correo ordinario la cédula y la documentación al no tener la demandada su domicilio en el de la sociedad española. La notificación de la demanda a otro Estado (notificación internacional) ha de ser realizada en una forma tal que permita al demandado conocer efectivamente el acto que se le notifica con tiempo suficiente para que pueda preparar su defensa (sobre los principios que han de regir la notificación internacional vide MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales de defensa y notificación internacional*, Comares, Granada, 2001, pp. 100-106). Es cierto que existen normas de origen institucional e internacional que regulan cómo se practica la notificación al extranjero (vide MARCHAL ESCALONA, N., *El régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Comares, Granada, 2002, pp. 26-47). Sin embargo, ninguno de estos instrumentos determina el lugar dónde se ha de realizar la notificación. De ahí que corresponderá a la ley interna del Estado de origen determinar si una notificación debe o no ser practicada en otro Estado. El problema surge cuando el demandado es una sociedad domiciliada en el extranjero, ya que pueden existir varios lugares donde efectuar la notificación de la demanda: en su sede social, en su sede real o en una sucursal o una filial que aquella haya creado en España. En tales supuestos, ¿dónde deberá remitirse la notificación? ¿Dónde esté domiciliada la sociedad madre en el extranjero o en el lugar donde se encuentre la sucursal o filial? En el presente caso, a pesar de que la empresa demandada tenía su sede social en Frankfurt, inexplicablemente el órgano de primera instancia entregó la notificación a una filial española del mismo grupo multinacional. ¿Se puede citar judicialmente a una sociedad extranjera en el domicilio de la filial nacional? A nuestro juicio, si la función de la notificación es la de proporcionar al demandado conocimiento de que se ha iniciado contra el mismo un proceso, por razones obvias dicha notificación tendrá que practicarse en el lugar donde se encuentre efectivamente el demandado, esto es, en el domicilio efectivo. A tales efectos, deberá considerarse que el domicilio efectivo de una persona jurídica se halla en el lugar donde la misma posee su sede social o real, estimándose, en caso de discordancias entre la sede social y la sede real, que es ésta última la que responde mejor a la efectividad del emplazamiento, dado que es en dicho lugar donde existen mayores posibilidades de encontrar a los representantes legales de la sociedad (ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «El lugar de entrega de la cédula de emplazamiento a sociedades con domicilio fuera de España. Comentario a la Sent. del TC 162/2002, de 16 de septiembre», *La Ley. Unión Europea*, 31 de diciembre de 2002, p. 2). Sin embargo, en los supuestos en los que las sociedades actúan en otros mercados a través de sucursales, no hay inconveniente alguno en que, ante un litigio vinculado a una sucursal en España de una empresa con sede en el extranjero, la notificación a esta última se lleve a cabo través de la sucursal (VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000, p. 308). Ahora bien, no basta, en cambio, la presencia en el foro de una filial para notificar a otra sociedad del mismo grupo. Es claro que el grupo societario no anula la personalidad diferenciada de las sociedades que la integran y que, desde el punto de vista procesal, no cabe intercambiabilidad entre ellas. No puede confundirse ni sus personalidades, ni sus domicilios ni pretender imponer que empleados de una sociedad acepten y recojan documentación destinada a la otra. Así pues, si es demandada una de las sociedades del grupo, en este caso la sociedad alemana, debió habersele emplazado en su domicilio, según lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 1348/2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil –DOCE núm. L 160, de 30 de junio de 2000– (de aplicación hasta el 13 de noviembre de 2008, fecha en que será sustituido por el Reglamento (CE) núm. 1393/2007 de 17 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil –DOUE núm. L 324, de 10 de diciembre de 2007–), que regula cómo se practica una notificación intracomunitaria.

A nuestro juicio, la citación a través de otra sociedad no garantiza suficientemente el conocimiento del proceso por parte del demandado, lo que podría generar indefensión material, salvo que la referida sociedad haya sido designada *ex professo* como su representante (MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales...*, *op. cit.*, pp. 34-43). Por tanto, en los casos en que el demandado designe representante o un domicilio a efectos de notificaciones en España, la notificación podrá realizarse a dicho representante o en dicho domicilio. Dicha notificación no impide que el proceso adquiera carácter contradictorio, sino que lo asegura y, además, reduce considerablemente los costes del proceso (*ad. ex. de traducción*), sobre todo cuando el representante o domicilio elegidos por el demandado se encuentran en el foro (notificación interna), mientras que el demandado lo está en otro Estado (notificación internacional). Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada cuando es la normativa sustantiva o procesal la que permite u obliga a designar un domicilio a efectos de notificaciones, máxime si se tiene en cuenta que el domicilio constituye un dato que puede ser manipulado fraudulentamente por el demandante. El actor puede tratar de ocultar el elemento de internacionalidad del demandado para propiciar el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía o para proceder a una notificación interna. De hecho, esto último es lo que sucedió en el supuesto que se comenta, ya que, aun cuando en la demanda contra *Chapman*, se hacía constar y se identificaba el domicilio social de la misma, situándolo en Frankfurt, se añadió, sin justificación alguna, que su «domicilio a efecto de notificaciones» era una dirección concreta localizada en Madrid. Lo que no es admisible es que, como afirma el tribunal de apelación, el órgano jurisdiccional prescinda de las normas procesales (arts. 155 y ss. LEC), se desentienda de la práctica personal y domiciliar de la demanda, como exige la LEC, y se limite a realizarla en un entorno más o menos vinculado al demandado para que, de forma indirecta, a través de terceros, éstos trasladen la demanda al verdadero demandado. Esto, aparte de obviar todo el régimen de garantías procesales que regulan la práctica del emplazamiento, supone dejar en manos de terceros la efectividad del emplazamiento y el incumplimiento del «*deber de diligencia, que según jurisprudencia constitucional, corresponde, al órgano judicial en la realización de los actos de comunicación procesal*». Y es que en el relato de los hechos consta la absoluta pasividad del Juez de primera instancia, que supone un auténtico despropósito, ya que no procedió a una nueva notificación, esta vez al extranjero, una vez que la sociedad española devolvió la documentación indicando que el domicilio de la demandada era otro diferente, y que no tenía por qué aceptar un emplazamiento dirigido a la otra sociedad del grupo (art. 158 LEC). Pero, lo más sorprendente, sin duda, es que dicho órgano desconociera la comunicación domiciliar para el emplazamiento de la demanda, que es la diligencia «básica» según la doctrina constitucional y, por el contrario, sí se respetara a la hora de citarla para la práctica del interrogatorio.

3. En cualquier caso, este supuesto sirve para ilustrar que el papel que puede jugar el «domicilio» en la práctica de la notificación es irrefutable. Y ello porque, el que una notificación sea practicada en un domicilio que no es el efectivo, equivale a una falta de notificación, en la medida en que el destinatario no adquiere conocimiento de lo notificado. En este sentido se expresa acertadamente el tribunal de apelación, cuando concluye que, en el presente caso, no es que la notificación se practicara incorrectamente, sino que no existió, por lo que realmente hubo indefensión del demandado y, por tanto, procedía decretar la nulidad de las actuaciones. Más discutibles son ciertas afirmaciones contenidas en el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza reforzando su postura. Dice el tribunal que «... *se conculcó la doctrina del Tribunal Constitucional, que exige un emplazamiento personal y la adopción de unas precauciones especiales en la diligencia de emplazamiento, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la normativa comunitaria en términos que generaron efectiva indefensión, lo que fatalmente deberá conducir a una nulidad de actuaciones demandada por el recurrente*». La normativa comunitaria en la que apoya su argumentación es el artículo 19 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 y los artículos 60 y 26 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, relativo a la competen-

cia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que imponen a los tribunales nacionales que conozcan del asunto el deber de extremar las cautelas y de asegurarse que el demandado domiciliado en otro país ha recibido la comunicación judicial con tiempo razonable para defenderse. Es cierto que tales normas imponen dicha cautela, pero el error de dicho órgano consiste en enumerarlas indistintamente y utilizarlas para argumentar la «indefensión del demandado», cuando para lo que sirven realmente es para denunciar el incumplimiento por parte del órgano de primera instancia de la legalidad vigente. Pero, ¿qué hay de la responsabilidad de este órgano?

Nuria MARCHAL ESCALONA

### 3. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales

2007-24- Pr

**RECONOCIMIENTO DE SENTENCIA EXTRANJERA EN EL MARCO DE UN PROCEDIMIENTO DE CRISIS MATRIMONIAL.—RÉGIMEN AUTÓNOMO.—Excepción de cosa juzgada.—Otros motivos de denegación del reconocimiento: falta de autenticidad y rebeldía no voluntaria.—Efectos de la denegación.**

Preceptos aplicados: Artículo 954 LEC 1881, artículos 501 y 502 LEC 2000, Disposición adicional 2.ª de la Ley 1/996 y artículos 107 y 158 CC.

[Auto AP Barcelona (Sección 12.ª) de 23 de enero de 2007. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz.]

F.: *Westlaw Aranzadi*, JUR 2007/177622.

**Nota:** 1. El 20 de octubre de 2005 una mujer boliviana presenta una demanda de separación ante los juzgados de Barcelona, ciudad donde reside. Su esposo, de idéntica nacionalidad y residencia común, alega cosa juzgada sobre la base de una sentencia boliviana de divorcio dictada el 16 de junio de ese mismo año. El JPI núm. 51 de Barcelona acoge la excepción y sobresee el procedimiento por Auto de 6 de abril de 2006. El recurso de apelación interpuesto por la demandante es estimado parcialmente por la AP de Barcelona, que entiende que el procedimiento ha perdido su objeto en lo relativo a la cuestión de estado civil, pero debe continuar en lo que respecta al resto de acciones ejercitadas –medidas en relación a los hijos y alimentos–. Con ello, los órganos jurisdiccionales españoles proceden a dar eficacia (la AP, parcial) a la resolución extranjera como si el sistema estatal habilitase los tipos de reconocimientos automático e incidental. Pero, lamentablemente, no es el caso: una actuación conforme a las normas aplicables, las del sistema autónomo (ningún instrumento convencional o institucional rige el reconocimiento de resoluciones bolivianas), debería haber llevado a desestimar la excepción del demandante y a continuar con el procedimiento (§ 2), sin entrar en el análisis de la eficacia de la resolución extranjera (sobre los motivos de denegación, *infra*, § 3). La inconsistencia de las soluciones a las que conduce el sistema autónomo de reconocimiento se hace, así, patente (§ 4) e invita a insistir una vez más en la necesidad de reformarlo (§ 5).

2. Cuando se inicia el procedimiento de separación [para el que resultan competentes los tribunales españoles según el primer inciso del artículo 3.a) del Reg. 2201/2003] la resolución boliviana no ha sido homologada conforme a lo dispuesto en los artículos 954 y ss. LEC 1881, de forma que no se han reconocido los efectos que pueda tener atribuidos por el ordenamiento

del Estado de origen. En consecuencia, ni el JPI ni la AP pueden concederle eficacia, dado que la cuestión no se plantea en el marco del exequátur, cuando éste es el único cauce que a tal fin establece el régimen autónomo. A lo sumo, deberían haber procedido a suspender el procedimiento de separación para que pudiera plantearse el reconocimiento a través del mentado procedimiento. Y todo ello, al margen de la concurrencia, en el supuesto, de causas para denegar tal extensión de efectos (vide, no obstante, el problema que plantean las posibilidades del Juez Encargado del Registro a la luz del art. 81.4 RRC § 4, *infra*).

3. A pesar de lo indicado, estudia la AP los dos motivos alegados por la recurrente para denegar la eficacia a la resolución extranjera. El primero, referido a la ausencia de autenticidad de la resolución, es desestimado por el Tribunal, que considera que el documento está debidamente legalizado porque lleva unas determinadas firmas de las autoridades del Estado de origen. Desconoce, con ello, que no habría concluido la cadena de legalizaciones a la que ha de someterse (dado que Bolivia no es parte del Convenio de La Haya de 1961, por el que ésta se suprime en sustitución de la apostilla); y que en nada cambia esta exigencia la Convención que cita en sustento de su decisión (la Interamericana de 1975: vide su ámbito de aplicación en el art. 2). El segundo, sin embargo, sí es acogido: la AP estima que la sentencia boliviana no puede surtir eficacia en nuestro ordenamiento porque la demandada no llegó siquiera a tener noticia de la solicitud de divorcio, tal y como pretendía el demandante en el procedimiento de origen. Ambas partes residían en Barcelona, al parecer aún bajo el mismo techo, cuando el esposo presenta la demanda en Bolivia, alegando desconocer el paradero de la demandada, que fue citada en aquel país por edictos. De esta forma, resulta probada no sólo la rebeldía involuntaria de la demandada (art. 954.2 LEC 1881), sino la ilicitud de la resolución (en el sentido del art. 954.3 LEC 1881), al haber sido dictada con manifiesta mala fe procesal del actor, en expresión de la propia AP, esto es, con vulneración manifiesta –y dolosa– de las garantías procesales de la otra parte (vide la vinculación entre orden público y garantías procesales en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 4.ª ed., 2007, pp. 214-217).

No hay motivos, por tanto, para afirmar que el procedimiento español haya perdido su objeto en lo que respecta a la acción de estado civil. El matrimonio boliviano, siempre que sea válido con arreglo al DIPr español, conserva su eficacia en nuestro ordenamiento, por más que se haya declarado disuelto por una sentencia extranjera, desde el momento en que ésta, al no poder ser reconocida, no tiene efectos en el ordenamiento jurídico español. Ni siquiera matizaría esta afirmación el hecho de que la inscripción del matrimonio tuviese carácter constitutivo según el ordenamiento con arreglo al cual se celebró. Obsérvese que si se ordena por las autoridades extranjeras su cancelación registral es porque el matrimonio se inscribió en su día en el Registro civil boliviano, con lo que no sólo se habría cumplido esta supuesta condición de validez del vínculo conyugal, sino que también se habría reforzado la presunción de su conformidad con dicho ordenamiento extranjero (regulador de su validez, de conformidad con los arts. 9.1 y 49 y 50 CC español). La validez del matrimonio en España no ha de verse afectada por ninguno de los efectos (ni el constitutivo, ni el registral, ni el de cosa juzgada) que pueda tener la sentencia de divorcio en el Estado de origen, en tanto ésta no sea reconocida. Y tampoco cambia, a este respecto, el hecho de que el artículo 107 CC remita a la ley boliviana la regulación de la separación judicial, pues nuestro sistema autónomo tampoco habilitaría a los órganos jurisdiccionales a realizar un reconocimiento material como el que sugiere la AP (la cual, en tal caso, debería más bien apelar al art. 9.1 CC, en tanto que norma de conflicto reguladora del estado civil).

4. El trámite de la homologación puede soslayarse, empero, cuando determinadas resoluciones extranjeras se presentan en el marco del expediente previo a la inscripción de un matrimonio extranjero o a la celebración de un matrimonio español. Según el artículo 84.1 RRC, en la medida en que (sólo) complementan la capacidad para el acto inscribible (i. e. afectan según un Derecho extranjero a la capacidad de un extranjero y no tienen que ser inscritas en el Registro español, pues ni afectan a un español ni se han pronunciado en España), dichas resoluciones se

sujetan únicamente al control del orden público por parte del Juez Encargado del Registro. Con ello, el artículo 84.1 RRC establecería un sucedáneo de reconocimiento material (i. e.: reconocimiento de la resolución que tiene efectos en un determinado ordenamiento jurídico): no lo es en toda regla, desde el momento en que también permitiría dar efecto a las resoluciones de Estados extranjeros distintos al de la nacionalidad de las personas respecto de las que se determina la capacidad [vide mi «Nota a Res. DGRN (1.ª) de 6 de noviembre de 2000», en esta revista, vol. LIII, 2001, pp. 537-541]. En todo caso, la referida disposición habilita al Juez Encargado del Registro a reconocer la eficacia (constitutiva) de la resolución extranjera, aún cuando concurren causas para denegarla. Es lo que ocurriría en este caso. Y, en él, quizá... pueda ser menos grave que la sentencia no esté debidamente legalizada, pues aun cuando este hecho impediría reconocer la eficacia probatoria del documento público que la contiene en un procedimiento civil (no necesariamente en el ámbito registral: vide art. 323.2 LEC 2000, frente al art. 89 RRC, que permite tal reconocimiento si al Juez Encargado del Registro le consta su autenticidad), no deja de ser un defecto subsanable; que la autenticidad no esté debidamente acreditada no implica necesariamente que la sentencia no sea auténtica. Pero no serían apreciados otros motivos de denegación que podrían concurrir, como la apertura del procedimiento de separación en España, en tanto que procedimiento entablado entre las mismas partes, con la misma causa y el mismo objeto (entendido éste como de «crisis matrimonial»), que hubiera debido desembocar en una futura resolución que prevalecería en todo caso frente a la extranjera aunque según jurisprudencia constante, aunque de forma cuestionable vide VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J. F., *Derecho procesal civil internacional*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 659). Es más: ni siquiera el hecho de que la resolución pueda, además, contravenir el único requisito exigido en el mencionado artículo 84.1 RRC, impide necesariamente que el Juez Encargado del Registro le dé efectos: ¿quién, cómo y en qué momento va a oponer la contrariedad con el orden público que concurriría en el reconocimiento de la resolución boliviana? Desde luego, no está clara la efectividad, a este respecto, de los trámites de publicidad previstos en la normativa registral (*in casu*, la audiencia de un pariente, amigo o allegado que manifiesta que no concurren impedimentos legales al matrimonio, ex art. 224 RRC).

Del Auto de la AP parece desprenderse, efectivamente, que el demandante en el procedimiento de origen habría podido contraer un segundo matrimonio conforme al Derecho español (se afirma que ha logrado regularizar su situación a través de su convivencia con otra mujer), gracias a la consecución del divorcio planteado en Bolivia para eludir la oposición de su primera esposa, y amparado por la mencionada improbabilidad de que ésta hiciera valer ante el Juez Encargado del Registro la contrariedad de ese divorcio con el orden público español. De este modo, el ordenamiento jurídico favorece actuaciones que atienden en exclusiva a los intereses de una de las partes. Obsérvese que, o se entiende que la primera esposa puede presentar una solicitud de no reconocimiento a título principal (cuestión que, al no estar expresamente contemplada, puede resultar problemática, teniendo en cuenta que el exequátur es un procedimiento que se insta con la solicitud de reconocimiento), y, una vez obtenida, el Ministerio Fiscal insta la correspondiente acción de nulidad del segundo matrimonio, o también ésta quedará en manos del citado esposo.

5. El reconocimiento es acreedor, en nuestro Derecho autónomo, de una reforma profunda. La inadecuación de las normas vigentes hace casi comprensible el desconocimiento que de este sector muestran los operadores jurídicos (aunque no se justifica tanto que, en relación con el Derecho aplicable, la AP aluda a un pretendido «principio de discriminación positiva» a favor del acreedor, que comporte estar a la «norma más favorable» a la determinación de los alimentos en aplicación del Convenio de La Haya de 1973: vide FD Cuarto). En la actualidad no se entiende que sistema estatal, al margen de contar con un procedimiento específico de homologación del efecto ejecutivo de las resoluciones, que también sirva para obtener el reconocimiento a título principal, no otorgue competencia a cualquier autoridad para efectuar un

reconocimiento automático de los efectos de las resoluciones extranjeras. De hecho, hay quien aboga por introducir por la vía hermenéutica este modelo de reconocimiento, ante la ausencia de referencias explícitas al *reconocimiento* en la LEC de 1881 (no sin admitir que sí las hay en el art. 85.5 LOPJ: cfr. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J. F., *op. cit.*, p. 580). Sin embargo, por más que pueda ser recomendable, tal introducción debe ir acompañada de una serie de precisiones, tales como qué efectos pueden hacerse valer a través de este tipo de reconocimiento; si comporta o no el análisis de motivos de denegación; cuáles serían éstos; a instancia de quién se controlarían; qué efectos tendría el reconocimiento en sí, etc. Todos estos aspectos han de ser analizados con detenimiento; de ahí que, con el único objeto de contribuir a un futuro debate, propondré sintéticamente un modelo, que sigue en gran medida al que (a mi juicio) introdujo el Convenio de Bruselas de 1968.

El reconocimiento automático, que debería tener lugar en el marco de cualquier procedimiento o expediente, habría de realizarse únicamente cuando ninguna de las partes mostrase oposición a la extensión de la eficacia (no ejecutiva) de la resolución, sin perjuicio de que comportase un control de oficio de los motivos de denegación. Aunque, por razones de espacio, no sea ésta la ocasión oportuna para analizar cuáles debieran ser éstos, sí interesa advertir, por una parte, que su reformulación podría coadyuvar a una mejora en su comprensión por parte de los operadores jurídicos; y, por otra parte, que, con el establecimiento de este tipo de reconocimiento, debería desaparecer el relativo a la apertura de un procedimiento en España en las circunstancias antes descritas: de producirse tal apertura, podría tener lugar el correspondiente sobreseimiento, a través del reconocimiento del efecto de cosa juzgada que, en su caso, tuviese la sentencia extranjera. Así, de ser posible tal reconocimiento, se evitaría la duplicidad de procedimientos, las actuaciones oportunistas de las partes y la eventual conformación de situaciones claudicantes. Para el caso de que cualquiera de las partes o la autoridad apreciase causas para rechazar la extensión de efectos de la resolución extranjera, debería articularse un trámite (incidente) en el que hubiese lugar al debate en torno a tales causas. La resolución sobre este reconocimiento incidental debería tener efectos de cosa juzgada, sin perjuicio de los correspondientes recursos que, frente a ésta, pudieran plantearse. En un escenario normativo con el propuesto, el artículo 84.1 RRC habría de desaparecer, y, con él, los inconvenientes que puede ocasionar la desigualdad de tratamiento de las resoluciones de divorcio o nulidad del vínculo matrimonial, según el contexto en el que se produzca su reconocimiento.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

## II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

### 1. *Persona: nombre de las personas físicas*

2007-25- Pr

**NOMBRE DE LAS PERSONAS FÍSICAS. REGISTRO CIVIL.—Derecho al nombre. Conservación apellidos nuevo nacional. Orden público. Ambos apellidos proceden de la línea paterna.**

Preceptos aplicados: Artículos 9 y 109 Código Civil; artículos 23, 53, 55, 57 Ley Registro Civil; artículos 194, 199, 205, 213 y 365 RRC.

[Resolución DGRN de 23 de mayo de 2007: Ponente Excm. Sra. Directora General de Registros y del Notariado, Pilar Blanco Morales Limones.]

F.: *Tirant On Line*. TOL1.080.251.

**Nota:** 1. La resolución objeto de este comentario se pronuncia sobre la facultad de conservación de los apellidos originarios de un sujeto que adquiere la nacionalidad española. El sujeto, angoleño de origen, manifiesta su voluntad de conservar los apellidos determinados por su estatuto personal anterior, que conforme al sistema utilizado en Angola, se corresponden exclusivamente con los datos de su padre.

Como regla general, al extranjero que adquiere la nacionalidad española se le aplica su nueva ley nacional para la determinación de los apellidos. Sin embargo, para evitar perjuicios de un cambio de identificación, se le permite optar por su conservación tal y como los venía usando de acuerdo con su estatuto personal anterior. Esta facultad se recoge en el artículo 199 RRC, que exige dos requisitos que se deben cumplir de forma cumulativa: la solicitud dentro del plazo fijado y la no contrariedad con el orden público.

Para la DGRN se cumple el requisito de la tempestividad del ejercicio de la facultad, ya que, aunque la concesión de la nacionalidad tuvo lugar el 26 de junio de 2003 y la declaración el 13 de octubre de 2004, no se perfeccionó el proceso de adquisición de la nacionalidad, mediante la inscripción en el Registro Civil, hasta el 17 de septiembre de 2004.

Sin embargo, desestima el recurso por una supuesta contrariedad de los apellidos determinados por el estatuto personal anterior del recurrente con el orden público internacional español. Considera que, si bien existe una duplicidad de apellidos, no existe una duplicidad de líneas, al proceder ambos de la línea paterna, lo que contravendría el «principio de infungibilidad de las líneas paterna y materna». Para la DGRN nuestra legislación está basada en la idea de duplicidad de líneas, que no podría ser excepcionada en ningún caso.

En la presente nota se examinará la relación entre el principio de duplicidad de líneas y el orden público internacional español (2), punto en el que se examinará la postura que toma la DGRN en la propia resolución y con respecto a resoluciones anteriores (A) y la necesidad de atender al carácter excepcional del orden público internacional (B); la limitación del derecho al nombre como derecho fundamental (3) y la carencia de efecto útil del artículo 199 RRC si es interpretado en el sentido en que lo hace la DGRN (4).

2. La DGRN desestima el recurso por una supuesta contrariedad con el orden público internacional de los apellidos fijados conforme al anterior estatuto personal del recurrente. Tal postura es incongruente tanto con la propia doctrina pasada del órgano directivo (A), cuanto con la necesaria dimensión restrictiva que el orden público debe asumir (B).

A) La DGRN establece en el Fundamento de Derecho VI de la Resolución, tras anunciar el análisis de la contrariedad de los apellidos determinados por el anterior estatuto personal del sujeto con nuestro orden público internacional, que «hay que estimar que el principio de que todo español ha de ser designado legalmente por dos apellidos es un principio de orden público que afecta directamente a la organización social y que no es susceptible de variación alguna».

Parece desprenderse del sentido del párrafo, que la DGRN considera incluido el principio del doble apellido y de la duplicidad de líneas en el orden público internacional. Inmediatamente después de indicar que analizará la contrariedad con el orden público internacional, recuerda su doctrina relativa al «carácter de orden público del doble apellido».

En la argumentación que utiliza la DGRN para desestimar el recurso nos encontramos con imprecisiones en la propia Resolución y contradicciones con respecto a resoluciones anteriores.

En cuanto a las imprecisiones, llama la atención, en primer lugar la alusión al Convenio de Munich de 1980 sobre Ley aplicable a los nombres y apellidos (*BOE* núm. 303, de 19 de diciembre de 1989) de un modo indirecto. Aunque se hace referencia al mismo, se aplica directamente el artículo 9.1 CC. El hecho de ignorar el Convenio de Munich es una práctica que el órgano directivo viene realizando de modo habitual [vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Ley aplicable al nombre de las personas físicas y la doctrina de la DGRN», *Derecho Registral Internacional (homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero)*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 137-153, p. 139]. En segundo lugar, llama la atención la terminología utilizada, ya que inicialmente califica de «principio» la necesidad la duplicidad de apellidos «el principio de que todo español ha de ser designado legalmente por dos apellidos es un principio de orden público», mientras que posteriormente utiliza un vocablo tan genérico como el de «idea» para referirse a la misma realidad «(...) resulta de nuestra legislación de apellidos que está basada en la idea de duplicidad de apellidos y de duplicidad de líneas».

La resolución muestra ciertas contradicciones argumentativas con respecto a resoluciones anteriores, en las que la DGRN no encontraba inconveniente para posibilitar la conservación de apellidos de una sola rama familiar, realizando una interpretación menos restrictiva del artículo 199 RRC. A título de ejemplo podrían citarse las RRDGRN de 19 de enero de 1994 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 1994/8615), 12 de septiembre de 1994 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 1994/516), 9 de enero de 1995 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 1995/1452), 25 de enero de 1995 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 1995/1610), 9 de septiembre de 1995 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 1995/6870) y 24 de octubre de 1995 (RJ 1995/9821). En todas ellas, tras constatar que el uso de los apellidos fijados conforme a la anterior ley nacional de los interesados no es fruto de una simple costumbre o uso social, sino que se trata de los que legalmente les correspondería, admite la conservación de los apellidos tal y como se habían venido usando. Es más, de forma habitual se trata de casos en los que la solicitante es una mujer que ha venido utilizando el apellido de su esposo y a la que se le permite su conservación junto con el apellido de alguna de las ramas familiares (habitualmente la paterna). En esta misma línea se encuentra la RDGRN de 16 de octubre de 1996 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 1997/3513), con una argumentación similar, salvo que en este caso no se admite la conservación por obedecer simplemente a una costumbre de hecho. La Resolución de 7 de septiembre de 1994 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 1994/7649), relativa a la conservación de apellido de una ciudadana británica que tiene como único apellido el de su esposo y que adquiere la nacionalidad española, con un carácter aun más abierto, ignora la actual necesidad de una doble rama familiar para determinar los apellidos, al afirmar: «indudablemente si una persona que tiene dos apellidos puede solicitar la conservación de los dos, no hay motivos para negar el uso de la facultad a quien ostenta un solo apellido, como es lo más frecuente en Derecho comparado».

B) No encontramos razones para considerar, como lo hace la DGRN, que la exigencia, no ya sólo del doble apellido, sino en mayor medida, de la doble rama familiar para determinar los apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles, sea un principio de orden público internacional.

El orden público sólo debe operar de un modo excepcional, cuando el resultado de la aplicación de la ley extranjera sea manifiestamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico. Existe contrariedad manifiesta, por ejemplo en una diferenciación de trato legislativo por razón de sexo, obligando a cambiar el apellido de la mujer tras el matrimonio. Este caso se da en la STEDH 16 noviembre 2004 (*Aranzadi Westlaw*, TEDH 1994/45), en la que el Tribunal asegura que, si bien existe la tradición en Turquía de manifestar la unidad de la familia a través del apellido del esposo, la importancia del principio de no discriminación impide imponer a la mujer el apellido de su marido. Otro ejemplo de legislación manifiestamente contraria al orden público sería la existente en la Alemania nazi, que obligaba a los judíos a agregar a sus nombres «Sarah» o «Israel» para identificarlos como judíos [vide FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.,

«Aspectos recientes del nombre de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado español», *REDI*, vol. XXXIII, 2, 1981, pp. 597-624, p 612]. Por el contrario, en el caso que nos ocupa, no se percibe esa contrariedad manifiesta claramente identificable en los ejemplos expuestos, sino una simple voluntad de conservación de los apellidos por parte del sujeto (que se desprende de la solicitud que plantea) tal y como los había venido usando conforme a su anterior estatuto personal.

3. La DGRN, con su restrictiva interpretación, obvia y puede estar vulnerando el derecho al nombre de la persona. Se está limitando un derecho fundamental del ser humano, el derecho al nombre, susceptible de ser encuadrado en el derecho a la propia imagen (art. 18 CE). El propio TC en su Sentencia 117/1994 de 25 de abril (*Aranzadi Westlaw*, RTC 1994/117) establece que el derecho a la intimidad «garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o *el nombre*, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona».

El TEDH sigue esta misma línea y sitúa el derecho al nombre en el artículo 8 del Convenio. En su Sentencia de 25 de noviembre de 1994 (*Aranzadi Westlaw*, TEDH 1994/45) establece que, aunque el artículo 8 no contenga ninguna disposición explícita en materia de apellidos, como medio de identificación personal y de integración a una familia, el apellido de una persona concierne a la vida privada y familiar de ésta. Tras la inclusión del derecho al nombre en el precepto mencionado, continúa aseverando que «...el Estado y la sociedad tengan interés en regular su utilización no es suficiente para excluir la cuestión del apellido de una persona del ámbito de la vida privada y familiar».

Para poder limitar este derecho, de acuerdo con la teoría general de los límites, se deben cumplir tres requisitos: que se limite para proteger otro bien o derecho de igual o superior rango, que la limitación sea necesaria y, por último, que sea proporcional. Los bienes o derechos que podrían entrar en colisión en este caso, de acuerdo con el principio de infungibilidad de las líneas paterna y materna, serían el principio de igualdad y el interés del Estado en la identificación de todos los ciudadanos españoles del mismo modo.

La limitación, además, debe ser necesaria, es decir, imprescindible para garantizar el bien o derecho que pretendemos salvaguardar, en el caso del interés del Estado en la identificación de los ciudadanos no se da, ya que se podría hacer constar mediante nota marginal el apellido que correspondería al sujeto angoleño de acuerdo con la legislación española, quedando perfectamente identificado en los registros públicos. A este respecto podemos señalar que actualmente prevalece la función individualizadora del nombre sobre la meramente identificadora [vide FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *loc. cit.*, p. 603; LARA AGUADO, A., *El nombre en Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 1998, p.13], cumpliéndose la función identificadora por medios más efectivos [vide FORNER Y DELAYGUA, J. J., *Nombres y apellidos, normativa interna e internacional*, Barcelona, Bosh, 1994, pp. 19 y 20]. En relación con el principio de igualdad podríamos llegar a considerar que sí se hace necesaria tal limitación, aunque la propia DGRN en numerosas resoluciones no ha estimado la vulneración del principio de igualdad por el hecho de que un sujeto no cumpliera el supuesto requisito de la doble rama familiar en la determinación de los apellidos.

En último lugar, la limitación debe ser proporcional, es decir, que no se pueda garantizar ese bien constitucional sin sacrificar el derecho. Aun llegando a considerar que se hace necesaria para salvaguardar el principio de igualdad, la postura favorable a la limitación debería derrumbarse en este punto. No parece que, ponderando los derechos en juego, pueda aceptarse la vulneración del derecho al nombre del sujeto y de la facultad que voluntariamente ha ejercitado, de conservar sus apellidos. Se erigen a su favor las siguientes notas: la continuidad, pretende conservar los que había venido usando; se trata de un derecho del que es titular una persona determinada, al contrario del principio de infungibilidad que se pretende salvaguardar en

abstracto; por último, y si se quiere como razón principal, la autonomía de la voluntad, el individuo voluntariamente ha ejercitado una facultad recogida en nuestro ordenamiento jurídico. Se puede llegar así a la conclusión de que se ha limitado de un modo arbitrario al no existir razones que lo justifiquen.

4. Como adelantamos, al considerar que el no cumplimiento del doble apellido o de la doble rama familiar es contraria al orden público internacional del foro se estaría vaciando de contenido el artículo 199 RRC, que carecería de efecto útil. El régimen general vigente en España para los extranjeros nacionalizados españoles es el de duplicidad de líneas y de apellidos, ya que se aplica el nuevo estatuto personal del sujeto, presentándose el artículo 199 RRC como excepción que posibilita la conservación de los apellidos de acuerdo con el estatuto personal anterior del nuevo nacional. Si exigimos para la conservación de los apellidos anteriores la duplicidad de líneas y de apellidos, el artículo carece de sentido y su existencia se hace innecesaria. Llegamos así a una situación en la que práctica totalidad de los sujetos extranjeros que pretendan adquirir la nacionalidad española, no podrán hacer uso de la facultad de conservación, al contrariar su anterior estatuto personal, el orden público. En Derecho Comparado es común la utilización de un solo apellido que suele provenir de la rama paterna o del esposo.

5. En síntesis, ante la concepción que prevalece hoy en día del nombre, la progresiva limitación que está sufriendo por parte de la DGRN no está, a nuestro modo de ver, justificada. La dicotomía entre la función identificadora e individualizadora parece hoy superada por la mayoría de la doctrina, que hace primar su función individualizadora. Sobre todo porque la necesidad identificadora del individuo por parte del Estado se cumple hoy por medios más efectivos, como el número de identificación fiscal, el DNI o el número de pasaporte. Se configura así el nombre, como un mecanismo individualizador de la persona, un rasgo distintivo de la personalidad del sujeto, en definitiva, como un derecho, incluido en el artículo 18 de la Constitución (derecho a la propia imagen). Bajo el pretexto de la vulneración del orden público internacional español, olvidando la nota de excepcionalidad que lo debe caracterizar, se limita, así, un derecho fundamental. Los argumentos de la DGRN parecen descansar en una concepción arcaica de la institución en la que no prevalecía la libertad personal del ser humano. Sería necesaria, a nuestro juicio, una interpretación más amplia del artículo 199 RRC que no dejase vacío de contenido el precepto y permitiese realmente la conservación de los apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles de acuerdo con su anterior estatuto personal sin imponer límites no justificados.

Paula PARADELA AREÁN

## 2. Sucesiones

2007-26- Pr

**SUCESIONES.—RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS.—Condena al pago de cantidad.—Demandado fallecido en la instancia.—Declaración de herederos.—Documento judicial procedente de Alemania.—Prueba de la condición de herederos en el marco de un procedimiento de ejecución regido por la LEC.**

Preceptos aplicados: Artículo 9.8 CC; artículos 593, 594 y 658 LEC.

R.E.D.I., vol. LIX (2007), 2

[Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 99/2007, de 21 de marzo de 2007. Ponente: D. Emilio Fernández Suárez Díaz.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, JUR 2007/148603.

La presente nota se enmarca en la ejecución de los siguientes Proyectos de Investigación: PGI-DITO6CSC20201PR, subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia; y Ref. SEJ2007-65950/JURI, Subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el FEDER.

**Nota:** 1. Por virtud de sentencia española de julio de 2003 fueron condenadas a pagar una importante cantidad de dinero ciertas personas, como herederas de quien fuera el demandado original fallecido durante la tramitación de la instancia. Estas personas son las que resultan de una declaración de herederos conjunta emitida por un juzgado alemán en febrero de 2000. Despachada ejecución, la actora solicitó que se acordara la subasta de un determinado bien inmueble sito en España. Ello le fue denegado en 2005, primero por providencia y luego por auto, alegando el Tribunal que no consta la distribución entre los herederos de los bienes de la herencia, y por lo tanto que sean titulares de los derechos sobre la finca en cuestión. Contra el Auto se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Tenerife.

2. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, de 21 de marzo de 2007, resuelve el recurso a favor de la apelante basándose en dos argumentos. El primero descansa en la aplicabilidad a la sucesión del fallecido, ex artículo 9.8 CC español, del ordenamiento alemán, que es probado por la parte interesada; y en el valor que en tal ordenamiento posee la declaración de herederos –equivalente a la aceptación de la herencia–. El segundo argumento es en dos pasos: de entrada, el Tribunal recuerda que conforme a las normas procesales que rigen la ejecución, bastan meros indicios y signos externos para sustentar la convicción sobre la pertenencia al ejecutado de los bienes a embargar (art. 593.2 LEC); subraya a continuación que el estado de propiedad indivisa de esos bienes –en este caso, por ser parte de una herencia– no es relevante a los fines de su embargo por terceros.

Es el segundo argumento indicado, en especial en la parte relativa a la apariencia de pertenecer los bienes en conflicto a los ejecutados, el que ostenta mayor peso en el razonar del Tribunal. Hasta tal punto es así, que hace dudar de la necesidad de demostrar qué vale el documento judicial extranjero en el ordenamiento de origen (por lo tanto, también de la necesidad de demostrar la aplicabilidad, el contenido y la vigencia de dicho ordenamiento). La declaración alemana de herederos se integra en el diseño elegido por la LEC para el embargo: como «mero indicio» y «signo externo» razonable de la titularidad del bien sobre el que se pide la medida; resulta indiferente que posea otras virtualidades o alcance probatorio. Como consecuencia de ello, la Audiencia queda felizmente exonerada de las dudas en torno a los medios de prueba (cuáles son idóneos, cuál es el valor de cada uno fuera de la jurisdicción que lo provee) de la cualidad de causahabiente en los casos de sucesiones con elemento internacional. Unas dudas que están «de moda» en España: por un lado, por ser el tema de la prueba uno clave en los trabajos comunitarios para un Reglamento sobre la competencia, ley aplicable, y reconocimiento y ejecución en materia de sucesiones y testamentos (A). Por otra parte, tratándose de la declaración judicial de heredero, por su enmarque en la polémica sobre el régimen de «importación» de productos jurídicos extranjeros pertenecientes a la jurisdicción voluntaria, cuando acaba de frustrarse la propuesta de ley del Gobierno español sobre ella (B).

3. A) Los sistemas jurídicos de los Estados comunitarios difieren, a veces de forma notable, en lo que se refiere a cómo probar la condición de heredero y los extremos que a ella atañen (vide sobrevuelo en *Les successions internationales dans l'UE*, DNotI, Bruselas, 2004, pp. 113-129). En una sucesión que comprende bienes sitos en diversos países es frecuente que el presunto heredero deba hacerse con documentos distintos, según cuál sea el Estado en que el quiera acre-

ditar su condición. Dicho de otra manera: la cooperación internacional vía reconocimiento recíproco no funciona, o no en el grado que sería deseable, en este contexto. Concurren varias explicaciones para este fenómeno. Unas tienen que ver con la formación de los instrumentos para la prueba: naturaleza (divergencias funcionales) de la autoridad que los produce (juez, notario), y alcance de su intervención según lo previsto en el ordenamiento al que obedece (simple reproducción de hechos conocidos por él personalmente, o notorios; verificación con mayor o menor profundidad de la realidad de tales hechos; examen de la licitud y legalidad del título del que trae causa el heredero...). Otras razones atañen a los efectos atribuidos al instrumento (de prueba privilegiada; con efectos frente a terceros, protegiendo o no su buena fe). Otras trascienden la cuestión –por lo demás general, no específica del ámbito sucesorio– de la equivalencia de formas y de autoridades, y pasan a situarse en el terreno de las diferencias sustantivas entre los sistemas domésticos a propósito de la sucesión *mortis causa*: en particular, en el significado que en el marco de la transmisión/adquisición de la herencia, y en la dinámica de su administración/liquidación, posee el documento que refleja la cualidad de heredero (valor constitutivo frente a meramente declarativo; lugar del documento de heredero en los sistemas de transmisión directa, frente a indirecta. Vide sobre estas cuestiones, si bien teniendo en cuenta modificaciones posteriores en alguno de los ordenamientos tomados como ejemplo, el estudio de Derecho comparado de LELEU, Y. H., *La transmission de la succession en droit comparé*, Bruylant, Bruselas, 1996).

4. Como es sabido, buscar solución a lo anterior está en la agenda de la UE. Las dificultades asociadas a la acreditación de la cualidad de heredero han sido definidas como (potenciales) obstáculos al ejercicio de las libertades comunitarias de circulación y establecimiento; se aprecia también contrariedad entre ellas y el disfrute del derecho a la propiedad, principio general del Derecho comunitario [vide *Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre sucesiones y testamentos* (2005/2148 (INI)), Cdo. D e I.5]. En los documentos de trabajo de cara a un futuro Reglamento en materia sucesoria una de las propuestas estrella es un certificado «paneuropeo» de heredero, dotado de efecto uniforme en toda la Comunidad; el modelo a seguir sería, posiblemente, el alemán. Ahora bien, si existe un consenso amplio en torno a la conveniencia de un único documento, también es cierto que hay temores a que interfiera en la mecánica de administración, liquidación y distribución de la herencia, diseñada por cada ordenamiento nacional. El Reino Unido es el país comunitario más intranquilo a este respecto (vide por ejemplo la *Joint Response of the Law Society of England and Wales and the Society of Trust and Estate Practitioners to the European Commission's Green Paper on Succession and Wills*, p. 3; o la respuesta del *Bar Council of England and Wales*, p. 13). No sorprende que así sea; repárese en las peculiaridades del régimen sucesorio de Inglaterra y Gales: en el protagonismo (menor, mediato, diferido) del heredero en las operaciones sucesorias, comparado con el que le otorgan los ordenamientos del continente. Por otra parte, seguro que en las reticencias británicas pesa también la experiencia adquirida en otros sectores comunitarizados condena del *forum non conveniens* o de las *anti-suit injunctions* en el contexto que preside el Reglamento (CE) núm. 44/01.

5. B) Volviendo la vista a España: no parece que el nuestro sea uno de los países de la UE reacios a admitir como medio de prueba de la cualidad de heredero un documento, por proceder de una autoridad extranjera (incluso no comunitaria). Es más, en este ámbito hay indicios de que podría haberse abandonado la solución según la cual compete a la *lex fori* decidir qué medios de prueba son los idóneos; casos en que la recepción en España de cierto instrumento extranjero se ha hecho depender de lo que diga la *lex causae*, configurándose esta actitud, no como excepción a la regla de aplicación de la *lex fori*, sino en tanto que principio (vide JIMÉNEZ BLANCO, P., «Las declaraciones notariales de herederos en las sucesiones internacionales», *AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 327-359, *esp.* núm. 23). Ahora bien, una vez ante el documento extranjero, lo que sigue siendo confuso en el ordenamiento español, al menos el de fuente autónoma, es el camino –procedimiento y condiciones– para dar respuesta a la solicitud de que

despliegue eficacia. En el caso de la declaración judicial, la tendencia es a calificarla como acto de jurisdicción voluntaria de mera documentación o autenticación (vide con referencias jurisprudenciales MIGUEL ASENSIO, P. A. de, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Eurolex, 1997, esp. núm. 63; también JIMÉNEZ BLANCO, P., núm. 19). Así, en tanto que carente de efectos procesales, se concluye que no corresponde someterla ni al procedimiento, ni a las condiciones del reconocimiento de las resoluciones judiciales en sentido propio, a fin de que produzca en España su eficacia –que por definición, según lo dicho, sólo puede ser la probatoria–, en los ámbitos procesal, extraprocesal y registral.

6. A la espera de lo que depare la evolución comunitaria, estimamos que de cara a una futura reglamentación de la jurisdicción voluntaria (a día de hoy se perpetúa la ausencia de la misma: el Anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria, aprobado por el Consejo de Ministros en octubre de 2006, ha sido retirado en octubre de 2007) hay que hacer un llamamiento a una actitud más cuidadosa, más atenta con la verdadera esencia de cada declaración de herederos extranjera: incluso cuando lo que se pida de ella sea sólo la eficacia probatoria. Así ha de ser, desde luego, para el supuesto en que el documento contenga una declaración de herederos resultante de un procedimiento contencioso (JIMÉNEZ BLANCO, P., núm. 20); pero también cuando, al margen de un proceso de este tipo, sea el resultado de un conjunto de operaciones que impiden asimilarlo, siendo justos, a un simple acto de homologación atendiendo a su naturaleza meramente declarativa (vide sobre el Erbschein alemán como paradigma, DOWNES, N., «El Erbschein en la práctica notarial española: ¿un documento necesario o simplemente útil?», *Revista Jurídica del Notariado*, 2003, pp. 67-106, esp. pp. 88-90). Todo ello, en fin, siempre que el escenario doméstico concreto al que se incorpora el documento extranjero lo requiera –lo que, como hemos visto, no fue el caso ante la Audiencia Provincial de Tenerife.

Marta REQUEJO ISIDRO

### III. DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

#### 1. Arbitraje

2007-27-Pr

**ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.–Declinatoria de jurisdicción por existencia de convenio arbitral. Relaciones contractuales marco entre las partes litigantes, sometidas a arbitraje CCI. Sociedad demandante perteneciente al mismo grupo empresarial que la firmante del contrato. Se admite la declinatoria.**

Preceptos aplicados: Ninguno.

[Auto Audiencia Provincial Barcelona núm. 8/2007 (Sección 4.ª), de 13 febrero de 2007. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Amparo Riera Fiol.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, JUR 2007/204898.

**Nota:** 1. La sociedad *Cadbury Adams Middle East, S. A. L.*, presentó demanda de reclamación de cantidad por incumplimiento de contrato contra la mercantil *Chupa Chups, S. A.* (antes

*Crazy Planet, S. A.*), ante el Juzgado de Primera Instancia de Cornellá, ante el supuesto impago de determinadas facturas por la demandada. A ello opuso ésta declinatoria de jurisdicción basada en existencia de convenio arbitral, suponemos que basada en el artículo 11 LA 2003, aunque en la redacción del presente Auto de apelación no se mencione en absoluto ésta ni ninguna otra norma. El referido convenio arbitral se encontraba inserto en el contrato que con fecha 2 de agosto de 1999 celebraron las sociedades *Parke Davis & Co. Ltd.* y *Crazy Planet, S.A.* (en la actualidad, *Chupa Chups, S. A.*). En efecto, el referido contrato, se refiere a la promoción y distribución en exclusiva de productos «Adams» en el territorio de la Federación Rusa, indicándose en el Anexo A, concretamente, los caramelos «Halls» y «Vita C». En concreto, la demanda presentada por *Cadbury* trae causa en las facturas acompañadas a la misma, cuyo importe reclama la empresa actora y que se refieren en exclusiva a entregas efectuadas de los productos «Halls» y «Vita C», y el destino de los mismos es la ciudad de San Petersburgo, en la Federación Rusa. De ello deduce el Juzgado de Primera Instancia que los suministros efectuados por la empresa actora se efectuaron en el marco del indicado contrato de promoción y distribución. En el referido contrato, la cláusula 2.2 se refiere precisamente a la compra por el Distribuidor (*Chupa Chups, S. A.*, antes *Crazy Planet, S. A.*) al «Proveedor o a la Persona Nombrada por éste», estableciendo como deberá efectuarse, por lo que, cabe entender que cualquier compraventa de tales productos se halla contemplada y regulada por dicho contrato. Añade a lo anterior la cláusula 2.3 del contrato que el Proveedor (*Parke Davis & Co. Ltd.*) podrá designar de forma periódica a «cualquiera de sus Afiliadas o Terceros Contratistas para cumplir sus obligaciones contractuales», y, asimismo, que «el Distribuidor o su Afiliada Rusa comprarán al Proveedor o a la Persona Nombrada», quienes harán lo posible para vender a aquéllos las cantidades de producto solicitadas para su reventa en el territorio, ello con sujeción a las condiciones estipuladas en el contrato. Y en este contrato se encuentra el convenio arbitral que establece la sumisión de todas las controversias contractuales a la Cámara de Comercio Internacional con sede en Ginebra. Sirva esta pequeña exposición de los hechos como introducción a un pequeño galimatías de partes en la controversia, objeto de la misma y causa de pedir. Que, al final, es lo que, de forma no siempre clara, determina el éxito o fracaso de las declinatorias o de excepciones como la de litispendencia. El triple test, en definitiva, aplicado a un litigio con diversidad de partes, unidad de objeto y causa de pedir. Si el litigio trae causa directa en el contrato, debe seguirse el medio de resolución de controversias en él previsto; si ese hilo conducto no se halla, entonces actúan las normas generales de determinación de la competencia judicial internacional a falta de pacto.

2. Se señala en el encabezamiento de esta anotación que la decisión de la Audiencia se produce en una absoluta indiferencia a los preceptos aplicables a este supuesto (pese a una genérica referencia inicial a los que los sean), siendo su resolución eminentemente fáctica, esto es, un estudio del alcance del contrato y sus efectos sobre la competencia. De una primera lectura puede bien deducirse que la Audiencia se ha centrado en el delicado campo de la extensión de pactos a grupos societarios o de las cadenas contractuales. Sin embargo, aunque pueda parecer más sencilla, *a priori*, la solución por la vía del análisis de los hechos, es preciso subrayar, o eso creo, que la decisión alcanzada (correcta a todas luces) encuentra una perfecta apoyatura legal en nuestro sistema vigente de declinación de la competencia en presencia de un convenio arbitral (vide la excelente argumentación en la STS de 18 de febrero de 1993, *CCJC*, vol. 32, 1993, pp. 459-471, con comentario de quien esto suscribe). Aunque el mencionado artículo 11 LA 2003 recoja como modalidad procesal la declinatoria para hacer valer un convenio de arbitraje (bien saludada introducción legislativa), en este caso existe una norma superior que establece los casos en los que los jueces nacionales están obligados a admitirla. Las demandas presentadas ante jueces españoles que traigan causa en contratos sometidos a arbitraje en el extranjero, se sustancian adjetivamente mediante declinatoria, pero sustantivamente de acuerdo a lo previsto en el artículo II CNY 1958 (por todos VAN DEN BERG, A. J., *The New*

*York Arbitration Convention of 1958*, Deventer, Kluwer, pp. 208 y ss.). En el caso presente una sociedad británica demanda a una sociedad española unas determinadas cuantías, al parecer sólo causadas en algunas facturas. La demandada opone que la causa de tal acción es la existencia de un contrato de distribución que contiene un convenio arbitral. En tales casos, se activa el ámbito de aplicación del CNY 1958 material (arbitraje privado), espacial (universal en el supuesto de España) y temporalmente (treinta años vista). Y este texto obliga en el mencionado artículo II a los jueces de los Estados miembros a declararse incompetentes, a instancia de parte, en presencia de un convenio arbitral, a no ser que lo consideren nulo, ineficaz o inaplicable. La comprobación, por lo tanto, de la competencia o no del Juzgado en estos casos, gira en torno a estos tres conceptos, abiertos a la interpretación y llenos de contenidos varios.

3. Nulo, ineficaz o inaplicable. Si el convenio contenido en el contrato que la demandada alegó como causa de declinatoria, ésta decaería de inmediato. El análisis, en puridad, debe centrarse en el ámbito del convenio más que en el ámbito del contrato. Una cosa lleva a la otra, es cierto, pero no está de más aclarar, en aras de un correcto entendimiento de la declinatoria «arbitral», que es el convenio que el produce el efecto negativo de la competencia judicial internacional. En el presente asunto, nadie pretende la nulidad de la cláusula arbitral (sólo producida por vicio en el consentimiento o inarbitrabilidad de la diferencia); tampoco se puede pretender su ineficacia (consecuencia procesal de la sumisión tácita a tribunales estatales en renuncia por ambas partes del convenio pactado, imposible ante una declinatoria). Sí se trata, en cambio, de un supuesto de posible ineficacia del convenio arbitral, especialmente tratada en los casos de grupos de sociedades y cadenas contractuales, y que responde a la pregunta clave: ¿hasta dónde de alcanza la eficacia de un convenio arbitral pactado en un contrato marco con consecuencias para una pluralidad de partes? Ésa es, desde mi punto de vista, la cuestión. No se trata, entonces, de partir de las relaciones estructurales entre grupos de sociedades in genere (cuestión bien diferente en planteamientos y soluciones, vide AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, De conflictu legum. Estudios de Derecho internacional privado, 2001, Universidade de Santiago de Compostela, ni de estudiar las interdependencias contractuales, sino de llevar a cabo el triple test con el que comenzaba: si la causa de pedir en la declinatoria es el convenio arbitral, ¿es éste aplicable a las partes en la litis y al objeto demandado? La conclusión alcanzada por el Juzgado de Primera Instancia parece seguir esta línea (aun sin mayores explicaciones) al subrayar que «no puede simplificarse la cuestión objeto de litigio a unas concretas compraventas, cuyo contrato no se ha aportado, cuando se trata de la compra de productos a los que se refiere el contrato de distribución acompañado por la demandada, entregados en una ciudad situada en el territorio cuya distribución en exclusiva por la demandada se pactaba en dicho contrato, lo cual, se estima suficiente para que se aplique dicho contrato a una empresa que forma parte del grupo». Pero no por formar parte del grupo que firmó el pacto, sencillamente, sino por verse vinculada por el contrato en sus propios términos, al designar como proveedor de esos productos a la parte contratante, empresas vinculadas o terceros. Eso es lo que convierte a *Cadbury* (adquirida por *Parke Davis*) en parte del contrato y, por ende, vinculada por el convenio arbitral en él suscrito. Es el estudio de la relación jurídica causal la que lleva a estas consecuencias aunque, desafortunadamente, el Auto de la Audiencia no se priva de la tentación de adjuntar una farragosa exposición de relaciones societarias innecesaria y poco clarificadora de la cuestión esencial, tan lineal al fin. Para terminar advirtiendo que «que sea suficiente el hecho de que una empresa forme parte de un grupo para que se le aplique un contrato de distribución suscrito por otra empresa del mismo grupo». Claro que no. Es el estudio del contrato y de la cláusula lo que determina su validez, eficacia y aplicabilidad (vide CUARTERO RUBIO, M. V., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001, CCJC, núm. 59, 2002, pp. 485-495). Esto además, termina con los difusos problemas que se han querido plantear en la cuestión de la posible litispendencia entre jueces y árbitros y

supuestos de conexidad: en el entendimiento expuesto nada de ello es posible. Si el convenio arbitral es correctamente activado, como en este caso, la incompetencia judicial es total; a la inversa, si no se activa o no dispone de ámbito suficiente, la incompetencia arbitral también es absoluta. Lo uno o lo otro, no existen situaciones «naturales» de conexión como se especifica en AGUILAR GRIEDER, H., *La acumulación de procesos en los litigios internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 19-20, referidas en exclusiva a supuestos jurisdiccionales de competencia conjunta sobre asuntos íntimamente conectados.

4. La delimitación fáctica que realiza la Audiencia, siguiendo de cerca de la que efectuó el Juzgado lleva a un resultado correcto, pero peligroso en lo impreciso. No es infrecuente que, en materia de arbitraje, nos encontremos en demasiadas ocasiones con apreciaciones de hecho, como fundamento de una decisión, especialmente en las arbitrales, ni que topemos con interpretaciones maximalistas sobre «la realidad de las cosas» o «la finalidad última de una situación». No quiere esto decir que tales clichés no hayan salvado situaciones delicadas, pero es importante evitarlos, muy en especial en sede judicial, cuando existe un completo sistema normativo que apoya la misma decisión sin opción a visiones de realidad diversas. La finalidad económica del contrato es una visión cercana a estas teorías que, según creo, trae causa última en las propias normas jurídicas sobre ámbito y efectos de los contratos y de las cláusulas de resolución de controversias que contienen. Interpretaciones diversas y más pegadas a los hechos que a las normas llevan aparejadas situaciones como la creada en el conocido asunto *Colon Container Terminal vs. Fomento de Contruccion y Contratas*, en el que un Tribunal arbitral optó (con voto particular) por obviar normas procesales aplicables a la eficacia de un convenio arbitral y declarar su competencia. La decisión fue anulada por decisión del Tribunal Federal suizo (ATF, 127 III, 2001) en una confusa decisión que, sin embargo terminaba por reconducir la cuestión: sean cuales fueran las relaciones económicas entre las partes, la realidad de los hechos o la utilidad del arbitraje, aquel convenio arbitral era ineficaz y, por tanto, el tribunal arbitral incompetente. Eso sí, cuatro años y una fortuna después de comenzadas las actuaciones. Cabe suponer que todo pueda ser más sencillo y, por ende, más rápido, en una aplicación de las normas técnica en todos sus extremos.

Elena ARTUCH IRIBERRI