

B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

Selección y coordinación a cargo de:

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL: 1. *Competencia judicial internacional*. 2. *Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales*.—II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL: 1. *Nombre de las personas físicas*. 2. *Protección de menores*. 3. *Divorcio*. 4. *Obligaciones contractuales*.—III. DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL: 1. *Arbitraje internacional*. 2. *Procedimientos concursales*.—IV. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

1. *Competencia judicial internacional*

2007-1-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—DECLINATORIA INTERNACIONAL.—Régimen institucional.—Pluralidad de demandados.—Activación artificial del foro.—Régimen autónomo.—Acción real y acción personal.

Preceptos aplicados: Artículos 22.2 y 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tercero. [...] El sistema español de competencia judicial internacional se inicia con una remisión general a «los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte»

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2006-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en los años 2006 y 2007. Colaboran en la presente crónica: Salomé Adroher Biosca, Rafael Arenas García, Elena Artuch Iriberry, Laura Carballo Piñeiro, Ángel Espiniella Menéndez, Gloria Esteban de la Rosa, Federico Garau Sobrino, Sandra García Cano, Miquel Gardeñes Santiago, Iván Heredia Cervantes, Ángeles Lara Aguado, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Karima Ouald Ali, Elena Rodríguez Pineau y Tijaniya Saghir de las Universidades de Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid, Córdoba, Granada, Islas Baleares, Jaén, Oviedo, Pontificia de Comillas (ICADE), y Vigo.

(art. 21.1 LOPJ), referencia en el presente caso irrelevante, habida cuenta de que las partes reconocen que no existe pacto o tratado internacional aplicable, no siendo de aplicación, ni tan siquiera indirectamente, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, ni el Reglamento (CE) núm. 22/2001 del Consejo, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, pues es evidente que la República Bolivariana de Venezuela queda al margen de tales normativas. En consecuencia, las normas a considerar son las establecidas en el artículo 22 de la LOPJ y, en su caso, las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto. Sentados los criterios a seguir y la normativa aplicable, estamos en condiciones de resolver la cuestión debatida y confirmar el auto recurrido, y ello porque atendiendo al contenido y naturaleza de la acción ejercitada, el conocimiento de la misma corresponde a los Tribunales venezolanos, al no ser de aplicación el fuero que, con carácter general, establece el artículo 22.2 de la LOPJ, al considerar competentes los Tribunales españoles cuando el demandado tenga su domicilio en España, ya que, como se ha puesto de manifiesto, es la sociedad mercantil Hispano Venezolana de Perforaciones CA, de nacionalidad venezolana y con domicilio en dicho país, quien únicamente puede soportar la acción ejercitada en esta litis, habiéndose traído al proceso el resto de los demandados con la finalidad de servir de cobertura a la postura competencial propugnada por la demandante.

Excluida la aplicación del citado fuero general, hemos de referirnos a las dos normas que invocan las partes, ambas contenidas en el citado artículo 22.3 de la LOPJ, y que no son otras que las que establecen, en defecto de los criterios precedentes, que son competentes los Tribunales españoles: en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España y en las acciones relativas a bienes muebles, si éstos se encuentran en territorio español al tiempo de la demanda, entendiéndose que ha de tomarse en consideración este segundo fuero, ya que la acción principal ejercitada no es obligacional, sino real al reivindicarse la entrega del equipo de perforación, aduciendo al respecto una nulidad contractual, con escaso fundamento en los términos en que ha sido planteada, situación en la que, como precisa la STS de 24 de enero de 2006: «No hay aquí una “acción mixta”, pues, como ha dicho la Sentencia de 15 de diciembre de 1999, aunque algunas sentencias admitieron la aplicación del fuero de las acciones mixtas a los supuestos de concurrencia de acciones personales y reales (Sentencias de 24 de diciembre de 1934, ya citada, de 4 de agosto de 1935, de 3 de mayo de 1949), esta doctrina ha sido rechazada por otras decisiones (7 de diciembre de 1940, 2 de julio de 1941, 8 de julio de 1942), al considerar que no basta la concurrencia, porque rige la acción básica o principal, sobre la cual se determina la competencia. No hay, pues, que entender que hay “acción mixta” cuando se ejercitan acciones reales y personales, pues la denominación se reserva para las antiguas acciones mixtas (las divisorias) y para las acciones complejas, como la petición de herencia (Sentencias de 26 de octubre de 1951, de 4 de abril y de 5 de diciembre de 1961, entre otras)».

En conclusión, como quiera que Hispano Venezolana de Perforaciones CA, auténtica demandada, es una sociedad de nacionalidad venezolana y con domicilio en dicho país, y que el equipo de perforación reivindicado se encuentra en la República Bolivariana de Venezuela, hemos de mantener, en sintonía con el auto apelado, que son los Tribunales de esta nación los competentes para el conocimiento del presente proceso, lo que comporta la desestimación del presente recurso y la confirmación del auto apelado.

[Auto A. P. Madrid (Sección 11.ª) de 16 de mayo de 2006 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Félix Almazán Lafuente).]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/192444.

R.E.D.I., vol. LIX (2007), 1

Nota: 1. La práctica de nuestros tribunales sigue mostrando que las soluciones normativas específicas para las situaciones privadas internacionales no deben de resultar de fácil comprensión: los mismos tribunales que en otras áreas del Derecho se muestran capaces de realizar valiosas construcciones jurídicas, hacen aguas cuando se enfrentan a la aplicación del DIPr. Los problemas se plantean, fundamentalmente, en lo referido a la delimitación de los ámbitos respectivos de aplicación de los diferentes regímenes. En la actualidad, el desconocimiento de las soluciones internacionales y comunitarias no radica tanto en su propia existencia como en su modo de operar. Así, en materia de competencia judicial internacional, en concreto, cada vez es más inusual que se omita toda mención al CB o al Reglamento 44/2001, pero siguen predominando los errores, tanto en torno a la aplicación espacial de esos instrumentos, como en relación con la interpretación de las normas que contienen. El Auto de la AP de Madrid (Sección 11.ª) de 16 de mayo de 2006, como el Auto del JPI núm. 8 de Madrid, de 5 de mayo de 2005, del que trae causa, constituyen una buena prueba de ello.

Los citados autos se pronuncian en relación con una demanda presentada por *Sonpetrol España, SA, frente a Hispano-Venezolana de Perforaciones* (HPV en lo sucesivo), domiciliada en la República Bolivariana de Venezuela y cuatro accionistas de ésta, que se encuentran domiciliados, como la demandante, en territorio español. La actora solicita la nulidad de un contrato que parece recaer sobre un equipo de perforación sito en Venezuela, la consiguiente declaración de propiedad de la demandante de dicho bien mueble y la condena de los demandados al pago de una serie de cantidades, sin que de la resolución pueda deducirse el concepto. Dos de los accionistas demandados y HPV interponen declinatoria internacional, que es admitida por el JPI; y tal negativa a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles es reiterada por la AP, al desestimar el recurso de apelación presentado por Sonpetrol.

En (relativo) descargo de ambos órganos jurisdiccionales cabe avanzar que parte de los problemas con que se encuentran son debidos al erróneo planteamiento de la demanda por parte de la actora: todo indica que ésta dirige sus pretensiones frente a los accionistas domiciliados en España con el único objeto de justificar la competencia de los órganos españoles para conocer de la demanda frente a la sociedad domiciliada en Venezuela. La búsqueda de justificación de la competencia judicial internacional con base en el foro de la pluralidad de demandados podía, en efecto, complicar la propia delimitación del régimen aplicable (§ 3). Y, sin embargo, no resultaba preciso forzar artificialmente el foro de la pluralidad de demandados, toda vez que la competencia para la demanda frente a la sociedad venezolana existía, en contra de lo que sostienen el JPI y la AP, en aplicación de la LOPJ (§ 2). El interés de este asunto, no obstante, no radica tanto en señalar los errores cometidos por los órganos españoles al resolverlo como en que da lugar a plantear ciertas consideraciones sobre el modo de operar del artículo 6.1 del Reglamento 44/2001 (§ 4).

2. Sea cual fuere la justificación de la competencia internacional propuesta por la parte actora, lo cierto es que en el supuesto descrito los tribunales españoles resultaban competentes para conocer de las pretensiones frente a los accionistas domiciliados en territorio español con arreglo al foro general del artículo 2 del Reglamento 44/2001 (sin perjuicio de que, posteriormente, se declarase su falta de legitimación pasiva), mientras la competencia judicial internacional respecto de HPV debía determinarse de conformidad con la LOPJ, por remisión del artículo 4 del Reglamento 44/2001. A este respecto, nada puede justificar que años después de la entrada en vigor del CB de 1968, al que sigue fielmente el Reglamento 44/2001 en lo referido al ámbito de aplicación, la AP de Madrid siga incurriendo en el error, tantas veces denunciado, de descartar cualquier consideración a ambos instrumentos, bajo el argumento de que el Estado tercero «queda al margen de tales normativas» (vide FD Tercero) [vide, *ad ex.*, Sent. AP de Madrid (Sección 14.ª) de 10 de julio de 2000, *REDI*, 2001, pp. 471-473 y Nota de ARENAS GARCÍA, R., pp. 473-481, esp. pp. 476-477]. Importa insistir una vez más en que ni el CB ni el Reglamento se limitan a regular «situaciones intracomunitarias» (vide, en relación con el primero, STJCE de 1 de marzo de 2005, Asunto Owusu, y, respecto del Reglamento, Dictamen

del TJCE 1/2003); que, en todo caso, ambos remiten a la normativa estatal, por medio de sus respectivos artículos 4, cuando el demandado está domiciliado en un Estado tercero, con carácter general (y, por tanto, no siempre).

Ciertamente, la AP opta por dar aplicación a la normativa autónoma, pero no sólo lo hace a través de la referida cuestionable argumentación, sino que, además, lo hace de forma desafortunada. En efecto, el órgano jurisdiccional, siguiendo en este punto el razonamiento del JPI, entiende que en el supuesto concurren dos foros especiales, esto es, el relativo a las obligaciones contractuales y el propio de las acciones reales y que el segundo debe prevalecer, por ser de carácter específico, en virtud del principio de especialidad. De este modo, considera que la acción que realmente se ejercita es la reivindicatoria del bien situado en Venezuela, y afirma que, en consecuencia, la competencia internacional corresponde a los tribunales venezolanos. Con ello, la AP comete varios errores. El primero radicaría en afirmar la competencia de unos órganos jurisdiccionales extranjeros en aplicación de normas unilaterales españolas: en ausencia de una normativa de competencia común (un convenio), sólo los tribunales de Venezuela pueden determinar si son competentes o no, conforme a sus propios fueros. Precisamente, la falta de estructuras judiciales comunes entre los tribunales españoles y los extranjeros hace innecesarias tanto la prueba de la competencia de éstos por el demandado en la declinatoria, como la designación del tribunal competente en el auto que dicte el órgano jurisdiccional español que la admita [cfr. ARENAS GARCÍAS, R., «Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC (2000)», *AEDIPr*, 2001, pp. 155-199, esp. pp. 191-194]. El segundo error, que es el de mayor calado, consistiría en haber obviado una característica esencial del sistema de competencia judicial internacional, cual es su autonomía respecto de la competencia interna (vide, por todos, AMORES CONRADI, M.A., «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ», *REDI*, 1989, pp. 113-156, esp. p. 121). Ante el intento del demandante de acumular pretensiones, la ausencia de un foro de competencia judicial internacional que permita conocer de una de ellas debería conducir a la negación de la competencia internacional sobre tal cuestión en particular, pero no en relación con el resto de las ejercitadas. Los tribunales españoles resultaban competentes para conocer de la cuestión contractual, dado que el contrato se celebró en España (art. 22.3 LOPJ). La pretensión contractual frente a HPV debía, por consiguiente, haberse resuelto: existía competencia para decidir sobre la nulidad del contrato, aunque no en relación con la propiedad del bien de forma principal. Pero es que, además, ni siquiera hubiese acertado el tribunal de haber podido extender los criterios propios de la determinación de la competencia territorial para el caso de que se ejercite una pluralidad de acciones frente a una o varias personas, toda vez que, con arreglo al artículo 53 LEC, resultaría competente el tribunal del lugar correspondiente a la acción que sirva de fundamento a las demás; y, en este supuesto, es evidente que la acción contractual es la que da sustento a la solicitud de restitución del equipo de perforación. Es más: la AP, inexplicablemente, trae a colación una serie de resoluciones en las que los órganos jurisdiccionales [p.e., la STS (Sala de lo Civil) de 15 de diciembre de 1999, *RJ* 1999/9354], al resolver sobre cuestiones de competencia territorial en las que se acumulaban acciones personales (nulidad de contrato) y reales (cancelación de la inscripción registral), se inclinaban por considerar de carácter principal a aquéllas, y afirmar, en consecuencia, la competencia territorial del órgano competente para la acción personal, para conocer de ambas.

3. La afirmación de la competencia internacional de los órganos españoles no presentaba, pues, grandes dificultades. Sin embargo, como antes advertí, la cuestión en el Auto se complica por el hecho de que se analizase en primer término la posibilidad de emplear el foro de la pluralidad de demandados, en respuesta al peregrino argumento de la recurrente de que la competencia judicial internacional se fundamentaba en tal domiciliación en España de los accionistas según el artículo 22.2 LOPJ, y «... poder ser emplazada la mercantil venezolana en España a través del codemandado Sr. Diego» (vide FD Primero: el énfasis es mío).

La AP analiza la realidad de la demanda presentada frente a los accionistas domiciliados en España sin evidenciar el error de la demandante. No parece ser consciente de que la LOPJ carece de un foro de conexidad como el contenido en el artículo 6.1 del Reglamento 44/2001. Pero tampoco se plantea la invocación de ese mismo precepto (en realidad, ni siquiera lo menciona), con arreglo al cual cabe demandar a una persona domiciliada en otro EM ante los tribunales del EM del domicilio de cualquiera de los otros demandados, también frente a HPV. Y es que, aunque esta posibilidad es negada por la doctrina mayoritaria, que defiende la inaplicación de dicho precepto y la necesidad de acudir a la LOPJ por remisión del artículo 4 (en este sentido, entre otros, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *El foro de la pluralidad de demandados en situaciones internacionales*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 47-48, y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pp. 83-84), no falta quien la sostiene con sólidos argumentos (cfr. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000, p. 148, y HEREDIA CERVANTES, I., *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Comares, Granada, 2002, pp. 164-166). En este supuesto, los órganos jurisdiccionales españoles no hubiesen podido, dado el estado del procedimiento, plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE (frente al Auto comentado cabía interponer recurso extraordinario por infracción procesal, conforme al art. 469.1 LEC: vide art. 68 TCE), de manera que deberían haber aportado argumentos a favor de una de las dos interpretaciones, contribuyendo, con ello, a paliar la ausencia de un pronunciamiento claro del TJCE al respecto (pues, a mi juicio, de su Sentencia de 27 de octubre de 1998, *Asunto Réunion Européenne*, no se deduce nada claro sobre el particular).

En cualquier caso, la activación del foro del artículo 6.1 del Reglamento 44/2001 no resulta justificada cuando se llega a la convicción de que la demanda presentada frente a los domiciliados en el Estado del foro se ha interpuesto de forma artificial, esto es, con el único objeto de atraer ante sus tribunales a una persona domiciliada en otro Estado. A este respecto, ya se ha señalado la conveniencia de extender el inciso final del artículo 6.2 del citado instrumento a su artículo 6.1, e interpretar que no habría vínculo suficiente entre las pretensiones, como exige este último, si una de ellas es ficticia [cfr. HEREDIA CERVANTES, I., *op. cit.*, pp. 152-154, y, reiterando argumentos, más recientemente y con apoyo en la STJCE de 26 de mayo de 2005, *Asunto GIE Réunion Européenne*, ídem, «Nota a Sent. TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) de 19 de julio de 2005», *REDI*, 2006, pp. 434-441; vide, en un sentido análogo, las Conclusiones del Abogado General P. Mengozzi en el Asunto C-98/06, *Freeport plc c. Olle Arnoldson*, pendiente aún de resolución por el TJCE en <http://www.curia.europa.eu> (documento obtenido el 7 de junio de 2006)]. El problema fundamental que plantea tal extensión, como también se ha puesto de relieve, no es otro que la prueba de la artificialidad de la pretensión (HEREDIA CERVANTES, I., *op. cit.*, pp. 152-154). Mas, en este caso, la AP no parece encontrar especiales dificultades al analizar esta cuestión. A juicio de la Audiencia, las pretensiones ejercitadas frente a los accionistas «tienen como auténtico sujeto jurídico» a la sociedad demandada, por dos razones: que tales pretensiones en particular no van acompañadas de fundamentación jurídica alguna; y que el contrato cuya nulidad (o, subsidiariamente, cumplimiento) se solicita fue celebrado entre las sociedades actora y demandante, por lo cual no se explica que se involucre a su accionariado a título personal, máxime ante la ausencia de ejercicio de toda acción de responsabilidad social. De ahí que, atendiendo a estos datos, no fuese descabellado deducir que la acción interpuesta frente a los demandados domiciliados en España no tenía otra razón de ser que la de atraer a la sociedad venezolana ante los tribunales españoles.

4. La opción por una u otra interpretación puede tener consecuencias jurídicas, en función de la consideración que reciba la posibilidad de invocar el foro de la pluralidad de demandados, cuando la competencia se justifica con base en otros criterios. Si se entiende que dicho foro concurre con el foro del domicilio del demandado y los foros especiales por razón de la materia (en este sentido, aunque indicado que tal concurrencia es «formal», VIRGÓS

SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 147), y se comienza por el análisis de este foro, según la primera interpretación del artículo 6.1 Reg. 44/2001, esto es, la que apunta a que no resulta de aplicación frente a demandados domiciliados en terceros Estados (HPV), la competencia respecto de ellos debería establecerse con base en la LOPJ (art. 4 del Reg. 44/2001) y conforme al artículo 2 Reg. 44/2001 en relación a los domiciliados en España. En tal caso, no cabría entrar en el análisis de la posible artificialidad de la demanda; la inexistencia de competencia para conocer de la pretensión frente a la parte domiciliada en un Estado no miembro (Venezuela) no impediría seguir conociendo de las pretensiones frente al resto de los demandados, por mucho que éstos fuesen absueltos, antes de dictar sentencia, por falta de legitimación pasiva. En este caso, al resolverse la cuestión de la legitimación en la sentencia como la cuestión de naturaleza sustantiva que es, operaría la excepción de cosa juzgada. Pero a tenor de la segunda interpretación, esto es, entendiendo que el artículo 6.1 del Reg. 44/2001 también podría justificar la competencia respecto de la demandada domiciliada en un tercer Estado, cabría excluirla en este supuesto en concreto, a través del examen de tal artificialidad. Este examen equivaldría a un análisis de la legitimación de parte de los demandados, a su instancia, en un momento anterior al momento en el que normalmente ha de efectuarse, esto es, antes de dictar sentencia de fondo. Ciertamente, en torno a esta posibilidad existen serias discrepancias en la doctrina procesalista [defienden la posibilidad, con carácter excepcional y cuando –como es el caso– la falta de requisito aparece clara al inicio del proceso, entre otros, CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 128; GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Parte General*, Colex, Madrid, 2004, pp. 152-154, y Moreno Catena, V. en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 99-100; sin embargo, se muestra contrario a todo control de la legitimación pasiva *a limine litis* DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA SANTOS, A. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3.ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 132 y ss]. Tratada la cuestión como presupuesto procesal, cabría reiterar el proceso frente a tales demandados, sin que operase dicha excepción de cosa juzgada.

Pero quizás quepa sostener que el artículo 6.1 Reg. 44/2001 ha de invocarse/aplicarse únicamente cuando los tribunales carecen de otros foros en los cuales fundamentar su competencia para conocer de todas las pretensiones ejercitadas frente a una pluralidad de demandados (en cuyo caso, en el asunto comentado, el resultado habría sido el mismo que el de considerar que el foro no puede invocarse frente a domiciliados en terceros Estados). Si un tribunal es competente en aplicación, por ejemplo, del artículo 2 respecto de un demandado y del artículo 5.1 para el resto, no cabría acudir al artículo 6.1 y, en consecuencia, tampoco analizar la cuestión de la legitimación pasiva en el marco del análisis de la eventual activación artificial del foro. Sólo si hay motivos para realizar este análisis si no hay competencia *ex ante*. En tal caso, debería prevalecer la interpretación favorable a la aplicación del artículo 6.1 del Reg. 44/2001 también para fundamentar la competencia de demandados domiciliados en Estados terceros. Obsérvese que, de lo contrario, la respuesta sería conocida de antemano: los tribunales españoles no serían competentes para conocer de la demanda frente a la demandada domiciliada en un Estado tercero con base en la LOPJ. Cabe concluir, así, que de interpretar que el artículo 6.1 del Reg. 44/2001 se aplica para fundamentar la competencia para conocer de una pluralidad de pretensiones conexas respecto de las cuales no habría otros foros de competencia, habría que extender la aplicación del instrumento institucional, y afirmar la existencia de competencia también para conocer de la pretensión frente al domiciliado en un Estado no miembro. Sólo a través de tal extensión se evitaría que el sistema incurra «en graves contradicciones valorativas» (cfr. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 148).

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

2007-2-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Artículo 6.1 del Reglamento 44/2001.—Insolvencia del codemandado domiciliado en el foro.—Juego de la normativa procesal interna.

Preceptos aplicados: Artículo 6.1 del Reglamento 44/2001.

«[...] 26. Por lo que se refiere a la competencia especial prevista en el artículo 6, número 1, del Reglamento núm. 44/2001, si son varios los demandados, pueden serlo ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos siempre que «las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente».

27. A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que dicha disposición no contiene ninguna remisión expresa a la aplicación de las normas internas ni ningún requisito por el que se exija la admisibilidad, con arreglo a la normativa nacional, de una demanda contra varias personas, desde el momento de su interposición, frente a todas ellas.

28. En segundo lugar, debe ponerse de relieve que, con independencia de esta primera observación, la cuestión planteada tiene por objeto dilucidar si una norma nacional por la que se establece una excepción de inadmisibilidad puede obstaculizar la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento núm. 44/2001.

29. Ahora bien, según jurisprudencia reiterada, las disposiciones de dicho Reglamento deben interpretarse de manera autónoma, refiriéndose a su sistemática y a sus objetivos (vide, en cuanto al Convenio de Bruselas, la sentencia de 15 de enero de 2004, Blijdenstein, C-433/01, Rec. p. I-981, apartado 24, y la jurisprudencia citada).

30. En consecuencia, al no formar parte de las disposiciones, como por ejemplo el artículo 59 del Reglamento núm. 44/2001, que prevén expresamente la aplicación de las normas internas, y que, por tanto, sirven de fundamento jurídico a esa aplicación, el artículo 6, apartado 1, de dicho Reglamento no puede interpretarse en el sentido de que su aplicación pueda depender de los efectos de las normas internas.

31. En tales circunstancias, el artículo 6, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001, puede invocarse en el marco de una acción ejercitada en un Estado miembro contra un demandado domiciliado en dicho Estado y un codemandado domiciliado en otro Estado miembro, aun cuando desde el momento de su ejercicio dicha acción sea considerada inadmisibile frente al primer demandado en virtud de una normativa nacional.

32. No obstante, procede recordar que la norma de competencia especial enunciada en el artículo 6, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001 no puede interpretarse de tal forma que permita a un demandante formular una demanda dirigida contra varios demandados con el solo fin de que uno de ellos se sustraiga a la competencia de los tribunales del Estado miembro donde se encuentra su domicilio (vide, en relación con el Convenio de Bruselas, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis, 189/87, Rec. p. 5565, apartados 8 y 9, y Réunion européenne y otros, antes citada, apartado 47). No parece, sin embargo, que éste sea el caso en el procedimiento principal.

33. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 6, número 1, del Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en un supuesto como el del procedimiento principal, dicha disposición puede ser invocada en el marco de una acción ejercitada en un Estado miembro contra un demandado domiciliado en dicho Estado y un codemandado domiciliado en otro Estado miembro, aun

cuando desde el momento de su ejercicio, dicha acción sea considerada inadmisibile frente al primer demandado en virtud de una normativa nacional.

[Sentencia del TJCE (Sala Segunda), de 13 de julio de 2006. *Reisch Montage AG y Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*. Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer.]

F.: www.curia.europa.eu

Nota. 1. *Hechos y precisiones previas.*—Nueva resolución del TJCE sobre el foro de la pluralidad de demandados, aunque en este caso con la novedad de que la Corte Comunitaria da respuesta por primera vez a una cuestión prejudicial planteada en interpretación del artículo 6.1, no ya del Convenio de Bruselas, sino del Reglamento 44/2001.

Los hechos que dieron origen a la Sentencia «Reisch Montage» son muy simples: una empresa domiciliada en Liechtenstein interpone una demanda en reclamación de cantidad ante un tribunal de Bezau (Austria) en la que ejercita sendas pretensiones contra un particular domiciliado en Austria y contra su fiador, una sociedad con sede en Alemania. La particularidad que se daba en el supuesto es que desde hacía unos meses el codemandado domiciliado en Austria se encontraba inmerso en un procedimiento de insolvencia tramitado también en Austria, y que seguía sustanciándose en la fecha en que se presentó la mencionada demanda, motivo por el cual el tribunal austriaco se declaró incompetente sobre este codemandado en aplicación del § 6.1 de la *Konkursordnung* y, basándose en esta circunstancia, denegó la aplicación del artículo 6.1 y con ello su competencia sobre el garante domiciliado en Alemania.

Los problemas que plantea la cuestión prejudicial elevada por el *Oberster Gerichtshof* no resultan sencillos y buena muestra de ello la encontramos en la radical diferencia que existe entre las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo y la decisión del Tribunal. Para el Abogado General, el artículo 6.1 no debería aplicarse en un caso como éste, dado que la reclamación dirigida contra la persona en la que se «ancla» la aplicación del artículo 6.1 resulta inadmisibile desde el mismo momento de su ejercicio de acuerdo a la normativa interna. Para el TJCE, en cambio, el artículo 6.1 debería aplicarse incluso «en el marco de una acción ejercitada en un Estado miembro contra un demandado domiciliado en dicho Estado y un codemandado domiciliado en otro Estado miembro, aun cuando desde el momento de su ejercicio, dicha acción sea considerada inadmisibile frente al primer demandado en virtud de una normativa nacional».

La tesis del Abogado General se expone, fundamentalmente, entre los apartados 42 a 45 de sus Conclusiones. De este modo, el problema se encontraría en que «cuando *ab initio*, de acuerdo con la ley nacional, una de las demandas ha de declararse inadmisibile, no hay una concurrencia real de demandados, faltando el presupuesto del fuero electivo, que tampoco cumple con su función». Más aún, se añade que en el caso analizado la presencia de dos o más demandados en el proceso surgiría de manera artificial ya que, por imperativo del propio Derecho interno del foro, la demanda en la que se pretende basar la competencia de los tribunales austriacos sobre los dos codemandados está abocada irremisiblemente a ser desestimada. Finaliza la argumentación del Abogado General señalándose que, dado que «desde el primer momento uno de los demandados se halla incapacitado para intervenir en el pleito, en modo alguno se evitan unas resoluciones contradictorias, pues no habrá resolución del tribunal del Estado donde el excluido esté ubicado».

La opinión del TJCE, en cambio, se centra casi de forma exclusiva en el papel que deben desempeñar las normas procesales nacionales en el proceso de aplicación del artículo 6.1. Según la Sentencia, no es posible encontrar en el artículo 6.1 ninguna remisión expresa a la aplicación de las normas internas ni ningún requisito por el que se exija la admisibile, con arreglo a la normativa nacional de una demanda contra varias personas desde el momento de su interposición frente a todas ellas. A lo anterior habría que unir, señala el Tribunal, la imposibi-

lidad de que, a salvo de excepciones reconocidas de forma expresa por el propio R. 44/2001 (v.gr. el art. 59), la aplicación del artículo 6.1 pueda depender de los efectos de las normas internas. Todo ello lleva a la Corte de Luxemburgo a sostener la aplicación del foro de la pluralidad de demandados pese a que la normativa austriaca consideraba al *Bezirksgericht Bezau* incompetente para conocer de la pretensión ejercitada frente al codemandado domiciliado en Austria desde el momento mismo de su ejercicio. Ahora bien, el Tribunal de Justicia recuerda al órgano nacional un dato importante: las afirmaciones anteriores no deben hacer olvidar uno de los límites que pesan sobre este foro: la prohibición de que se utilice de forma artificial a través del ejercicio de pretensiones de mera conveniencia con el objetivo de atraer a codemandados sobre los que los jueces elegidos por el actor carecerían de competencia en el caso de ser emplazados por separado. En definitiva, la Sentencia *Reisch Montage* recuerda que el hecho de que la aplicación del artículo 6.1 no pueda quedar descartada mediante el juego de la normativa procesal austriaca no significa la automática aplicación del foro de la pluralidad de demandados. El órgano jurisdiccional, por el contrario, debería constatar con anterioridad el carácter «serio» de la pretensión ejercitada por el actor frente al codemandado domiciliado en Austria.

Como puede comprobarse, son dos los problemas clave que se plantean en el supuesto de hecho expuesto. De un lado, la relación entre el artículo 6.1 del R. 44/2001 y las reglas internas de cada Estado. De otro, la activación artificial de este foro y el modo en que debe detectarse tal circunstancia. No obstante, sobre este segundo problema no voy a centrarme ahora. Al margen de que la Sentencia *Reisch Montage* le dedica una escasa atención, el propio TJCE ya se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre él y mi opinión sobre sus decisiones ha quedado recogida en otros trabajos (vide «Intervención provocada, demandas entre aseguradores y competencia judicial internacional tras la Sentencia del TJCE de 26 de mayo de 2005, *Diario La Ley*, de 20 de septiembre de 2005, núm. 6330, pp. 6-10, y la nota a la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 19 de julio de 2004, AC, 2005, núm. 2583, *REDI*, 2006 1, pp. 434-441). Centrémonos, por tanto, en la primera de las cuestiones apuntadas, esto es, la relación entre el foro de la pluralidad de demandados y la normativa procesal de los ordenamientos nacionales.

2. *La relación entre el artículo 6.1 y las reglas procesales nacionales.*—En la resolución de cualquier litigio incluido en el ámbito de aplicación del R.44/2001 las normas del propio Reglamento se limitan a regular las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional (en adelante, CJI) y eventualmente la competencia territorial, mientras que por el contrario, la resolución de las cuestiones relativas a la tramitación del proceso se encomienda a los diferentes ordenamientos nacionales (sobre esta cuestión, vide la Sentencia de 7 de junio de 1984, dictada en el asunto 129/83, *Siegfried Zelger c. Sebastiano Salinitri*, *Recueil*, 1984, p. 2397 y en especial el considerando núm. 15 con relación al concepto de litispendencia; vide asimismo las Sentencias de 2 de julio de 1985, Asunto 148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank c. S.A. Brasseries du Pêcheur*, *Recueil*, 1985, p. 1981, y de 4 de febrero de 1988, Asunto 145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffmann c. Adelheid Krieg*, *Recopilación*, 1988, pp. 645 y ss, relativa a los requisitos de ejecución de una resolución extranjera.). La consecución de los objetivos del Reglamento 44/2001 exige que unas y otras se integren de forma armónica. No es posible lograr el establecimiento de un marco uniforme de garantías y derechos procesales sin una adecuada coordinación entre ambos bloques normativos.

Por lo que se refiere a los foros por conexidad, el modo en el que deben convivir las normas del R. 44/2001 y las prescripciones internas ha sido recordado por el TJCE a través de la Sentencia que dictó en el marco del asunto *Kongress Agentur Hagen* (Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1990, en el asunto C-365/88, *Kongress Agentur Hagen c. Zeehaghe BV*, *Recopilación*, 1990, p. 1860 y ss.), en contestación a una cuestión prejudicial relativa al foro de la intervención de terceros contenido en el artículo 6.2 pero que resulta perfectamente extrapolable al foro de la pluralidad de demandados. En dicha decisión el Tribunal recordó que los foros por conexidad no establecen reglas de acumulación de pretensiones y que requieren por

ello del juego complementario de los ordenamientos procesales nacionales. El Abogado General C. O. Lenz fue todavía más preciso en sus Conclusiones y señaló que a la normativa interna le corresponden «las disposiciones relativas a la forma y al plazo de la demanda así como las normas de fondo que precisan la medida en que debe constar la verosimilitud de los hechos que se alegan como fundamento de la relación de garantía» (*Recopilación* 1990 I, p. 1857). En términos muy similares se expresa el Informe Schlosser (p. 220), en relación con el artículo 6.2. Según este texto, el citado precepto «debe complementarse necesariamente con normas que determinen quiénes son las personas que pueden ser llamadas y a qué título y con qué fines pueden serlo».

Dicho con otras palabras, para la Corte de Luxemburgo la determinación de la CJI (o en su caso, la territorial) sólo constituye uno de los requisitos a los que queda sometida la aplicación de los foros por conexidad; el otro, *i.e.* el cauce procesal a través del cual se instrumentalizará la acumulación de las pretensiones, corresponde al ordenamiento nacional, lo que en definitiva supone que el órgano jurisdiccional no está obligado a aceptar la pluralidad de partes cuando considere que no se cumplen los requisitos establecidos por su ordenamiento interno.

Ahora bien, tal y como aclara la propia Sentencia *Kongress Agentur Hagen*, el órgano jurisdiccional ha de ser extremadamente cauto con la utilización de las normas nacionales para que de ella no se derive un menoscabo al efecto útil de las reglas de competencia judicial internacional. No es posible –salvo en aquellos casos en los que el propio Reglamento lo autorice de forma expresa– denegar la constitución de un proceso con pluralidad subjetiva invocando prescripciones de origen interno cuando la regulación interna afecte a materias cuya regulación corresponda en exclusiva al propio Reglamento (vide, con más detalle, HEREDIA CERVANTES, I., *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Granada, 2002, pp. 120-128), ya que en caso contrario se estaría poniendo en peligro la efectividad de todo el entramado competencial establecido por el Reglamento (de especial interés la Sentencia del TJCE en el asunto 288/82, *Duinjste c. Goderbauer*, *Recueil*, 1983, pp. 3663 y ss., y en concreto, el considerando 14).

Un claro ejemplo de normativa nacional que vulneraría este imperativo es, precisamente, la que se analizó en la mencionada Sentencia *Kongress Agentur Hagen*. La aplicación de un precepto del ordenamiento interno implicaba una modificación del ámbito territorial del foro de la intervención de terceros porque permitiría al juez nacional, amparándose en ella, impedir la centralización de las pretensiones cuando el tercero tuviera su domicilio en un Estado diferente al del foro, algo en absoluto previsto por el artículo 6.2. Otro ejemplo claro de normativa nacional que no podría invocarse para inaplicar los foros por conexidad se encuentra en las normas nacionales que establezcan la conexión entre las pretensiones que es considerada como suficiente para justificar su acumulación. Es el caso, por poner un ejemplo del ordenamiento español, del artículo 72.1 LEC. Y lo mismo sucede con las normas que someten la acumulación a requisitos adicionales basados en la naturaleza de las pretensiones, en su cuantía, etc., es decir, el caso, por volver una vez más a nuestro sistema procesal, de los artículos 73.1.1.º y 73.1.2.º LEC (vide *in extenso*, HEREDIA CERVANTES, I., *Proceso...*, *op. cit.*, pp. 283-288). Más aún, siempre que se verifiquen los requisitos de aplicación de los foros por conexidad establecidos en el propio Reglamento, el ordenamiento nacional de cada Estado está obligado a proporcionar las herramientas para que éstos puedan ser invocados ante sus tribunales. Sólo una autorización del propio Reglamento exoneraría a los Estados que carecen de mecanismos procesales de implementación de estos foros de la obligación de establecerlos. El ejemplo más evidente de esto último nos lo ofrece el foro de la intervención de terceros y la regulación especial contemplada en el artículo 65 para Alemania, Austria y Hungría, en virtud de la cual se autoriza a estos Estados a inaplicar el artículo 6.2 y a recurrir a su normativa interna sobre litisdenuciación.

En cambio, no parece que exista problema para que el juez recurra a sus propias normas procesales y rechace la participación en el proceso de una pluralidad de sujetos, cuando, *v.gr.*,

no se hubieran cumplido los plazos para incorporar al proceso a las nuevas partes, cuando el proceso se encuentre en apelación y su ordenamiento únicamente admita la incorporación de nuevos sujetos al proceso en primera instancia, o incluso cuando se enfrentara a un supuesto de pluralidad necesaria y no hubiera sido convocado al proceso alguno de los codemandados necesarios. Tales requisitos no inciden en absoluto en la configuración del foro por conexidad sino, únicamente, en su aplicación por los jueces nacionales.

Estos son los límites trazados por el propio TJCE, dentro de los cuales podrían actuar las normas nacionales. La pregunta, por tanto, es muy simple: denegar la aplicación del artículo 6.1 porque la normativa austriaca obliga a sus jueces a declararse incompetentes sobre el demandado domiciliado en Austria al existir un procedimiento de insolvencia abierto frente a él, ¿quedaría fuera de tales límites?

Para el Tribunal de Justicia la respuesta debe ser afirmativa. La aplicación del foro de la pluralidad de demandados ha de pasar por encima de este tipo de normas nacionales. En mi opinión, por el contrario, la respuesta no resulta tan evidente [también críticos, aunque con argumentos diferentes a los que voy a emplear, se muestran los trabajos publicados hasta el momento sobre esta decisión; vide *v.gr.*, PATAUT, E., *Rev.cr.dr.int.priv.* 2007, pp. 181-186, y ALTAHMMER, C., «Die Anforderungen an die *Ankerklage* am forum connexitatis (Art. 6 Nr. 1 EuGVVO)», *IPRax*, 2006, pp. 558-563] y debería quedar supeditada a un hecho muy concreto: que la regulación nacional ofreciera alguna vía alternativa que permitiera demandar conjuntamente a todos los codemandados. Dicho de otro modo, el R. 44/2001 no impone al Derecho nacional un cauce procesal concreto para instrumentalizar la aplicación del artículo 6.1 sino, simplemente, que brinde al actor un medio, sea el que sea, para lograr la tramitación conjunta de las pretensiones. En el caso de que el ordenamiento interno disponga de esta vía y el actor escogiera una alternativa procesal errónea, no creo que hubiera problema alguno en descartar la aplicación del artículo 6.1. Si el actor tiene a su alcance esta posibilidad, es decir, puede acumular las pretensiones dirigidas contra el sujeto sometido al procedimiento de insolvencia y otro codemandado y, en cambio, escoge un cauce erróneo, estaría justificado que el juez nacional se opusiera a la aplicación del artículo 6.1. No se trataría ya de que el juego de las reglas procesales nacionales impida el juego del foro de la pluralidad de demandados. Se trataría, simplemente, de un caso en el que el actor ha escogido una vía procesal errónea que no es admitida por el ordenamiento procesal interno. En cambio, creo que sucedería todo lo contrario cuando la regulación procesal interna no ofreciera esta alternativa. Una normativa nacional de esta naturaleza sí podría suponer la vulneración de las reglas del Reglamento 44/2001 al cerrar de forma absoluta la aplicación del artículo 6.1 pese a que se verificasen los requisitos por él exigidos.

3. *Las consecuencias sobre el ordenamiento español.*—Señalado lo anterior, creo que resulta de interés contrastar lo apuntado con nuestro ordenamiento y, más en concreto, con lo estipulado en el artículo 50 de la Ley Concursal. El mencionado precepto establece que sólo el juez del concurso puede conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, lo que supone que cualquier otro juez ante el cual pudieran plantearse tales acciones debería abstenerse de conocer. Ello obligaría al actor a ejercitar su pretensión de forma imperativa ante el juez del concurso, quien la resolverá a través del trámite del incidente concursal (arts. 192-196 LC).

No creo que sea ahora el momento de debatir sobre las, a mi juicio pertinentes, críticas a la tramitación de estas pretensiones mediante la vía del incidente o sobre la atribución de competencia al juez del concurso. Lo que me interesa ahora destacar es que, a pesar de que el tenor literal del precepto no señale nada al respecto, parece extendida en nuestro ordenamiento —no sin objeciones— la idea de que el juez del concurso no podría conocer de la eventual acción dirigida frente a un codemandado del deudor concursal con el argumento de que la competencia de aquél se limita únicamente a las pretensiones ejercitadas contra el concursado [vide

MARÍN LÓPEZ, J., en BERCOVITZ, R. (Coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, vol. 1, pp. 461-462]. Es cierto que podría realizarse una interpretación diferente desde el momento en que, pese a que al incidente se le atribuye el apelativo de «concurzal», nos encontramos ante una vía procesal que da cobertura a demandas civiles «ordinarias» y que, por tanto, en estos casos el juez no actuaría como «juez del concurso». Es más, algún autor parece aceptar la participación en el incidente de codemandados hasta entonces ajenos al procedimiento de insolvencia (vide HERRERO PEREZAGUA, J. F., en BERCOVITZ, R., *Comentarios ...*, *op. cit.*, Vol. 2, p. 1947). Ahora bien, de dar por buena la solución expuesta, la consecuencia sería clara: en el caso de que se planteara ante nuestros tribunales un supuesto idéntico al que dio origen a la STJCE *Reisch Montage*, el ordenamiento español cerraría de forma absoluta el recurso al artículo 6.1 dado que la pretensión frente al garante debería resolverse por separado ante el juez «ordinario» correspondiente y no en el marco del incidente tramitado ante el juez del concurso.

En mi opinión, una solución de esta naturaleza, al margen de provocar serias distorsiones en nuestro ordenamiento –piénsese, *v.gr.*, en los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario–, atentaría claramente contra el efecto útil del Reglamento y debería ser descartada. El Reglamento 44/2001 impondría por tanto, y ello con independencia de lo que realmente estipulara el Derecho interno español, la tramitación conjunta de ambas pretensiones y, dado que la atribución de competencia a los jueces del concurso sobre las demandas dirigidas frente al concursado resulta imperativa a la luz del artículo 8 LC, éstas deberían tramitarse necesariamente ante aquéllos. Por supuesto no creo que sea ésta la solución ideal. Si ya resulta discutible la tramitación ante el juez del concurso de una sola pretensión mediante la vía del incidente concursal sabiendo que, de no existir el procedimiento de insolvencia, deberían resolverse mediante procedimientos en teoría más garantistas, más discutible resulta todavía que se acuda al trámite del incidente para resolver conjuntamente una pluralidad de pretensiones. Ahora bien, y esto debe quedar claro, éste no sería un problema del R.44/2001 sino del propio ordenamiento español y de la elección del incidente concursal como mecanismo para resolver tales pretensiones. La Sentencia *Reisch Montage* quizás constituya una buena oportunidad para empezar a cambiar las cosas.

Iván HEREDIA CERVANTES

2007-3-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–Contrato de fletamento.–El depósito judicial de las mercancías no equivale a la sumisión tácita.–Ejecución de los servicios derivados del contrato en España.–Competencia de los tribunales españoles.

Preceptos aplicados: Artículos 5.1.b), segundo guión, y 24 del Reglamento (CE) número 44/2001.

[...] *Tercero. Declinatoria de jurisdicción por falta de competencia judicial internacional. Por lo que se refiere a la supuesta falta de competencia judicial internacional, la demandada argumenta que, a falta de una cláusula atributiva de la competencia o sumisión expresa, y no encontrándonos ante un supuesto de competencia exclusiva, el artículo 2 del Reglamento (CE) 44/01, de 22 de diciembre de 2000, atribuye la competencia a los tribunales del Estado del domicilio del demandado, que en el presente caso es Francia, por lo que los tribunales españoles carecen de competencia para conocer del pleito, sin que el hecho de haber promovido un expediente de jurisdicción voluntaria de depósito judicial de efectos transportados pueda interpretarse como una sumisión tácita a los tribunales españoles, ni sea tampoco de*

aplicación el fuero alternativo del lugar de cumplimiento de la obligación establecido en el artículo 5 del Reglamento, puesto que, primero, dicho precepto no ha sido citado por la demandante ni invocado como fundamento de la competencia de los tribunales españoles, y, segundo, en todo caso, la discusión no versa sobre la entrega de la mercancía transportada, sino sobre el pago del precio, en relación al cual fletante y fletador pactaron en la póliza de fletamento que abonaría mediante ingreso en la cuenta corriente bancaria designada por el fletante en Francia.

[...]

En el caso enjuiciado, no se trata de un supuesto de competencia exclusiva, ni de un contrato de seguro ni celebrado por los consumidores; tampoco existe ninguna cláusula de sumisión expresa a favor de tribunales extranjeros; en consecuencia, el debate se reconduce a dilucidar si concurre alguno de los últimos foros, es decir, si cabe hablar de sumisión tácita a favor de los tribunales españoles o, en todo caso, dichos tribunales son competentes en aplicación de las reglas de los artículos 2, 5, 6 y 7 del Reglamento.

La demandante sostiene que la actuación de la hoy demandada, al promover un expediente de jurisdicción voluntaria de depósito judicial de efectos ante el Juzgado de lo Mercantil, supone una sumisión tácita a la jurisdicción española.

Sin perjuicio de reconocer la complejidad de la cuestión, la Sala no comparte esta solución por los siguientes motivos. En primer lugar, el artículo 24 del Reglamento atribuye la competencia al tribunal ante el que compareciere el demandado, salvo que dicha comparecencia tuviera por objeto impugnar la competencia o existiera otra jurisdicción exclusivamente competente. Con más claridad, el 56 LECiv dispone que se entenderán sometidos tácitamente el demandante, por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción, y el demandado, por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la incoación de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria. De estos preceptos se infiere que la sumisión tácita deriva de la presentación de una demanda en la que se impetra una decisión jurisdiccional o de la comparecencia en un procedimiento contencioso ya iniciado, esto es, supone el ejercicio de una acción, un proceso y la intervención de un órgano judicial en el desempeño de su función jurisdiccional. Sin embargo, estos requisitos no aparecen cuando de actos de jurisdicción voluntaria se trata. Con carácter general, como recoge la doctrina y refrenda la jurisprudencia, los actos de jurisdicción voluntaria no entrañan propiamente el ejercicio de jurisdicción, ni suponen la existencia de una demanda o pretensión ni conllevan el ejercicio de una acción, o, en palabras del artículo 1811 LECiv/1881, son actos en los que es «necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas», lo que viene a corroborar el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, actualmente en trámite y cuyo artículo 1.2 proclama que «se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en los que se solicita la intervención de un Juez, Secretario judicial, Notario, Registrador u otro funcionario designado para la administración o tutela de cuestiones de derecho civil y mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados», añadiendo el artículo 13.2 del mismo Proyecto, al regular la competencia objetiva para conocer de los expedientes de jurisdicción voluntaria, que «corresponderá la administración de los expedientes de jurisdicción voluntaria regulados en la presente Ley en materia de derechos reales, obligaciones, sucesiones y en materia mercantil y de derecho marítimo, a los Secretarios judiciales que asuman su administración en el ámbito territorial correspondiente, sin perjuicio de su administración por Notarios, Registradores u otro funcionario en los casos en que la Ley expresamente lo prevea» (obsérvese que se habla de administración, no de jurisdicción). En otras palabras, si lo que se busca es una decisión inmediata y provisional, carente de fuerza de cosa juzgada, en un asunto en el que, por esencia, no existe contraposición de intereses ni se ejerce la jurisdicción (como se colige del hecho de que la competencia para su tramitación y decisión se atribuya a un Secretario judicial o, incluso, a un Notario), cabe fundadamente con-

cluir que la presentación de la solicitud de incoación del expediente en absoluto puede interpretarse como una sumisión tácita ni atraer la competencia porque ni se ejercita una acción ni el órgano que la conoce ejerce función jurisdiccional alguna. En segundo lugar, centrándonos en el expediente de jurisdicción voluntaria de depósito judicial de efectos transportados, la presentación de la solicitud ante el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra venía impuesta por el artículo 2161 LECiv/1881, que atribuye imperativamente la competencia al Juzgado del lugar donde se produce la descarga y el depósito, sin que quepa sumisión tácita alguna. Conclusión que se refuerza a la vista del artículo 14.1 del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que prohíbe en esta materia la sumisión expresa o tácita, y más concretamente, cuando se trata expedientes de depósito de mercancías o equipajes, el artículo 14.2, regla 16.^a, se previene que «en los expedientes que versen sobre derecho marítimo, será competente el Juzgado de lo Mercantil del puerto de arribada o destino. No obstante, en el expediente relativo al depósito y venta de mercancías y equipajes, será competente el Juzgado del lugar donde termine el transporte». En consecuencia, si estamos ante fueros imperativos o exclusivos, las actuaciones no pueden entrañar una sumisión tácita que atraiga la competencia para conocer del pleito posterior:

[...]

Nos encontramos, pues, ante actuaciones autónomas, en el sentido de que no vinculan la competencia para conocer del posterior pleito principal. Siguiendo el orden anteriormente apuntado, si no es posible hablar de sumisión tácita, habrá que analizar si concurre el fuero general del artículo 2 del Reglamento (domicilio del demandado) o alguno de los fueros alternativos (arts. 5 a 7). En la medida que la sociedad demandada tiene su domicilio social en Francia, es obvio que la regla general deviene inaplicable, lo que obliga a analizar los foros alternativos, en particular, los previstos en el artículo 5 en relación con la materia litigiosa (los foros de los arts. 6 y 7 obedecen a razones procesales, ajenas al supuesto enjuiciado). El artículo 5 del Reglamento establece que las personas domiciliadas en un Estado miembro «podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 1) a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda»; b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será [...] cuando se tratase de una prestación de servicios, el lugar del estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios».

La demandada afirma que este precepto no es aplicable porque no fue invocado por la demandante en su demanda, ni, en todo caso, el lugar de cumplimiento del contrato es España, puesto que, versando el litigio sobre el pago del flete, las partes en el contrato de fletamento pactaron que el abono se realizaría en la cuenta bancaria designada por la demandada en Francia. El argumento no se comparte. Por una parte, la circunstancia de que el precepto fuera o no citado por la demandante en su escrito de demanda carece de relevancia porque los Juzgados y Tribunales deben revisar de oficio su propia jurisdicción con arreglo a los artículos 21 y ss. LOPJ (arts. 36 y 38 LECiv), y, en el marco de un proceso comunitario, conforme al Reglamento 44/01, de 22 de diciembre; ello al margen de que el principio iura novit curia permite al tribunal aplicar la norma o razonamiento jurídico que considere pertinente al caso, siempre que no altere la causa de pedir (art. 218 LECiv).

De otro lado, nos hallamos ante un contrato de fletamento, y, por ende, de prestación de servicios, que, a falta de pacto en contrario, debe cumplirse en el lugar «en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios», a saber, según la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque, el puerto de Vigo. Alega la demandada que lo que se discute no es el transporte y entrega de la mercancía, sino el pago del precio, con relación al cual las partes fijaron como lugar de cumplimiento, por designación de la cuenta bancaria en la que debía pagarse el flete, el Estado del domicilio de la demandada (Francia). Esta afirmación tropieza con un obstáculo insalvable: la lectura de la demanda pone de relieve que el núcleo del debate radica en determinar si hubo o no demora en las operaciones de carga y, en

caso afirmativo, si dicha demora es imputable al fletante o al fletador; dicho de otra manera, el litigio versa sobre el cumplimiento por el fletante y el fletador de las obligaciones respectivamente asumidas en el contrato de fletamento, por lo que la aplicación del artículo 5.1 b) del Reglamento no suscita dudas. Ello al margen de que en la póliza de fletamento se indica simplemente que el pago se realizará en la cuenta bancaria que designe el fletante, mas nada se expresa sobre dicha cuenta, que debió especificarse a posteriori sin que conste nada sobre este extremo en las actuaciones (la demandada alude a un documento que, según alega, obra incorporado en el expediente de jurisdicción voluntaria, pero ni figura aportado como prueba en el procedimiento que nos ocupa, ni de la descripción que se hace del mismo se desprende la eficacia suasoria que se pretende deducir).

De lo expuesto resulta que los tribunales españoles son competentes para conocer de la demanda planteada, lo que comporta el rechazo de la declinatoria suscitada por la demandada.

[Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 676/2006 (Sección 1.ª) de 21 de diciembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer.]

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2007/156.

Nota: 1. La Sentencia argumenta y documenta su fallo con un manejo destacable del Derecho internacional privado, que incluye el recurso a proyectos de ley y a jurisprudencia comparada. Bien es verdad que en ocasiones cae en una excesiva erudición no exenta de riesgos, pues valerse de proyectos de ley para «aclarar» una determinada cuestión puede confundir al justiciable, merecedor de una respuesta sobre la base del Derecho en vigor y, como mínimo, de una explicación de que otros documentos se citan porque recogen una tendencia ya presente en la legislación actual. A partir de aquí, conviene analizar cada una de las cuestiones jurídicas que creo que se expondrán mejor de acuerdo con un relato de los hechos.

2. *Por contrato de fletamento de 12 de noviembre de 2004, el buque carga la mercancía en Namibe (Angola), la transporta y descarga en Vigo (España), donde se solicita su depósito judicial el 5 de enero de 2005:* el contrato de fletamento establece una cláusula relativa a la «Ley y Jurisdicción» y, sin embargo, según consta en la Sentencia, sólo se refiere a la elección de la Ley británica, sin aludir, parece, a ningún tribunal. De ahí que la Audiencia señale que no se observa sumisión expresa a ningún tribunal, aunque no hubiera estado de más una mayor atención a tan curiosa cláusula en la que el título parece no corresponderse con el contenido. En efecto, la sumisión expresa precisa de actos expresos inequívocos que desde luego no se dan en el caso, pues la mejor expresión de la voluntad de las partes es la propia letra del contrato y, en este sentido, el título de una cláusula no es determinante de su contenido.

Efectuado el transporte, el consignatario no acepta las mercancías y se niega a su recepción, motivo por el cual se solicita su depósito judicial. En la Sentencia no se discute ni la competencia ni la Ley aplicable al depósito judicial, lo que de por sí permite soslayar la naturaleza ciertamente compleja de este depósito. Así, no han faltado opiniones relativas a que se trata de una suerte de derecho real (el depositante tiene un privilegio de venta de las mercancías que facilita el cobro de su crédito, cuya oponibilidad frente a terceros es muy discutida), aunque tampoco puede negarse su paralelismo con una modalidad de ejecución contractual (el depósito es una especie de «cumplimiento» del contrato cuando el consignatario se niega a recibir el cargamento); a ello se une que es una medida dictada por una autoridad, configurada como un acto de jurisdicción voluntaria. La Audiencia Provincial, lejos de estas disquisiciones, simplemente recuerda que el Juzgado de Vigo es competente para adoptar esta medida como lugar donde se descargan las mercancías (art. 2161.11.º LEC de 1881). Se trata de una solución práctica y operativa —dónde mejor que en el Estado de destino se van a depositar las mercancías—, pero que no plantea otras interpretaciones. Por ejemplo, sin perjuicio de instrumentos específicos en Derecho marítimo internacional, cabría plantearse la hipotética aplicación del

Reglamento 44/2001, que, al ocuparse del reconocimiento de acto de jurisdicción voluntaria, podría referirse también a la competencia (aunque algunos de sus foros no se compadezcan con el carácter no litigioso de estos expedientes). Ello obligaría a retomar la cuestión acerca de la naturaleza del depósito y, en concreto, debería determinarse si estamos ante una modalidad de ejecución contractual o ante un privilegio real, sin olvidar las dificultades, en su caso, derivadas del *forum rei sitae*: si se considera una garantía real no existe foro especial en el ámbito comunitario, salvo que se recondujera a la tipología de la medida cautelar. No obstante, esta última posibilidad es igualmente dudosa porque es difícil calificar este acto como una medida cautelar, porque, aunque no prejuzga el fondo, no se basa en razones de urgencia ni en un elemento de accesoriedad en sentido estricto. En definitiva, toda la complejidad de la calificación del depósito hace que sean bien recibidas previsiones como las de las «Reglas de Hamburgo», que, aunque no eran aplicables, disponen que pueden entregarse las mercancías a la autoridad prevista por las leyes del puerto de descarga [art. 4.2.iii)].

3. *Acordado el depósito judicial, se presenta una demanda el 4 de julio de 2005 ante el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra: Atlántida Granitos y Mármoles* presenta una demanda en la que se solicita que se declare la inexistencia de demoras atribuibles al viaje y transporte y, subsidiariamente, en caso de que se concluya la existencia de demoras, que se exonere de responsabilidad a la demandante y se declare único causante a la entidad armadora y promotora del depósito judicial. El demandante en su escrito no alega correctamente el foro contractual (art. 5 del Reglamento 44/2001), único que, según la Audiencia, haría competente al Juzgado español, porque ni existe sumisión expresa o tácita ni el domicilio del demandado se encuentra en España. La Audiencia entiende, a mi juicio con razón, que no cabe eludir la competencia por una mala fundamentación de la demanda; recuerda, en consecuencia, el carácter imperativo de las reglas del Reglamento 44/2001. Para ello, se refiere al deber de abstención de oficio previsto en el Reglamento en un argumento que, si no está desarrollado, muestra una buena intuición. No en vano, en el artículo 26 del Reglamento 44/2001 están presentes dos manifestaciones del control de oficio de la competencia: la negativa y expresamente regulada sobre el deber de abstención cuando el juez no tiene competencia; y la positiva o implícita, según la cual el juez debe declarar competente a pesar de una incorrecta invocación del demandante como es el caso. En atención a ésta, ni siquiera es necesario recurrir a principios de la legislación procesal estatal (art. 218 de la LEC de 2000), porque ello se deriva de la propia naturaleza y alcance del Reglamento.

Correcta o incorrecta la alegación del demandante, el Juzgado español es competente porque es el lugar en el que se debe cumplir la obligación que sirve de base a la demanda y presume que ello ocurre allí donde no se han prestado adecuadamente los servicios. La Audiencia realiza una interpretación funcional del precepto, aplicando la previsión relativa a los «servicios» [art. 5.1.b), segundo guión] con independencia de que en la dogmática jurídica el contrato pueda tener otra consideración (vide sobre una posible interpretación amplia de este precepto, FONT I SEGURA, A., «La competencia de los Tribunales españoles en materia de contratos internacionales», *RJC*, 2006, pp. 79 y ss., esp. p. 108). De estar a otra calificación, el foro en materia de contratos obligaría a determinar cuál es la obligación que sirve de base a la demanda y la cuestión es relevante porque mientras que la demandada alega que lo que se discute es el pago y que éste debía hacerse en una sucursal bancaria francesa, la Audiencia entiende que la verdadera discusión radica en determinar si hubo o no demora en las operaciones de descarga y a quién sería imputable. A partir de aquí, el lugar de ejecución de la desestiba y descarga es el puerto de Vigo donde se tenían que entregar las mercancías (vide, en el ámbito del Derecho aplicable, sobre las distintas prestaciones en el contrato de fletamento, RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Los contratos internacionales de fletamento y transporte marítimo*, Eurolex, Madrid, 1999, pp. 74 y ss.). La solución es relativamente sencilla pero otros supuestos similares al analizado en los que se cuestionen varios servicios prestados en distintos Estados pueden resultar más

complejos (por ejemplo, defectos en la carga, en el transporte y en la descarga). El Tribunal de Justicia sólo se ha pronunciado con relación a los contratos de compraventa de mercancías a entregar en varios lugares de un mismo Estado miembro, supuesto en el que se ha basado en el lugar de entrega principal, la más importante económicamente (vide su Sentencia de 3 de mayo de 2007, Asunto C-386/05, *Color Drack c. Lexx International*, en esta misma Revista). Es dudoso si extenderá esta interpretación a las prestaciones de servicios, máxime cuando se realicen en distintos Estados, o si optará por una pluralidad de tribunales competentes sólo para el servicio que se presta en cada Estado.

4. *Admitida la demanda, el demandado comparece y presenta declinatoria*: a pesar de ello, el demandante alega sumisión tácita del demandado, pues había solicitado el depósito judicial del cargamento a los tribunales españoles (véase el número 3), con lo que supuestamente habría mostrado su conformidad con que el litigio se planteara en España. Al respecto, la Audiencia entiende con razón que el Juzgado sí es competente en virtud del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001, pero que no es posible sostener la existencia de una sumisión tácita: la demandada en el caso promovió un expediente de jurisdicción voluntaria sobre el depósito judicial, que, ni por su objeto, naturaleza y fin, puede considerarse un acto inequívoco de acatamiento de la competencia del juez español. El demandado muestra su sumisión por la actuación precisamente en calidad de tal, es decir, con posterioridad a recibir el escrito de demanda; de ahí que un acto procesal anterior no se pueda equiparar a una sumisión tácita (vide, en similar sentido, aunque en alusión a una medida cautelar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2006, *RCEA*, 2006, en prensa). Además, si en los actos de jurisdicción voluntaria no existe una demanda, ni un proceso ni litigantes (art. 1811 LEC de 1881), es que no cabe sumisión. A título ilustrativo, la Audiencia cita el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y repara en la preferencia del término «administración» frente al de «jurisdicción». También hace referencia al carácter revisable de este tipo de actos, carentes de efecto de cosa juzgada. Este impecable análisis del juzgador es suficiente para demostrar que una solicitud de depósito judicial no es ni más ni menos que la activación de la jurisdicción voluntaria, pero no muestra ninguna voluntad de someterse a los tribunales españoles. El argumento es todavía más interesante cuando se pone en relación la competencia para el depósito judicial (abstracción hecha de que el juez no se ha planteado más posibilidades que la de aplicación de la LEC de 1881) y para el litigio principal. Si el criterio de competencia para el depósito juega de forma exclusiva, es que el solicitante sólo puede pedir el depósito ante ese tribunal. Esa «obligación» no puede convertirse en sumisión para el litigio principal porque estaría negando su razón: la libre voluntad de las partes.

No obstante, la Audiencia también incurre en ciertas sombras que deslucen un tanto su proceder. Por una parte, se vale de un análisis de la sumisión tácita basado en el Derecho estatal, lo que no se corresponde con la interpretación uniforme del Reglamento 44/2001 y el efecto útil de esta norma. Como es sabido, este recurso puede resultar un tanto peligroso y en el pasado ha ocasionado distorsiones por la distinta concepción de la sumisión tácita del sistema estatal y comunitario. Por otra parte, el que el Tribunal se pronuncie sobre la sumisión no deja de ser un *obiter dictum*, pues la sumisión tácita debe analizarse cuando la competencia no pueda fundarse en otras disposiciones del Reglamento. Ciertamente juega con carácter preferente al foro general del domicilio del demandado y los especiales por razón de la materia, pero sólo procede su análisis cuando éstos no otorguen competencia. El matiz, que puede parecer excesivamente teórico porque en el fondo el resultado siempre será la competencia del tribunal, puede llegar a tener su relevancia práctica (aunque no en este caso). En efecto, si la competencia se basa en el domicilio del demandado (art. 2), la competencia interna quedará regida por cada sistema procesal, mientras que si se recurre a la sumisión tácita (art. 24), el propio Reglamento incorpora un foro de competencia territorial.

2007-4-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL TRIBUNALES ESPAÑOLES.—Transporte marítimo de mercancías.—Cláusula de sumisión a favor de tribunales extranjeros contenida en un conocimiento de embarque.—Convenio de Bruselas de 1968: artículo 17.—Validez de la cláusula.—Impugnación de la competencia al mismo tiempo que contesta la demanda.—Inexistencia de sumisión tácita: artículo 18.

Preceptos aplicados: Artículos 17 y 18 Convenio de Bruselas de 1968; artículo 533.1 LEC de 1881; artículo 39 LEC.

Segundo. [...]

Ante todo debe retenerse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario ha efectuado una interpretación del artículo 18 del referido Convenio de Bruselas conforme a un criterio flexible, por ser más ajustado a las finalidades y objetivos del instrumento internacional, y, por cuya virtud, dicha disposición «no es aplicable cuando el demandado contesta no solo la competencia sino que además concluye sobre el fondo del litigio, a condición de que la contestación de la competencia, si ella no es previa a toda defensa de fondo, no se sitúe después del momento de la toma de posición considerada, por el derecho procesal nacional, como la primera defensa dirigida al juez sometido» (STJCE de 24 de junio de 1981, asunto 150/80). Dice la Sentencia de 22 de octubre de 1981 –Asunto 27/81, Etablissements Rorh Societé Anonyme c. Dina Ossberger– que: «el artículo 18 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 debe interpretarse en el sentido de que permite al demandado no solo oponerse a la competencia, sino también formular al mismo tiempo, con carácter subsidiario, motivos de oposición sobre el fondo, sin perder por ello el derecho a proponer la excepción de incompetencia». En los mismos términos se expresa la Sentencia de 31 de marzo de 1982 –Asunto 25/81, CHW c. GJH–, y la Sentencia de 14 de julio de 1983 –Asunto 201/82, Gerlin Konzern Kreditversicherung-AG y otros c. Amministrazione del Tesoro dello Stato–.

[...]

La cláusula contenida en el anverso del conocimiento de embarque contiene una regla convencional de competencia legislativa y jurisdiccional –y competencial– en los siguientes términos: «Ley y Jurisdicción: cualquier reclamación o disputa contra el transportista que surja del presente conocimiento de embarque, incluidas las acciones o procedimientos iniciados por terceros, o aquellos en los que se involucran varios demandados, se regirán, salvo que se establezca lo contrario en el presente, por la Ley y determinada por los Tribunales del lugar donde el transportista tenga registrada su sede, la cual será Madrid para MAC, el Tribunal de Comercio de Nanterre para Navale Delmas Afrique y el Tribunal inferior de Koper para Splonnsa Plovna».

La cláusula atributiva de la competencia así redactada, incluida de forma bien visible en un conocimiento de embarque, suscrito por el cargador y el transportista, y redactada de forma clara y precisa, es reveladora del consentimiento prestado por las partes sobre tal particular, en la línea exigida por la jurisprudencia comunitaria –SSTJCE de 14 de diciembre de 1976, Asunto 24/77, Colzani c. Rüwa, y de 24 de junio de 1981, Asunto 150/80, Elefanten Schuh GmbH c. Jacquemain– resultando irrelevante a estos efectos que se incluya en un documento negocial respecto del cual las partes prestan su consentimiento de forma general para todas sus cláusulas –STJCE de 19 de junio de 1984, Asunto 71/83, Russ. c. Nova–, y que presente la forma de condicionado general –STJCE de 14 de diciembre de 1976, Asunto 24/76, Colzani c. Rüwa–, así como que la competencia se fije en favor de los tribunales de diversos Estados –STJCE de 9 de noviembre de 1978, Asunto 23/78, Meeth c. Glacetal–, y que tenga o no una vinculación objetiva con el litigio –STJCE de 17 de enero de 1980, Asunto 56/79, Zel-

ger c. Salinitri–, no existiendo aquí una parte que pueda considerarse más débil que la otra, a los efectos de la determinación del fuero competente. Por otra parte, la cláusula atributiva de competencia debe considerarse extendida subjetivamente a la entidad aseguradora demandante, que se ve vinculada por ella, en la medida en que se ha subrogado en la posición jurídica del cargador asegurado, en aplicación de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 19 de junio de 1984 –Asunto 71/83, Russ, c. Nova–; del mismo modo que alcanza al consignatario codemandado, respecto del cual se ejercitan las pretensiones deducidas en la demanda en su condición de representante del porteador en el puerto, identificado subjetivamente con el naviero por la parte actora.

La cláusula de atribución de competencia ha de reputarse, pues, válida y eficaz para producir el efecto derogatorio de la competencia de los tribunales españoles –que derivaría de la aplicación de los artículos 5.1 y 6 bis del Convenio de Bruselas de 1968– y para prorrogar la competencia en favor de los tribunales de Nanterre. [...]

[Sentencia del Tribunal Supremo núm. 116/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 8 de febrero de 2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ 2007, núm. 558.

Nota: 1. Una vez más hay que recordar que la justicia lenta no es justicia. Y empiezo así mi comentario porque lo primero que llama la atención de la resolución objeto de este comentario es que en febrero de 2007 pone fin a un litigio que se inició en 1994. Trece años (!!!) para acabar concluyendo, para mayor inri, que los tribunales españoles carecían de jurisdicción para conocer del litigio. Si esto es justicia, que baje Dios y lo vea.

Estamos ante un caso típico de reclamación ante los tribunales españoles efectuada por la compañía aseguradora contra el consignatario y el transportista por daños ocasionados en la mercancía con motivo de un contrato de transporte, en el que se contenía una cláusula de sumisión a los órganos jurisdiccionales franceses. Mientras el Tribunal de Primera Instancia consideró válida la *derogatio fori* de los tribunales españoles, declarando la falta de competencia internacional, la Audiencia Provincial estimó su existencia, basada en la sumisión tácita a nuestros tribunales. Ello tendría su origen en la deficiente actuación de las partes demandadas, quienes no habrían hecho uso de la correspondiente declinatoria internacional antes de proceder a contestar la demanda. Es preciso aclarar que, por obvias razones de temporalidad, el litigio se rigió por la LEC de 1881, en la que el tratamiento procesal de la falta de competencia internacional recibía un tratamiento muy confuso, que no hacía sino generar problemas de seguridad jurídica. Así, las partes no sabían con certeza qué vía utilizar, si plantearlo al contestar la demanda como una excepción dilatoria del artículo 533.1, o hacerlo como una declinatoria sustanciada como un incidente. A esta confusión coadyuvaba la división de la jurisprudencia, que, según las circunstancias, venía admitiendo ambas vías.

2. En la sentencia del TS, que, vaya por adelantado, me parece técnicamente correcta, se plantean diversas cuestiones interesantes de las que seguidamente paso a dar cuenta. La norma procesal aplicada fue el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; en concreto, sus artículos 17 y 18. De entrada, el TS realiza una interesante precisión a la resolución de la AP, recordando que este texto convencional no se aplica en atención a la nacionalidad de las partes, según afirmaba la Audiencia, sino al *domicilio* de las partes en un Estado contratante (FD segundo, párrafo 5.º).

De conformidad con el artículo 17 del C. Bruselas, la cláusula de sumisión contenida en el anverso del conocimiento de embarque era perfectamente válida. Al respecto, el TJCE ha declarado con carácter general que un acuerdo atributivo de jurisdicción contenido en el reverso de un contrato bajo la forma de condición general prefijada por una de las partes no se adecua a las exigencias del artículo 17 del C. Bruselas (art. 17 del Convenio de Lugano

de 1988, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, art. 23 del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), puesto que éstas intentan asegurar que la otra parte ha prestado su efectivo consentimiento al acuerdo. Ahora bien, dichas condiciones se entenderían cumplidas siempre que en el contrato firmado por ambas partes se contenga una remisión expresa a las condiciones generales [así, sentencia de 14 de diciembre de 1976, Asunto 24/76 (*Estasis Salotti/Rüwa*), *Recueil*, 1976, pp. 1831 y ss., ap. 10; sentencia de 16 de marzo de 1999, Asunto C-159/97 (*Castelletti/Trumpy*), *Recopilación*, 1999, pp. 1597 y ss., ap. 13]. En relación con el supuesto concreto del *conocimiento de embarque*, en cuyo reverso se contiene una cláusula de sumisión, el tribunal comunitario tiene dicho que, si el conocimiento se halla firmado sólo por el transportista, es necesario que el cargador también haya manifestado por escrito su consentimiento al clausulado en el que figura dicho acuerdo, pudiéndolo hacer en el propio documento o en un escrito aparte. De aquí que la sola inclusión entre las condiciones generales del conocimiento de embarque de una cláusula de tal naturaleza no cumple los requisitos de forma escrita exigidos en los mencionados preceptos del C. Bruselas, del C. Lugano y del Reglamento 44/2001, puesto que no se garantiza que la otra parte (el cargador) haya prestado efectivamente su consentimiento a un convenio atributivo de jurisdicción que inaplica el resto de foros contenidos en las citadas normas [véase sentencia de 19 de junio de 1984, Asunto 71/83 (*Tilly Russ/Nova*), *Recueil*, 1984, pp. 2417 y ss., ap. 16].

Basándose en la jurisprudencia del Tribunal comunitario, el TS considera que la cláusula analizada en el litigio, contenida en el anverso del conocimiento de embarque, es visible, clara y precisa, revelando que las partes prestaron su efectivo consentimiento. Además, considera irrelevante para su conclusión que el acuerdo se contenga físicamente en un documento negociado al que las partes prestan su consentimiento de forma general, adoptando la forma de condiciones generales, que las partes designen varios tribunales competentes en función de quien sea el transportista, así como que los órganos jurisdiccionales carezcan de vinculación efectiva con el litigio (véase el párrafo penúltimo del FD segundo).

3. Conectado con la idea de que las partes no han negociado el clausulado del conocimiento de embarque, el TS se refiere muy de pasada a la inexistencia de una *parte jurídicamente débil*. Es cierto que en ocasiones el acuerdo de sumisión puede ser impuesto por la parte contractual fuerte, mediante su inserción en las cláusulas generales, que obliga a aceptar si se desea contratar. En estos casos, la normativa de protección de consumidores establece los mecanismos pertinentes para dejar sin efecto dichas cláusulas. Ahora bien, y aun cuando parezca una perogrullada, la aplicación de las normas de protección exige la existencia de una parte débil; básicamente, un consumidor. De este modo, la reciente jurisprudencia española mayoritaria viene denegando esta protección, considerando en principio válidas las cláusulas de prorrogación o de derogación de la competencia de los tribunales españoles, siempre que estemos ante partes con la posibilidad de contratar en condiciones de igualdad [en este sentido, Sentencia AP de Santander de 9 de junio de 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/116, con Nota de J.J. Álvarez Rubio), Sentencia AP de Madrid de 10 de julio de 2000 (*AC*, 2000, núm. 4363; *REDI*, 2001-1 y 2, núm. 2001-3-Pr, con Nota de R. Arenas; *AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/158, con Nota de N. Bouza), auto AP de Cádiz de 3 de octubre de 2000 (*JUR*, 2001, núm. 20247), Sentencia AP de Cádiz de 28 de mayo de 2001 (*AEDIPr.*, 2003, núm. 2003/93, con Nota de K. Fach), Auto AP de Cádiz de 10 de septiembre de 2001 (*JUR*, 2001, núm. 313581; *AEDIPr.*, 2003, núm. 2003/94, con Nota de K. Fach), Auto AP de Lugo de 16 de enero de 2004 (*JUR*, 2004, núm. 69369; *REDI*, 2005-1, núm. 2005-2-Pr, con Nota de R. Arenas); en contra, aplicando los criterios de la normativa sobre protección de consumidores, a pesar de reconocer explícitamente que la parte no podía ser considerada consumidor, Auto AP de Tarragona de 10 de

junio de 2004 (*JUR*, 2004, núm. 204232; *REDI*, 2004-2, núm. 2004-27-Pr, con Nota de M. Herranz; *AEDIPr*, 2005, núm. 2005/54)].

4. Se da por supuesta en la resolución del TS la *extensión a terceros de la cláusula atributiva de competencia* contenida en el conocimiento de embarque, por lo que la considera igualmente aplicable a la demandante aseguradora, aun cuando se trata de un tercero ajeno al contrato de transporte. Con carácter general, los efectos de los acuerdos de competencia válidamente celebrados se extienden solamente a las partes, creando entre quienes lo han suscrito una competencia exclusiva de los tribunales designados. Ahora bien, en ocasiones los terceros también pueden verse afectados por el convenio de sumisión. Este es el caso del transporte marítimo de mercancías, en el que cabe preguntarse en qué condiciones un tercero tenedor del conocimiento de embarque queda vinculado por el acuerdo atributivo de jurisdicción válidamente concluido entre las partes del contrato (transportista y cargador). Para el TJCE, el tercero tenedor queda obligado por la cláusula atributiva de jurisdicción siempre que concurren dos condiciones. Primera, que la cláusula sea considerada válida, conforme a los requisitos del artículo 17 C. Bruselas (art. 17 C. Lugano, art. 23 Reglamento 44/2001), en las relaciones entre las partes contratantes. Y segundo, que el tercero, al serle entregado el conocimiento de embarque, sea considerado por el «Derecho nacional aplicable» como persona que se subroga al cargador en todos sus derechos y obligaciones, de manera que, con la recepción del conocimiento de embarque, el tercero se convierte en titular de todos los derechos y obligaciones contenidos en dicho documento, incluida la relativa a la atribución de jurisdicción [Sentencia de 19 de junio de 1984, Asunto 71/83 (*Tilly Russ/Nova*), cit., aps. 24 a 26]. Cuando, según el Derecho nacional aplicable, *el tercero no sucede a una de las partes originarias del contrato en sus derechos y obligaciones*, debe verificarse que el tercero haya otorgado su consentimiento a la cláusula atributiva de jurisdicción con las exigencias contenidas en el artículo 17, p. 1.º, C. Bruselas (art. 17.1 C. Lugano, art. 23.1 Reglamento 44/2001) [Sentencia de 9 de noviembre de 2000, Asunto C-387/98 (*Coreck Maritime/Handelsveem*), *Recopilación*, 2000, pp. 9337 y ss., aps. 22 y ss.]. Siempre que la *lex contractus* sea el ordenamiento español, el artículo 708 del Código de Comercio permite afirmar que el tenedor del conocimiento de embarque queda subrogado en todos los derechos y obligaciones del cargador por el simple hecho de serle transferido dicho documento [así, en la jurisprudencia más reciente, sentencia AP de Valencia de 16 de febrero de 2004 (*JUR*, 2004, núm. 163931; *AEDIPr*, 2005, núm. 2005/27); Sentencias AP de Barcelona de 2 de junio de 2004 (*AC*, 2004, núm. 1099; *REDI*, 2005-1, núm. 2005-4-Pr; *AEDIPr*, 2005, núm. 2005/30) y de 15 de septiembre de 2004 (*JUR*, 2004, núm. 292863; *REDI*, 2005-1, núm. 2005-5-Pr; *AEDIPr*, 2005, núm. 2005/31); Sentencia TS de 29 de septiembre de 2005 (*RJ*, 2005, núm. 7156)]. Con la admisión expresa de la posibilidad de concluir acuerdos de jurisdicción formalmente válidos conforme a los usos del comercio internacional [art. 17.1, letra c), de los CC de Bruselas y de Lugano, art. 23.1. letra c), del Reglamento 44/2001], la exigencia por el tribunal comunitario de la subrogación del tercero aparecería como superflua. Así, el tercero tenedor del conocimiento de embarque podría considerarse vinculado por un acuerdo de jurisdicción incluido en una cláusula contenida en el reverso de dicho documento, desde el momento en que ello sea un uso que conozca o deba conocer y que, además, sea ampliamente conocido y observado por las partes en este tipo de contratos (en este sentido, KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 8.ª edic., Frankfurt aM, 2005, «Artikel 23», núms. 62 y 67).

5. Finalmente, queda la cuestión de si se produjo *sumisión tácita a los tribunales españoles* por la incorrecta actuación procesal de los demandados al plantear su falta de competencia internacional. No dedicaré ni un minuto de tiempo a comentar la situación del problema en la antigua LEC de 1881, pues ésta ya ha sido derogada y es un tema superado por la regulación del artículo 39 de la actual LEC. Solamente decir que la manera de resolverla por el TS me parece acertada, además de resaltar su argumentación «creativa». Se basa en la interpretación del artículo 18 C. Bruselas (art. 18 C. Lugano, art. 24 Reglamento 44/2001) realizada por el

TJCE; básicamente en sus sentencias de 24 de junio de 1981, Asunto 150/80 (*Elefanten Schuh/Jacqmain*) (*Recueil*, 1981, pp. 1671 y ss.) y de 22 de octubre de 1981, Asunto 27/81 (*Rohr/Ossberger*) (*Recueil*, 1981, pp. 2431 y ss.). De forma resumida, estas resoluciones vienen a establecer que el demandado, además de oponerse a la competencia del tribunal, puede alegar al mismo tiempo y con carácter subsidiario sus motivos de oposición al fondo del asunto [sentencia de 24 de junio de 1981, ap. 14, y Sentencia de 22 de octubre de 1981, ap. 8; igualmente, Sentencia de 31 de marzo de 1982, Asunto 25/81 (*CHW/GJH*), *Recueil*, 1982, pp. 1189 y ss., ap. 13, y sentencia de 14 de julio de 1983, Asunto 201/82 (*Gerling/Amministrazione del Tesoro dello Stato*), *Recueil*, 1983, pp. 2503 y ss., ap. 21]. Es más, no se produce sumisión tácita cuando el demandado no sólo impugna la competencia sino que también contesta cuestiones relacionadas sobre el fondo del asunto, siempre que la denuncia de falta de competencia, cuando no sea previa a cualquier defensa sobre el fondo, no se realice con posterioridad a la actuación procesal que, de acuerdo con las normas procesales del foro, sea considerada como la primera actuación de defensa dirigida al juez que conoce del litigio (Sentencia de 24 de junio de 1981, aps. 16 y 17).

Conviene recordar, para concluir, las *relaciones entre la sumisión expresa y la tácita*, en el sentido de que la existencia de un acuerdo de competencia válido según el artículo 17 C. Bruselas, artículo 17 C. Lugano y artículo 23 Reglamento 44/2001 no excluye la posibilidad de que las partes puedan someterse tácitamente a otros tribunales según lo dispuesto en el artículo 18 de los CC de Bruselas y de Lugano y del artículo 24 del Reglamento 44/2001. En otras palabras, la voluntad de las partes sometiendo tácitamente a un tribunal prevalece sobre los acuerdos atributivos de jurisdicción. Así lo ha declarado el TJCE en sus Sentencias de 24 de junio de 1981, Asunto 150/80 (*Elefanten Schuh/Jacqmain*), ya citada, y de 7 de marzo de 1985, Asunto 48/84 (*Spitzley/Sommer*) (*Recueil*, 1985, pp. 787 y ss.). De acuerdo con esta lógica, el TS empieza en su sentencia por abordar la cuestión de la sumisión tácita a nuestros tribunales, para, a continuación y una vez declarada su inexistencia, ocuparse de la sumisión expresa.

Federico F. GARAU SOBRINO

2007-5-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Compraventa de mercancías entregadas en distintos lugares de un mismo Estado miembro.—Reglamento (CE) núm. 44/2001: lugar de cumplimiento de la obligación contractual que sirve de base a la demanda.—Debe interpretarse como el lugar donde se efectúa la entrega principal.

Preceptos aplicados: Artículo 5, apartado 1, letra b), primer guión del Reglamento (CE) número 44/2001.

[...] 28. *En primer lugar, es necesario considerar que el artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001 se aplica tanto si existe sólo uno como si existen varios lugares de entrega.*

29. *En efecto, al establecer el carácter unitario tanto del foro competente como del criterio de vinculación, el legislador comunitario no ha pretendido excluir, de forma general, el supuesto de que puedan ser competentes varios foros ni el de que pueda verificarse la existencia de dicho criterio en distintos lugares.*

30. *En cuanto al artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001, que determina tanto la competencia internacional como la territorial, esta disposición tiene por objeto unificar las reglas de conflicto de jurisdicción y, por consiguiente, deter-*

minar directamente el foro competente sin realizar una remisión a las reglas internas de los Estados miembros.

31. A este respecto, es necesario considerar que una respuesta afirmativa a la cuestión de si la disposición examinada es aplicable en caso de pluralidad de lugares de entrega en un mismo Estado miembro no pone en entredicho los objetivos perseguidos por las reglas de competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que figuran en el Reglamento núm. 44/2001.

32. Por una parte, la aplicabilidad del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001 en caso de pluralidad de lugares de entrega en un mismo Estado miembro se adecua al objetivo de previsibilidad perseguido por este Reglamento.

33. En efecto, en este caso, las partes del contrato pueden prever de forma fácil y razonable ante los órganos jurisdiccionales de qué Estado miembro podrán someter sus discrepancias.

34. Por otra parte, la aplicabilidad del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001 en caso de pluralidad de lugares de entrega en un mismo Estado miembro se adecua también al objetivo de proximidad que motiva las reglas de competencia especial en materia contractual.

35. En efecto, este objetivo de proximidad queda garantizado en el supuesto de pluralidad de lugares de entrega en un mismo Estado miembro, puesto que, en virtud de la disposición examinada, son competentes para conocer del litigio, en cualquier caso, los órganos jurisdiccionales de este Estado miembro.

36. Por consiguiente, el artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001 es aplicable en el caso de pluralidad de lugares de entrega en un mismo Estado miembro.

37. Sin embargo, en circunstancias como las del asunto principal, no puede deducirse de la aplicabilidad del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001 que esta disposición confiera necesariamente una competencia concurrente a cualquier tribunal en cuya demarcación hubieran sido o debieran ser entregadas las mercancías.

38. En segundo lugar, en lo que se refiere a la cuestión de si, en caso de pluralidad de lugares de entrega en un mismo Estado miembro y cuando la demanda se refiere a todas las entregas, el demandante puede ejercitar su acción contra el demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección sobre la base del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001, es necesario, en efecto, subrayar que un único tribunal debe ser competente para resolver todas las demandas basadas en el contrato.

39. A este respecto, debe tomarse en consideración la génesis de la disposición examinada. Mediante esta disposición, el legislador comunitario deseó, en lo que atañe a los contratos de compraventa, romper de forma explícita con la solución anterior según la cual el lugar de cumplimiento se determinaba, para cada una de las obligaciones litigiosas, en virtud del Derecho internacional privado del órgano jurisdiccional que conocía del litigio. Al designar de forma autónoma como «lugar de cumplimiento» el lugar en que debe cumplirse la obligación que caracteriza el contrato, el legislador comunitario pretendió centralizar la competencia judicial en el lugar de cumplimiento para los litigios relativos a todas las obligaciones contractuales y determinar una competencia judicial única para todas las demandas basadas en el contrato.

40. A este respecto, debe tenerse en cuenta el hecho de que la competencia especial que establece el artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001 se justifica, en principio, por la existencia de un vínculo de conexión particularmente estrecho entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo, con vistas a una organización eficaz del procedimiento. Resulta de lo anterior que, en caso de pluralidad de lugares de entrega de las mercancías, es necesario, en principio, entender por lugar de cumplimiento, a efectos de la

aplicación de la disposición examinada, el lugar que garantiza el vínculo de conexión más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente. En este supuesto, el vínculo de conexión más estrecho se encuentra, por regla general, en el lugar de entrega principal, que debe determinarse en función de criterios económicos.

41. *A estos efectos, corresponde al órgano jurisdiccional nacional ante el que se presenta la demanda determinar su competencia a la luz de los elementos de prueba que se le aporten.*

42. *De no poderse determinar el lugar de entrega principal, cada lugar de entrega tiene una relación de proximidad suficiente con los elementos materiales del litigio y, por consiguiente, un vínculo de conexión significativa en el ámbito de la competencia judicial. En tal caso, el demandante puede ejercitar su acción contra el demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección sobre la base del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001.*

43. *Tal capacidad de decisión, que se reconoce al demandante, permite a la vez a éste determinar fácilmente los órganos jurisdiccionales ante los cuales puede ejercitar una acción, y al demandado prever razonablemente ante qué órganos jurisdiccionales puede ser demandado.*

44. *Esta conclusión no resulta desvirtuada por el hecho de que el demandado no pueda prever ante qué concreto órgano jurisdiccional de este Estado miembro puede ser demandado, ya que está suficientemente protegido desde el momento en que, en virtud de la disposición examinada, en caso de pluralidad de lugares de cumplimiento en un mismo Estado miembro, sólo puede ser demandado ante los órganos jurisdiccionales de este Estado miembro en cuya demarcación se ha realizado una entrega.*

45. *Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que esta disposición es aplicable en caso de pluralidad de lugares de entrega en un mismo Estado miembro. En tal supuesto, el tribunal competente para conocer de todas las demandas basadas en el contrato de compraventa de mercancías es aquél en cuya demarcación se encuentra el lugar de entrega principal, que debe determinarse en función de criterios económicos. De no existir factores determinantes para precisar el lugar de entrega principal, el demandante puede ejercitar su acción contra el demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección. [...]*

[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades (Sala Cuarta) de 3 de mayo de 2007, Asunto C-386/05, *Color Drack c. Lexx International*. Ponente: Excmo. Sr. K. Lenaerts.]

F.: www.curia.europa.eu

Nota: 1. El Tribunal de Justicia se enfrenta a una situación que, si es internacional en su conjunto, no lo es en el aspecto concreto que se resuelve, prueba de cómo el Derecho procesal comunitario en ocasiones «invade» las legislaciones internas aunque no exista un «conflicto de jurisdicción». En el caso, *Lexx International Vertrieb*, una sociedad con domicilio en Nüremberg (Alemania), se compromete a entregar varias mercancías a diversos vendedores de *Color Drack*, sociedad con domicilio en Schwarzach (Austria), que asume el pago de la compraventa. En el contrato se pacta que todas las entregas deberían hacerse en distintas demarcaciones de Austria y que la vendedora aceptaría la devolución de las mercancías no colocadas en el mercado y reembolsaría el precio pagado. Como consecuencia del presunto incumplimiento de esta obligación, *Color Drack* presenta una demanda ante el Juez de Distrito de St. Johann im Pongau (Austria), que se declara competente con base en que es el tribunal del lugar en el que debía cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda y ello porque se presume que ese lugar coincide con la plaza donde se entregan las mercancías [art. 5.1.b) del Reglamento número 44/2001]. Pero en segunda instancia la Sentencia se anula por posible incompetencia territo-

rial del Tribunal; planteado recurso de casación, el Tribunal Supremo austriaco formula una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades sobre cómo interpretar el Reglamento cuando existen entregas parciales en varias demarcaciones de un mismo Estado. A título previo, pues, conviene recordar la doble función de los foros especiales por razón de la materia, que juegan como criterio de competencia judicial internacional y como foro de competencia interna. La intención del legislador al utilizar la expresión «tribunal del lugar» es lograr un Derecho procesal uniforme, sin necesidad de combinar el sistema de competencia judicial internacional con el interno de cada Estado. Esta idea tiene importancia por algo que no señala expresamente el Tribunal pero que está latente en la Sentencia y que servirá para entender mejor el desarrollo de las argumentaciones: la evitación de acudir a las normas procesales internas, que seguramente puedan establecer algo sobre la acumulación de varios *petita*.

A partir de aquí, el Alto Tribunal atiende a dos aspectos: si la competencia del tribunal del lugar de entrega juega cuando existen varios puntos de entrega en un mismo contrato y a distintas personas (número 2); y, en caso afirmativo, cuál es el punto de entrega determinante para atribuir competencia (número 3).

2. Por lo que respecta a la primera cuestión, el Reglamento 44/2001, salvo pacto en contra de las partes que no existe en el caso, permite centralizar todo litigio relativo al contrato (la devolución de las mercancías y reembolso del precio), ante el tribunal del lugar en el que se entregaron las mercancías (y ello por más que la entrega no sea la obligación que sirve de base a la demanda). Ahora bien, comoquiera que en el caso este lugar de entrega no es uno solo sino varios, el Tribunal de Justicia analiza si juega esa centralización o no de acciones ante un único tribunal [es decir, si se aplica la letra b) o c) del art. 5.1], para lo que recurre a la finalidad de la norma y a la intención del legislador en un proceder muy sugerente. De este modo, si la voluntad del legislador era centralizar las acciones sobre obligaciones distintas ante un mismo tribunal, de forma análoga y con más motivo, cabrá la acumulación en este caso, el de una misma obligación plurilocalizada. Argumenta que, en todo caso, la competencia judicial internacional no varía, pues siempre serán competentes los tribunales austríacos, por lo que la solución no afectará a la previsibilidad del foro internacional (apdos. 30 a 36). Lo curioso es que estos argumentos, que a primera vista resultan convincentes, son algo resbaladizos en una lectura más profunda. Personalmente la opción de la centralización ante un único tribunal me parece la más operativa, sencilla y práctica, pero no sé si es de fácil encaje en el Reglamento 44/2001. Para empezar, el recurso a la *voluptas legislatoris* es algo incompleto, porque aunque el Tribunal demuestra que el legislador ha querido la centralización, no repara en que, sobre todo, ha dado prioridad a lo dispuesto por las partes. En este sentido, según un sector de la doctrina, si las partes pactan un lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda distinto al de la entrega, *tácitamente* se deduciría, en mi opinión de forma un tanto dudosa, un deseo de descentralización de acciones y de *negación* de la competencia del tribunal del lugar de entrega (vide una crítica a este planteamiento en HEREDIA CERVANTES, I., «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Rev. Esp. Der. Eur.*, núm. 9, 2004, pp. 72 y ss., esp. pp. 72-74). Y claro, por analogía, es obvio que, de seguir esta interpretación, en el caso las partes han pactado varios lugares de entrega y tal vez han dejado traslucir que no existe «voluntad» de centralización. Además, el hecho de que el Tribunal insista en repetidas ocasiones en que la previsibilidad del foro no se altera porque en todo caso los tribunales austríacos serán competentes genera también alguna duda. El Tribunal comienza a diferenciar la competencia interna de la internacional, cuando no lo hace la propia norma del Reglamento; termina por subordinar la interpretación del foro territorial a las repercusiones en el ámbito internacional. Surge, entonces, una duda obvia: vale que la entrega en varias demarcaciones de un mismo Estado no afecte a la previsibilidad en el ámbito internacional, pero sí que afectará a la previsibilidad de las partes en el ámbito territorial (¿no valoramos las expectativas de las partes respecto de si tienen que presentar la demanda en Viena, Salzburgo o Innsbruck?, parece que no).

3. El siguiente paso de la argumentación es localizar el punto de entrega determinante de la competencia cuando existen varios, para lo que el Tribunal propone una solución basada en el lugar donde se efectúa la entrega principal analizada desde criterios económicos (un antecedente indirecto de esta solución quizás podría verse en el apdo. 19 de la STJCE de 15 de enero de 1987, Asunto 266/85, *Shenavai c. Kreischer, Rec.*, 1987, pp. 239 y ss., en el que se establece que lo accesorio sigue a lo principal). La solución no está exenta de dificultades a la hora de su aplicación a casos concretos y obliga a una práctica no muy ortodoxa como es la de *interpretar la interpretación* y, en particular, relacionarla con otros criterios cualitativos o cuantitativos. Un primer problema, en este sentido, es determinar qué ocurre cuando las mercancías son distintas (p.e., se entrega oro en un lugar y plata en otro). En mi opinión, la solución del Tribunal en favor del lugar de entrega principal afecta a toda obligación con independencia de que las mercancías sean distintas: si nacen de un mismo contrato, la finalidad de la interpretación del Tribunal de Justicia es que todas las acciones se puedan centralizar. Un segundo problema se refiere a qué se entiende por criterio económico y si en éste influye la cantidad de mercancía. Creo que, cuando se refiere a criterios económicos, el Tribunal está pensando en el lugar donde se entregan las mercancías por las que más se va a pagar, con independencia de que sean menos en unidades que las entregadas en otros lugares (por ejemplo, si se entregan cinco kilos de oro en un lugar y seis de plata en otro, la entrega principal es la primera). Ello no obsta a que el criterio cuantitativo pueda llegar a solucionar algún problema cuando el precio es a tanto alzado (*ad ex.*, se entregan seis kilos de oro en un lugar y cinco en otro y se fija un precio total, en cuyo caso la entrega principal es la primera). Un tercer problema, éste sí resuelto por el Tribunal, se refiere al supuesto en el que resulta imposible determinar una entrega principal (p.e., varias entregas de cinco kilos de oro). En ese supuesto el demandante puede elegir el tribunal del lugar donde se realice cualquiera de las entregas, porque, según el Tribunal, en tal caso los distintos puntos de entrega tienen una proximidad suficiente y una conexión significativa. El argumento puede ser confuso, porque el lugar donde se producen las entregas menos relevantes también goza de una proximidad suficiente. Lo que ocurre es que se trata de una proximidad distinta, que sólo se da para la entrega parcial pero no para atraer el resto de los *petita* (siguiendo con el ejemplo, el tribunal del lugar donde se entregan los seis kilos de plata siempre ha mostrado proximidad con esa entrega; de lo que carece es de *vis attractiva* para conocer de la obligación de entrega de cinco kilos de oro en otro lugar). Un cuarto problema se refiere al alcance de la tesis del lugar de entrega principal, pues ésta sólo debe jugar cuando la reclamación se refiere al incumplimiento de varias entregas, pero no cuando se refiere al incumplimiento de una única entrega parcial. En este último caso, el tribunal del lugar donde se debería realizar ésta deberá ser competente, con independencia de que sea la principal o no. Al tiempo, queda la duda de que exista un incumplimiento de varias entregas parciales pero no de todas, y entre las cumplidas oportunamente se encuentre la entrega principal (ejemplo: entrega de diez kilos de plata en el Estado A, doce en el B, y veinte en el C, y el vendedor sólo cumple esta última). En tal caso, probablemente habrá que estar al lugar de entrega más relevante de las que se han incumplido.

4. Para finalizar, la lectura de la Sentencia suscita dos dudas: determinar si esta solución del lugar de entrega principal jugará también en casos internacionales y si sería extensible por analogía a los contratos de servicios. El Tribunal alude de forma insistente a que su solución es ésta porque no afecta a la previsibilidad del foro internacional y porque en todo caso los tribunales austriacos serían competentes de una u otra forma. Si el supuesto fuera internacional, el Tribunal podría mantener lo ya fallado para foros internos, *vis attractiva* del lugar de entrega principal, sobre la máxima de que allí donde no distingue el legislador, no deben hacerlo ni el intérprete ni el aplicador del Derecho. La solución alternativa sería entender que no se podrían centralizar las acciones basadas en entregas efectuadas en distintos Estados. Podría interpretarse, en este sentido, que la competencia del tribunal del lugar de entrega queda inacti-

va [art. 5.1.c) Reg. 44/2001] y que se «vuelve» al lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda [art. 5.1.a)]. Esta hipótesis no resolvería todos los problemas si la obligación que sirve de base a la demanda también está fragmentada en varios Estados. Por otra parte, podría admitirse que el demandante presentara un abanico de acciones en cada Estado relativas a cada obligación parcial, valorando en cada uno de los procesos la indemnización por esa obligación parcial. Si deseara un único proceso, no tendría más remedio que acudir al foro general del domicilio del demandado (vide, planteando estos problemas, FONT I SEGURA, A., «La competencia de los Tribunales españoles en materia de contratos internacionales», *RJC*, 2006, pp. 79 y ss., esp. p. 109). Esta segunda solución recuerda en la distancia larga a la dada en materia extracontractual (vide la STJCE de 7 de marzo de 1995, Asunto C-68/93, *F. Shevill c. Presse Alliance, Rec.*, 1995, pp. I-415 y ss.). En la corta, también tiene cierto parecido con la solución ofrecida por el Convenio de Bruselas de 1968 respecto de distintas acciones de un mismo contrato que se deben cumplir en Estados distintos (vide la STJCE de 9 de octubre de 1999, Asunto C-420/97, *Leathertex c. Bodetex, Rec.*, 1999, pp. I-6747 y ss.). En todo caso, la posibilidad de centralizar acciones en supuestos internos y no en los internacionales, que, insisto, podría ser una de las tendencias futuras del Tribunal de Justicia, despierta ciertas dudas. Que una misma regla (el art. 5.1) deba dar lugar a dos interpretaciones distintas en función de que estemos en la dimensión interna o internacional deja traslucir una técnica jurídica no muy ortodoxa.

Por último, queda la duda de determinar si en el supuesto de contratos de servicios transnacionales el Tribunal optará por un criterio análogo al presente. Como es sabido, la obligación que sirve de base a la demanda se entiende que debe cumplirse en el lugar donde se prestan los servicios. A partir de aquí, nos podemos encontrar con similares problemas a los ya analizados que, en mi opinión, habrá que estar a similares conclusiones. Si sólo se alega el incumplimiento de un servicio del contrato, debe estarse al lugar donde se debía cumplir éste; si se reclama el incumplimiento de varios servicios, podríamos estar al lugar donde debe cumplirse el servicio principal atendiendo a criterios económicos.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

2. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales

2007-6-Pr

SENTENCIA EXTRANJERA DE CONDENA.—Ejecución.—Medidas cautelares.—Oposición al exequátur: defectuosa notificación del procedimiento en origen.—Sentencia dictada en rebeldía.

Preceptos aplicados: Artículos 27 y 39 del Convenio de Bruselas de 1968, artículo 2 del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965.

[...] *La Sala entiende que, en efecto, como ha señalado el Ministerio Fiscal, la expresión del artículo 39 de Convenio de Bruselas, que se ha de complementar con los preceptos de la Ley española, faculta al Juez para adoptar las medidas cautelares, sin prueba ni alegación sobre el fumus boni iuris, cuando se den los supuestos de periculum in mora señalados por la lex fori, pero sobre todo sostiene su reiterada doctrina (Sentencias de 18 de mayo y 13 de diciembre de 1993, 12 de abril y 7 de noviembre de 1995 y 5 de febrero de 1996, entre otras) sobre que no cabe recurso de casación en materia de medidas cautelares.*

[...] baste leer el artículo 10 del invocado Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1954, para comprobar que el Convenio no impide otras vías de notificación distintas de la que pueda realizarse a través de la Autoridad Central, añadiendo el dato de base de que consta haberse notificado al propio Administrador de la sociedad, y en su domicilio, la demanda, el emplazamiento y la sentencia, para comprobar la inviabilidad del motivo.

[...] No se ha producido, en consecuencia, indefensión, ni infracción del artículo 27.2 del CB 1968, puesto que la cédula de emplazamiento llegó de forma regular (art. 15 b del Convenio de La Haya de 1954) y con tiempo suficiente a conocimiento de la demandada y ahora recurrente, ni por ello cabe estimar que el reconocimiento sea contrario al orden público (art. 27.1 del mismo Convenio, invocado por la recurrente).

La Sentencia se dictó en rebeldía, pero la ausencia de la demandada, después de notificada, obedeció a su propia conveniencia y no puede, en ningún caso, fundar un supuesto de indefensión, que consiste, según la jurisprudencia constitucional, en la privación o limitación no imputable al justiciable de cualesquiera medios legítimos de defensa de la propia posición dentro del proceso (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 101/2001 y 143/2001).

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1) de 5 de septiembre de 2006.
Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades.]

F.: Aranzadi Westlaw. RJ 2006/6375.

Nota: 1. Para comenzar, presentaremos brevemente los hechos: en abril de 1997, una sociedad holandesa obtiene del tribunal de Roermond (Países Bajos) una sentencia de condena frente una empresa española en rebeldía. A los pocos meses, la sociedad holandesa insta la ejecución de dicha resolución ante el juzgado de primera instancia de Valencia. Dicho órgano concede la «ejecución» (o, más correctamente, la declaración de ejecutividad) y autoriza en el mismo auto «... la adopción de medidas cautelares sobre los bienes de Booking Cargo SL a instancia de la parte solicitante de la ejecución, durante el plazo del recurso previsto en el artículo 36 del Convenio (de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968) hasta que se hubiese resuelto sobre el mismo...». La demandante insta el embargo preventivo de los bienes de la demandada, que es denegado por el JPI de Valencia. La demandante del *exequatur* interpone recurso de apelación frente a dicho auto de denegación, mientras que la parte condenada interpone a su vez recurso frente al auto que admite la ejecución de la decisión holandesa. Ambos son rechazados por la Audiencia Provincial de Valencia y frente a esta desestimación las dos partes interponen recurso de casación. La demandante holandesa invoca vulneración del artículo 39 del Convenio de Bruselas de 1968 (CB), en tanto se le deniegan las medidas cautelares de aseguramiento durante la ejecución. La ejecutada española, por su parte, alega infracción del artículo 2 del Convenio de La Haya de 1965 y los artículos 27.1 y 27.2 del CB, *i. e.* la vulneración de sus derechos de defensa al no haber sido correctamente notificada del procedimiento en origen.

Así pues, ante el Tribunal Supremo se plantean dos cuestiones: la primera, la posibilidad de recurrir frente a la denegación de la solicitud de medidas cautelares que aseguren la ejecución, y la segunda, el juego de los mecanismos de notificación en el correcto aseguramiento de los derechos de defensa, en particular cuando ha existido una notificación notarial. Referiremos brevemente lo establecido en la Sentencia respecto del primer aspecto, que no aporta ninguna novedad reseñable en la jurisprudencia del alto Tribunal, para detenernos con más detalle en la segunda cuestión, que dista de estar resuelta de manera clara en la jurisprudencia.

2. Sobre la adopción de medidas cautelares que aseguren la ejecución de la resolución extranjera: la parte demandante solicita que se otorguen medidas cautelares de ejecución con base en el artículo 39 CB, entendiendo que este precepto le exonera de probar tanto el *fumus*

boni iuris como el *periculum in mora* que fundamentan su pretensión. Esta interpretación equivaldría a una especie de automatismo en la concesión de las medidas cautelares aseguratorias de la ejecución, interpretación que el Tribunal Supremo rechaza, delimitando el alcance de la regla del CB y de la normativa española. Así, aclara que el artículo 39 sólo regula parte del procedimiento de adopción de medidas cautelares, debiendo ser completado en lo demás por la normativa estatal, siempre que ésta no infrinja la aplicación de dicho artículo. En concreto esto supone que la primera de las condiciones, el indicio de buen derecho, se presupone (*ex art. 39*) por el hecho de que se otorgue la declaración de ejecutividad. Sin embargo, el resto de condiciones, *v. gr. el periculum in mora*, corresponde establecerlas a la normativa estatal. Igualmente, el procedimiento de recursos frente a la decisión de adoptar (o no) dichas medidas queda sujeto a la legislación española. Y aquí tampoco se introducen novedades: el Supremo retoma su doctrina consolidada sobre la imposibilidad de que este tipo de resoluciones acceda a la casación.

3. Podemos pasar a analizar ahora las cuestiones relativas a la notificación y su incidencia en la fase de reconocimiento y ejecución de decisiones. Las alegaciones de la empresa española son algo confusas, porque en primer lugar parece indicar que no se le notificó, para en un segundo momento precisar que no fue «en legal forma», es decir, a través de la Autoridad Central española según prevé el Convenio de La Haya de 1965. Sin embargo, ello no impidió que conociera las pretensiones deducidas contra ella por la contraparte. El razonamiento del Tribunal Supremo no deja lugar a dudas: el Convenio de La Haya admite una pluralidad de vías de notificación y, siendo la primera la canalizada por las Autoridades Centrales, no excluye la posibilidad de acudir a otros mecanismos previstos por el propio Convenio. Así lo establece el artículo 10 en sus distintos apartados. (Curiosamente, las citas se hacen al Convenio de 1954 sobre procedimiento civil, aunque las referencias a los artículos son las correctas conforme al Convenio de 1965 sobre notificación.)

Lo así decidido no supone ninguna novedad en materia de notificación, y la doctrina sentada no merecería más comentario si no fuera porque, conforme se deduce de la Sentencia, el demandado fue notificado tanto por vía postal, mediante correo certificado en el domicilio de la sociedad, como notarial. Este tipo de situaciones se viene planteando con cierta frecuencia ante los tribunales españoles en el marco del reconocimiento y ejecución de decisiones provenientes de países comunitarios, en particular del Reino Unido y los Países Bajos. El interés de la Sentencia del Tribunal Supremo radica precisamente en su posición respecto de la notificación notarial, ya que la jurisprudencia menor no se ha pronunciado de manera uniforme sobre ésta: existen decisiones que afirman la compatibilidad de la notificación notarial con el régimen de garantías procesales establecido en el artículo 27.2 CB [así, por ejemplo, AAP Toledo de 21 de noviembre de 1994 (*AC 603/1995*), en un supuesto muy semejante al que aquí comentamos] (doble notificación, notarial y postal por correo certificado, desde los Países Bajos) y otras, que, por el contrario, establecen una clara incompatibilidad de este modo de notificación con el citado artículo, vide Autos AP Barcelona de 14 de octubre de 2003 (*RAJ 2003/1896*, Nota A. LARA AGUADO, *REDI 2004-6*) y de 20 de diciembre de 2004 (*JUR 2005/118948*), supuestos estos últimos relativos a resoluciones provenientes del Reino Unido.

4. Lo primero que podemos adelantar es que el Tribunal Supremo no hace referencia directa a la notificación notarial en su Sentencia, sino que emplea una expresión más general que no determina de manera clara a qué tipo de notificación se refiere. En efecto, en su FJ 3.º establece que «la interpretación que ofrece la recurrente de los artículos 8 y 10 del Convenio de La Haya de 1954 no es correcta. Baste ver los artículos 10 a) y 10 c) del mismo Convenio para comprobar que *la vía escogida en el caso, como alternativa, es válida.*» (cursiva nuestra) ¿A cuál de las vías de notificación se refiere el Supremo? Podemos entender que hace alusión a que tanto la postal como la notarial son alternativas frente a la vía de las Autoridades Centrales. O bien podemos interpretar que la alternatividad se predica entre estas vías. En cualquier

caso, en lo que respecta a la remisión postal la cuestión no presenta demasiadas dificultades, ya que se encuadra en el ámbito del artículo 10(a) del Convenio de La Haya (de 1965) y España no realizó reserva alguna a su aplicación (sobre la conveniencia de esta opción y su posible modificación, vide MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales y notificación internacional*, Comares, Granada, 2001, pp. 197 y ss.).

Por el contrario, sí resultaría mucho más llamativo que se está aludiendo a la notificación notarial, pues este mecanismo presenta más problemas para ser encajado tanto en el supuesto del apartado (a) como en el apartado (c) del artículo 10 del Convenio de 1965. En efecto, para que la notificación por notario pueda incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 10(a) es necesario proceder a una interpretación analógica con la notificación por correo. Aunque se ha defendido esta posibilidad en línea teórica (así, VIRGÓS, M./GARCIMARTÍN, F., *Derecho procesal civil internacional*, Civitas, Madrid, 2000, núm. 547, y, con más reservas, LARA AGUADO, M. A., *loc. cit.*), la jurisprudencia no parece muy dispuesta a aceptarla. En este sentido, vide el citado AAP Barcelona de 14 de octubre de 2003. Las dudas parecen provenir no tanto de la intervención de la figura del notario como de la falta de garantías que puede suponer para el demandado que sea un particular, y no una autoridad competente según el ordenamiento de origen, quien aporte directamente al notario la documentación que se pretende notificar.

De igual modo, la inclusión de la notificación notarial en el apartado (c) del artículo 10 ofrece dudas interpretativas. Es cierto que esta posibilidad permite salvar la objeción realizada anteriormente, ya que prevé un cauce de comunicación directa por un «interesado» estableciendo «la facultad respecto de cualquier persona interesada en el procedimiento judicial, de proceder a las notificaciones o traslados de documentos judiciales directamente a través de funcionarios ministeriales o judiciales u otras personas competentes del Estado de destino». Pero para la aplicación de este apartado es necesario que concurren los presupuestos de dos normas: la del Estado de origen y la del Estado donde se pretende notificar, pues es esta última la que determina quiénes son autoridades competentes a tal efecto. Y es aquí donde radica la dificultad del caso, ya que conforme a la normativa aplicable (arts. 1 y 2 Ley del Notariado) los notarios son autoridades competentes para la notificación extrajudicial, pero no para la judicial, por lo que no entrarían dentro del ámbito de aplicación del artículo 10(c). En este sentido, vide *supra* los Autos AP Barcelona de 14 de octubre de 2003 y de 20 de diciembre de 2004. Por su parte, y en sentido contrario a lo hasta ahora recogido, el Tribunal Supremo ha considerado que, en el marco de las reglas del Convenio de Bruselas de 1968 y del Convenio de La Haya de 1965, si «... la parte recurrente ha sido emplazada y notificada de actos judiciales no sólo a través de correo con acuse de recibo, sino también a través de actuaciones de personas que en el presente caso pueda estimarse como funcionarios estatales como son los Notarios...» el emplazamiento se ha realizado de forma regular (STS de 31 de diciembre de 1999, *RAJ* 1999/9385). Con menos detalle, y también con respecto a una decisión procedente de los Países Bajos, parece considerar suficiente el emplazamiento notarial la STS de 5 de noviembre de 2001 (*RAJ* 2002/233) si bien, en este supuesto, sin hacer referencia a norma aplicable alguna.

5. Así pues, si debemos ofrecer una interpretación de lo que quiso decir el Tribunal Supremo al afirmar que la vía escogida como alternativa es válida a la luz de los artículos 10(a) y (c), tenemos una doble posibilidad. La primera consiste en entender que con la alusión al apartado (a) se está haciendo referencia a la notificación postal y con el (c) a la notarial, ambas válidas como alternativas a la notificación por Autoridades Centrales. En esta interpretación, el Tribunal Supremo estaría sancionando la competencia de los notarios para este tipo de actuaciones, más allá de lo que prevé el propio estatuto del notariado. La segunda, supondría establecer que cualquiera de estas notificaciones puede enmarcarse tanto en el apartado (a) como en el (c) del artículo 10. A los efectos de la validez de la notificación notarial, esta interpreta-

ción supondría colegir –además de lo ya indicado respecto del apartado (c)– que el Tribunal Supremo está sancionando la aplicación analógica de la notificación postal a la notarial.

En cualquiera de estas interpretaciones lo que resulta claro es la inclusión de la notificación por notario en el Convenio, amparada por alguno de los citados apartados del artículo 10. Y con ello, el Tribunal Supremo no hace sino alinear esta decisión con otras anteriormente citadas en las que se ha ido apuntando esta doctrina. Sin entrar a valorar el acierto (o no) de esta línea interpretativa, lo que sí sería deseable sería un pronunciamiento más contundente que elimine las dudas en la jurisprudencia menor y pueda quizás inspirar al legislador, en su aún pendiente regulación de la cooperación jurídica internacional en el ámbito civil y mercantil. Recordaremos a estos efectos que el anteproyecto de ley de diciembre de 1997 incluía en su artículo 36 (al regular las vías de transmisión), entre otros, la notificación: «(f) por remisión del demandante a un notario, directamente». Conforme a lo previsto en aquel proyecto, la finalidad de esa norma era la de regular, en ausencia de textos internacionales, y la de completarlos y aplicarlos cuando existan (art. 2). En este sentido, un artículo como el referido podría delimitar cuáles son las modalidades de notificación válidas para nuestro ordenamiento y que pueden ser utilizadas en aplicación de las normas internacionales y comunitarias. Esta aclaración es cada vez más necesaria en un contexto como el comunitario. No sólo el Reglamento 1348/2000 incluye reglas similares a las analizadas en el Convenio de La Haya de 1965 (vide arts. 14 y 15) sino que, además, la progresiva reducción de los controles en sede de reconocimiento y ejecución de resoluciones provenientes de otros Estados miembros (en particular, en el Reglamento 805/2004 sobre título ejecutivo europeo), obliga a poner el acento en la fase previa de notificación. En este sentido, cuanto mayor claridad exista, más garantías para los demandados españoles habrá.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU

2007-7-Pr

SENTENCIA DE DIVORCIO EXTRANJERA.–Modificación de medidas.–No necesidad de reconocimiento previo de dicha sentencia en España.–Competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

Preceptos aplicados: Artículo 24 Constitución; artículo 22 LOPJ.

Segundo. Declara el Tribunal Constitucional que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial, que enuncia el artículo 24, 1 CE consiste en el acceso a la jurisdicción, puesto que todos tienen derecho a que un tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos planteados ante él, salvo que lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental. Y se añade que la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio pro actione que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales.

En tal sentido, y en lo que concierne a las reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional (esto es, de los supuestos en los que el ordenamiento de un Estado atribuye competencia para conocer de la resolución de un litigio a sus propios órganos jurisdiccionales, siempre dentro de los límites que el Derecho Internacional le impone, que configuran la noción de jurisdicción del Estado), sigue afirmando el Tribunal Constitucional que tales reglas responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativamente contrapuesta

exigencia constitucional. De una parte a que a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en el proceso sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados. De otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia. Se concluye declarando que la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden civil viene determinada por su regulación legal en el artículo 22 de la LOPJ, de tal modo que en las reglas contenidas en el mismo, y sólo en ellas, debe buscarse como punto de partida la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros Tribunales conozcan de una determinada pretensión, pues sólo ellas responden a la serie de exigencias que, en algunos casos, puede llevar a la trascendente consecuencia de que el Estado español renuncie a asumir la tutela judicial en un caso concreto (STC 61/2000).

Adviértase que dicha sentencia fue dictada en un supuesto similar al presente, en cuanto afectaba a un procedimiento entablado ante la jurisdicción española sobre modificación de medidas acordadas en sentencia de divorcio dictada por los Tribunales norteamericanos, sin que constara haber sido reconocida en España dicha resolución.

Tercero. Partiendo de la expuesta doctrina, no podemos compartir el criterio decisorio plasmado en la sentencia recurrida, dado que, residiendo el demandado en España, resultaba indiscutible la competencia de los Tribunales de nuestro país, de conformidad con lo prevenido en el apartado 2.º del artículo 22 de la citada LOPJ lo que se refuerza, dada la naturaleza de las acciones entabladas, por las previsiones del apartado 3.º del mismo precepto que, en materia de relaciones paterno-filiales, asigna la competencia a los Tribunales españoles cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda, como así ocurre en el supuesto que nos ocupa.

Despejados, en consecuencia, los obstáculos procesales expuestos por el Ministerio Público, y asumidos por el Juzgador a quo, este Tribunal, asumiendo las funciones propias de la primera instancia, ha de entrar ex novo en el conocimiento y decisión de las cuestiones de fondo objeto del proceso, en cumplimiento de lo prevenido en el número 2 del artículo 465 de la LEC.

[Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 263/2006, de 25 de abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.]

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2006/1027.

Nota: 1. Con fecha 18 de julio de 2005 el Juzgado de Primera Instancia de Madrid asumiendo la tesis del Ministerio Fiscal dictó sentencia desestimando la demanda presentada por D.^a G, contra Don F acerca de la custodia de los hijos comunes y demás medidas inherentes a dicha situación, por entender que, habiendo obtenido aquellos el divorcio mediante resolución dictada en el Reino de Marruecos el 9 de diciembre de 1992, en la que se confió la guarda de los menores al padre, se hacía preciso, a los fines de que los tribunales españoles modificaran dicho régimen de guarda, que la sentencia marroquí fuera previamente reconocida en España. Se daba la circunstancia de que los hijos habían sido declarados en situación de desamparo por Acuerdo de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid de 21 de mayo de 1997, permaneciendo en acogimiento residencial hasta el 11 de noviembre de 2003 en que, por Acuerdo de dicho Organismo, cesó la referida medida tutelar, reincorporándose aquéllos a la convivencia habitual con su madre.

La Audiencia de Madrid, en esta Sentencia aborda la espinosa cuestión de la modificación de medidas de una sentencia extranjera, inclinándose por la no necesidad del reconocimiento previo de la misma. Se trata de una situación que se plantea cada vez con más frecuencia por

diversas razones. En primer lugar por la creciente conflictividad que están sufriendo las crisis matrimoniales en España, y el elevado número de denuncias por incumplimientos y solicitudes de modificación de medidas que se producen a lo largo de la «vida» de una determinada crisis matrimonial. En segundo término, por la incidencia de la emigración en el desencadenamiento de las crisis familiares y su agravamiento en los casos en los que la crisis familiar tiene un elemento transfronterizo; el sistema de guarda y custodia y régimen de visitas se ve alterado profundamente si los progenitores a partir de la crisis viven en países diferentes, y la pensión compensatoria y obligación de alimentos también pueden verse modificadas debido a los diferentes niveles de vida estatales. Por último, la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DOUE* núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003) sitúa esta cuestión en primera plana; este texto, a diferencia del 1347/2000 de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (*DOCE* núm. L 160, de 30 de junio de 2000) incluye en su ámbito de aplicación material la modificación de medidas en materia de responsabilidad parental (entre otros, vide ESPINOSA CALABUIG, r. «Nota a la sentencia de la AP Barcelona de 30 de septiembre de 2003» *REDI*, vol. LVI, 2004-1, p. 384).

Dos son, a mi juicio, las cuestiones problemáticas que en estos casos deben analizarse, descartando de entrada la idea ampliamente contestada por la doctrina de que los tribunales que dictaron la sentencia extranjera tienen competencia exclusiva para modificarla, competencia que además debe ser respetada por los tribunales españoles que no pueden «entrometerse» en una soberanía extranjera [VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 414; MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena periódica de alimentos)», *REDI*, vol. LIV, 2002-2, p. 650; CARBALLO PIÑEIRO, L., «Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000». *AEDIP* T I, 2001, pp. 463-73; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Nota a la sentencia de la AP de Barcelona de 31 de marzo de 2003», *REDI*, vol. LV, 2003-2, pp. 961 y ss.] la materia no es considerada por el Derecho internacional privado español como «exclusiva» (arts. 22.1 LOPJ y 22 Reglamento CE 44/2001), y si lo fuera según las normas de competencia judicial internacional del Estado de origen, ello no supone que los tribunales españoles deban declararse incompetentes salvo que tal «exclusividad» estuviera prevista en un instrumento internacional (art. 36.2.2 LEC) *o comunitario*.

2. ¿Debe reconocerse con carácter previo la Sentencia extranjera en España para que un tribunal español la pueda modificar? O, dicho de otra manera, ¿qué efecto es el que pretende «derivarse» de la sentencia extranjera cuya modificación ahora se solicita?, ¿es el constitutivo del *status* creado en ella, o el de cosa juzgada, y por tanto para que pueda desplegarse en España se requiere del reconocimiento/exequátur según el régimen jurídico aplicable? ¿No será más bien el efecto probatorio de la situación creada en la sentencia y que ahora pretende modificarse en España?

La doctrina y la jurisprudencia españolas no son unánimes en su juicio al respecto y plantean dos diversas respuestas a esta cuestión:

a) Para algunos es necesario un reconocimiento o exequátur (según el régimen de reconocimiento previsto con el país del que proviene la sentencia extranjera) para que despliegue el efecto de cosa juzgada (para algunos) o el constitutivo (para otros) como presupuesto de dicha modificación (MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «La sentencia extranjera...» *op. cit.*; ALVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Civitas, Madrid, 1996, p. 224; ESPINOSA CALABUIG, R., «Nota» *op. cit.* pp. 380-4. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Nota». *op. cit.* pp. 961 y ss.). Sin embargo, esta exigencia

entorpece la agilidad que la resolución de estas cuestiones familiares requieren, por lo que los autores que se decantan por ella, plantean la necesidad en estos casos de prever legalmente un reconocimiento automático (MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «La sentencia extranjera...». *op. cit.*) si bien otros consideran que ya es posible un reconocimiento incidental ante el tribunal ante el que se plantea la solicitud de modificación (CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 7.^a ed., Comares, Granada, 2006, p. 96). Esta es la solución adoptada en dos sentencias de Audiencias provinciales; en una, en la que la sentencia de origen era ecuatoriana, se exige el exequátur (AP Madrid de 30 de noviembre de 2005-AC 2006/49- comentada en *REDI*, 2006, por DUTRUEY, Y.); en otra, dado que la sentencia de origen era francesa y se modificaba la prestación de *alimentos*, el régimen de reconocimiento del Reglamento 44/2001 facilitaba la modificación a través del reconocimiento automático (AP Barcelona 31 de marzo de 2003-AC 2003/199). En contraste, la Sentencia del TS de 19 de noviembre de 2002 (*TOL* 242230) desestima un recurso de queja contra un Auto de 28 de enero de 2002 que confirma un auto del Juzgado de Primera Instancia de Benidorm en el cual se denegaba la modificación de medidas, en lo relativo a la prestación de alimentos, de una sentencia de divorcio francesa dictada el 8 de octubre de 1992 por entender erróneamente que no entraba dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001.

b) No necesidad de reconocimiento de ningún tipo, o quizás más propiamente eficacia automática del valor probatorio de la situación creada en la sentencia (responsabilidad parental, pensión compensatoria o prestación de alimentos) de la que ésta es presupuesto, al igual que de un matrimonio de dos extranjeros celebrado en el extranjero se derivan obligaciones exigibles en el tiempo, y no es preciso un «reconocimiento» en España del mismo para que surta efectos jurídicos plenos en nuestro país o los mismos puedan modificarse aquí judicialmente. Algunos autores entienden que en estos casos no es necesario el previo reconocimiento de la sentencia extranjera (VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, *loc. cit.* p. 166) opinión compartida por algunos tribunales (AP Barcelona de 30 de septiembre de 2003-AC 2003/1861, sentencia comentada por ESPINOSA CALABUIG, R., «Nota» *REDI*, vol. LVI, 2004-1, pp. 380-4.; AP Logroño de 7 de octubre de 2004- *JUR* 2004/286103, sentencia comentada por MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «Nota» *REDI*, vol. LVII, 2005-I, pp. 368-72, y AP Barcelona 4 de enero de 2006-TOL 842528-, todas ellas en relación a sentencias marroquíes). Sin embargo, en estos procesos no se solicita formalmente la «modificación de medidas» sino que presentan demanda de reclamación de guarda, custodia o pensión compensatoria o prestación de alimentos y la Sentencia extranjera es el presupuesto fáctico de esta decisión. No obstante, en la Sentencia de la AP de Castellón de 13 de septiembre de 2005 (AC 2005/1884) se solicita directamente la modificación de medidas de una sentencia marroquí y la Audiencia ni exige el exequátur ni siquiera el reconocimiento señalando que en el supuesto se trata únicamente de actualizar la pensión de alimentos. La importante sentencia del TC 13 de marzo de 2000 (*TOL* 1413) en la que se admite el recurso de amparo de un padre que solicitaba en España una modificación de medidas de una sentencia norteamericana de divorcio en lo relativo al derecho de visitas y al que el Jgado de Primera Instancia de Madrid y la Audiencia Provincial negaban su pretensión por falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles para modificar una sentencia extranjera no exequaturizada, no llega a pronunciarse sobre esta importante cuestión pero afirma la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para modificar medidas de una sentencia extranjera. Pues bien: la sentencia comentada, que cita expresamente la del TC, supone un paso más en esta solución jurisprudencial: no queda claro si en la demanda se solicitaba una modificación de medidas o no, pero la Audiencia afronta la cuestión con independencia de esta circunstancia y justifica en la propia Constitución la no necesidad del reconocimiento previo en estos casos: *a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio*. Las circunstancias del supuesto parecen reforzar esta solución: la

sentencia de divorcio marroquí había atribuido la guarda al padre en 1992 y en 1997 los hijos fueron declarados en desamparo, pero a partir de 2003 estaban de hecho viviendo con su madre. En el fallo se acuerdan diversas medidas: *«los hijos menores habidos de la relación de los litigantes quedarán bajo el cuidado cotidiano de la madre, quien compartirá la patria potestad con el otro progenitor; quien deberá ser consultado en cuantos asuntos de interés se presentaren. El Sr. F podrá visitar y tener en su compañía a los referidos menores en la forma y tiempo que libremente convenga con el otro progenitor y, en su defecto, el último fin de semana de cada mes....Salvo otro acuerdo de los progenitores, la entrega y recogida de los menores se llevará a efecto en el Punto de Encuentro que designe el Juzgado, previa audiencia de aquéllos. El padre no podrá sacar a los menores del territorio español, salvo acuerdo expreso con la otra progenitora o, en su defecto, decisión judicial, debiendo adoptarse por el Juzgado las medidas oportunas para hacer efectiva dicha limitación. La contribución de dicho progenitor a los alimentos de los hijos se fija en 300 € al mes (150 por cada hijo), que hará efectivos, en doce mensualidades al año, dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizándose anualmente, y con efectos de 1.º de enero, conforme al Índice de Precios al Consumo que publique el INE...».*

Podría considerarse, en conclusión, que la necesidad de un reconocimiento previo de la sentencia que se pretende modificar es más deseable, en la medida en que contribuye a la armonía internacional de soluciones, y para algunos técnicamente más defendible desde la teoría general del reconocimiento. Sin embargo, tanto una razón como otra quizá deberían revisarse a la luz de los casos que, como el presente, se van planteando ante nuestros tribunales y que muestran una realidad innegable: el sistema de reconocimiento previsto en el caduco régimen autónomo español puede resultar en muchos de los casos que mayoritariamente afectan a inmigrantes contrario a la tutela judicial efectiva sobre todo cuando se trata de responsabilidad parental y de prestaciones alimenticias periódicas. En efecto; si el supuesto es «intracomunitario» el sistema de reconocimiento *automático* de la sentencia del tribunal de origen hace relativamente sencilla la situación en la medida en que cabe el reconocimiento incidental ante el tribunal al que se solicita la modificación de medidas; pero si se trata de una sentencia marroquí o ecuatoriana, como sucede en un gran número de casos, exigir un proceso de reconocimiento primero y a continuación otro de modificación de medidas puede generar situaciones de desprotección no tolerables y que ciertamente atentan contra la tutela judicial efectiva. Por tanto, en tanto no se publique la esperada Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, el consejo práctico podría ser el de plantear el procedimiento como procedimiento nuevo, y no como procedimiento de modificación de medidas, por mucho que a juicio de algunos esta duplicidad no sea técnicamente adecuada; lo mejor es en muchas ocasiones enemigo de lo bueno. Sin embargo, también cabría revisar la teoría general sobre el reconocimiento en tanto en cuanto puede considerarse que en estos casos no solo no se está solicitando la ejecución de la sentencia extranjera sino que ni siquiera se pide su reconocimiento; la misma se aporta como prueba de la medida nueva que se solicita en España. Algunos autores (VIRGÓS Y GARCIMARTÍN) abogan por esta solución, si bien gran parte de la doctrina, como se ha citado, se decanta por la contraria.

3. ¿Tienen CJI los tribunales españoles para modificar medidas previstas en una sentencia extranjera?

Doctrinalmente se entiende que dado que la modificación de medidas no es competencia exclusiva de los tribunales extranjeros, los tribunales españoles son competentes siempre que el supuesto tenga encaje en uno de los foros de competencia judicial internacional previstos en Derecho español de manera que «la competencia judicial internacional de los tribunales ante los que se solicita la modificación de una prestación contenida en una resolución extranjera ha de determinarse con carácter general con arreglo a los mismos criterios que regirían la competencia judicial internacional si se solicitase la prestación *ex novo*» (OREJUDO PRIETO DE LOS

Mozos, P., *op. cit.* p. 965), siendo evidente que en estos casos la confusión entre las normas de competencia judicial internacional y de competencia interna (fundamentalmente funcional) supone en la práctica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 13 de marzo de 2000).

Sin embargo, el análisis o verificación de la competencia internacional en la materia exige la determinación previa del régimen jurídico aplicable (Convenio de Bruselas de 1968, Reglamento 44/2001, Reglamento 1347/2000, Reglamento 2201/2003 y LOPJ) y en este punto los tribunales españoles no siempre han verificado adecuadamente su competencia judicial internacional aplicando la normativa adecuada siendo apreciable el olvido de los reglamentos 44/2001, 1347/2001 y 2201/2003 en sus argumentaciones (así en la sentencia de la AP La Rioja de 7 de octubre de 2004 como pone de relieve MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «Nota...» *op. cit.*, pp. 370-1; en la sentencia de la AP de Barcelona de 31 de marzo de 2003 como resalta OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Nota...» *op. cit.* pp. 965; en la sentencia de la AP de Barcelona de 30 de septiembre de 2003 si bien en este caso como subraya ESPINOSA CALABUIG, R., «Nota...» *op. cit.*, p. 382, el Reglamento 2201/2003 no era todavía aplicable siendo adecuada la argumentación que fundamenta la CJI en la LOPJ).

En el caso comentado y en relación a la prestación de alimentos es evidente el olvido del Reglamento 44/2001 como fundamento competencial. Sin embargo, en relación a la guarda y custodia y al régimen de visitas, este extremo no puede valorarse toda vez que no se conoce la fecha de interposición de la demanda; la sentencia de primera instancia es de 18 de julio de 2005; si la demanda se interpuso después de 1 de marzo de 2005, la Audiencia debió verificar su competencia judicial internacional de acuerdo con el Reglamento 2201/2003. Si fue antes de esta fecha, la Audiencia actúa adecuadamente verificando su competencia judicial internacional de acuerdo con la LOPJ. Este extremo es relevante teniendo en cuenta que la ampliación del ámbito material de aplicación del 1347 al 2201 supone en la práctica que determinadas acciones respecto de las que no podía invocarse el Reglamento comunitario antes del 1 de marzo de 2005 y que no podían «beneficiarse» del sistema en él previsto (básicamente las relativas a la responsabilidad parental) lo pueden hacer a partir de esta fecha. Las indudables mejoras introducidas en el segundo texto llevaron a la AP de Tenerife en su sentencia de 1 de junio de 2004-TOL 470790- (por cierto, la primera Sentencia española que invoca el Reglamento 2201) a aplicar indebidamente el 2201 a una acción ejercitada antes de su entrada en vigor, considerando equivocadamente que en la materia objeto del caso (modificación de medidas) el 2201 no había introducido cambios en relación al texto anterior. El supuesto planteado en dicha sentencia es un muy buen ejemplo práctico de las bondades de las reformas introducidas en el texto reglamentario, entre otras materias, en la relativa a la que es objeto de este comentario: la modificación de medidas de sentencias extranjeras (CALVO BABÍO, F., «Competencia internacional. Legislación comunitaria. Sustracción de menores. Comentario a la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de junio de 2004». *Revista Jurídica SEPIN familia* núm. 41, febrero 2005, pp. 31-6).

Si la conflictividad familiar es cada vez más frecuente, y su impacto especialmente significativo en las familias transnacionales, la resolución jurídica de los diversos aspectos de estas crisis familiares es compleja puesto que en ellas se generan conflictos de leyes y de jurisdicciones que potencialmente pueden agravar el sufrimiento asociado a estas situaciones particularmente cuando existen menores afectados. Soluciones como la planteada en la sentencia que comento, defendibles técnicamente y apoyadas en una comprensión cabal de las consecuencias y extensión del derecho a la tutela judicial efectiva, deben ser bienvenidas.

Salomé ADROHER BIOSCA

II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

1. Nombre de las personas físicas

2007-8-Pr

NOMBRE DE LAS PERSONAS FÍSICAS.—Adopción internacional por único adoptante. Solicitud de conservación del régimen de apellidos de la menor adoptada, conforme a su anterior ley nacional. Aplicación de la ley nacional española.

Preceptos aplicados. I. Artículos 16, 18, 23 y 97 de la Ley del Registro Civil; Disposición final segunda de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; los artículos 68 y 76 a 78, y 342 del Reglamento del Registro Civil; el Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, por el que modifica los artículos 77 y 307 del Reglamento del Registro Civil; las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1999 y de 1 de julio de 2004.

II. Dos cuestiones se plantean en el presente recurso: una de ellas se refiere a los apellidos de la hija adoptiva de la promotora y la otra a la competencia para inscribir el nacimiento de dicha hija, al haber solicitado la madre que constase en la inscripción como lugar de nacimiento, no el real –Rusia–, sino el de su domicilio en España, acogiéndose a la Instrucción de esta Dirección General de 1 de julio de 2004, que modificaba la de 15 de febrero de 1999, mediante la adición de un apartado a la regla primera. Respecto de esta segunda cuestión, la providencia dictada el 27 de enero de 2005 por el Juez Encargado del Registro Civil Central, señalaba que se practicaría la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, pero no la nueva inscripción, porque estaba pendiente de resolución por esta Dirección General cuestión de competencia planteada por dicho Registro en un expediente anterior. En esta misma providencia se informaba a la promotora que los apellidos de su hija debían ser los que correspondiesen conforme a la legislación española y no los propuestos, que eran los que se habían acordado en la sentencia ucraniana de adopción. La madre mostró su disconformidad con los apellidos indicados por el Registro y el Juez Encargado dictó providencia el 29 de abril de 2005 declarando no haber lugar a lo interesado por la promotora, siendo esta providencia el objeto del recurso. [...]

VIII. Aclarada la cuestión de competencia en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos, el objeto del recurso lo constituye la disconformidad de la promotora con los apellidos que el Registro estima que corresponden a su hija. La recurrente se acoge, principalmente, para que sean respetados los apellidos acordados en la sentencia ucraniana de adopción, a lo dispuesto en el artículo 199 RRC, previsto para el que adquiere la nacionalidad española, porque efectivamente, en los supuestos de adopción de los menores de edad, se produce efectivamente la adquisición de la nacionalidad española de origen (cfr. art. 19 CC). Pero, sobre tener la declaración de conservación a que se refiere el artículo 199 R.R.C. carácter personalísimo según se desprende de su propio tenor y finalidad, no es el hecho de la adquisición de la nacionalidad el determinante de los apellidos que deben atribuirse al adoptado, sino el de la filiación adoptiva el que ha de tenerse en cuenta, porque es la filiación la que determina los apellidos (cfr. art. 109 CC), con independencia de su naturaleza, puesto que la matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva surten los mismos efectos (cfr. art. 108, último apartado, CC). En este caso, la filiación existe sólo respecto de la línea materna y es ésta sola filiación la que determina los apellidos pudiendo la madre decidir al tiempo de la inscripción,

no los apellidos de la hija, sino el orden en que han de ser impuestos los que por filiación les corresponden.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria:

1.º Desestimar el recurso y confirmar la providencia apelada.

[Resolución de 26 de octubre de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ponente: Excm. Sra. Pilar Blanco Morales-Limones.]

F.: *BOE*, 13 de diciembre de 2006.

Nota: 1. Una de las múltiples cuestiones interesantes que debe resolver la DGRN en esta Resolución es la determinación de los apellidos que corresponde llevar a una menor nacida en Ucrania y que ha sido adoptada por una española. En este caso, la madre adoptante se opone a que su hija lleve sus apellidos y no acepta tampoco que se proceda a invertir el orden de los mismos. Pretende que la menor conserve los apellidos que le correspondían conforme a su anterior ley nacional y que son los que constan en la documentación ucraniana. Afirma la recurrente que, de este modo, pretende evitar que se conozca que es adoptada y se ampara en el artículo 199 RRC, según el cual, el que adquiere la nacionalidad española podrá conservar los apellidos que ostentara en forma distinta de la legal, si así lo declara en el acto de adquirirla o en los dos meses siguientes a la adquisición o a la mayoría de edad.

2. El régimen de los nombres y apellidos, cualquiera que sea la institución jurídico-familiar de la que deriven, se rige en España, de momento, por el Convenio de Múnich sobre ley aplicable a los nombres y apellidos, según el cual, aquéllos se determinan conforme a la ley nacional de la persona y, en caso de cambio de nacionalidad, se aplicará la ley de la nueva nacionalidad (art.1). En este supuesto, según dispone el artículo 19.1.º CC, la menor tiene la nacionalidad española, puesto que el legislador español ha optado por equiparar la filiación biológica y la adoptiva a todos los efectos, incluido el de la atribución de la nacionalidad. De este modo, al prever el artículo 17.1.º el criterio del *ius sanguinis* como atributivo de la nacionalidad española, también se prevé que la adopción de un menor de dieciocho años por un/a español/a conlleve automáticamente la atribución de la nacionalidad española al menor, con independencia de su voluntad. En cambio, las adopciones de mayores de edad sólo generan un derecho de opción, conforme al artículo 19.2.º CC, condicionado a su ejercicio en el plazo de caducidad de dos años, a contar desde que se constituyó la adopción o en el plazo de dos años desde la emancipación del adoptado, en caso de que, conforme a su ley personal, no estuviera emancipado al llegar a los dieciocho años.

Por tanto, constituida válidamente la adopción del menor extranjero por un español, aquél deviene español, con todas sus consecuencias. Ello implica que sus apellidos se deben determinar conforme a la ley correspondiente a su nueva nacionalidad, que es la española. Como es suficientemente conocido, conforme al Derecho material español, los apellidos derivan de la filiación (art. 109 CC). A fin de proteger a los menores y salvaguardar la equiparación de los hijos ante la ley, no existen discriminaciones entre la filiación biológica y la adoptiva. Por tanto, una vez determinada la filiación, los apellidos de los menores serán los correspondientes a dicha filiación, permitiéndose, en caso de estar determinada sólo la filiación materna invertir el orden de dichos apellidos. Siguiendo este razonamiento legal, la DGRN desestima el recurso interpuesto por la recurrente y concluye que la menor adoptada debe llevar los apellidos correspondientes a su filiación materna, que es la que ha quedado determinada, si bien puede alterarse el orden de los mismos.

3. En principio, esta solución prevista por el legislador español y seguida por la DGRN, consistente en atribuir a los hijos adoptados el apellido de los padres adoptivos es una buena opción, ya que permite la integración del menor en la familia adoptiva, equiparándolo a los hijos

biológicos, en todos los sentidos. Ahora bien, es verdad que hay que tener en cuenta que cuando un menor es adoptado ya tiene otro u otros apellidos conforme a su anterior ley nacional. El cambio de apellidos subsiguiente a la adopción normalmente no debe causar problemas al menor, si éste tiene una corta edad cuando ha sido adoptado, pues se adaptará fácilmente a su nueva identidad. No obstante, hay supuestos en que la adopción se refiere a menores con una cierta edad y que llevan toda su vida ostentando otros apellidos diferentes, lo que puede generarles trastornos psicológicos. Por eso, el legislador español ha previsto la posibilidad de que el juez de primera instancia, Encargado del Registro Civil autorice, previo expediente, la conservación por el hijo o sus descendientes de los apellidos que vinieran usando tras un cambio de filiación, siempre que insten el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la filiación o, en su caso, a la mayoría de edad (art. 209.3.º RRC). Esta posibilidad de conservar los apellidos anteriores a la adopción ha sido admitida sin dificultad por la DGRN cuando el adoptado es mayor de edad (Res. DGRN de 22 de mayo de 2006, *BOE* núm. 204, de 26 de agosto), para evitar los inconvenientes que el cambio de apellidos puede provocar en la vida ordinaria del adoptado que, por su edad y actividad personal o profesional, ya es identificado por sus apellidos de origen. En esta Resolución, la DGRN fundamenta la posibilidad de conservación de los apellidos en la consideración de los apellidos como un derecho subjetivo de carácter privado vinculado a toda persona. Si los adoptados mayores de edad, que además son españoles, como era el caso, pues la promotora había adquirido la nacionalidad española por residencia, pueden conservar unos apellidos que no son los que les corresponden por filiación adoptiva, nada impide que este precepto se aplique también a los adoptados menores de edad, cuando, como en el presente caso, tienen ya una cierta edad, siempre que el bienestar del menor, que es lo que debe primar, así lo requiera. Distinto es que, en este caso, el interés de la menor coincida o no con la pretensión de la recurrente, lo que, en todo caso, deberá ser valorado por el aplicador del Derecho.

¿Cabría, además, fundamentar la conservación de los apellidos que al adoptado le corresponden conforme a su anterior ley nacional en el artículo 199 RRC? Este es el fundamento legal que utiliza la recurrente, alegando que este precepto permite a los que adquieren la nacionalidad española conservar los apellidos que ostentaban antes de adquirir la nacionalidad española y que esta situación es la que afecta a un menor extranjero que ha sido adoptado por española, pues el menor también adquiere la nacionalidad española. Pero la aplicación del artículo 199 RRC en los casos de adopción de menores extranjeros por españoles debería salvar varios obstáculos. El primero, ni siquiera se lo plantea la DGRN. El artículo 199 RRC se refiere literalmente al que «adquiere» la nacionalidad española. ¿Puede aplicarse también en caso de «atribución»? La adopción, aunque conlleva una adquisición sobrevinida de otra nacionalidad distinta a la que se ostentaba desde el nacimiento, no es un supuesto de adquisición propiamente dicha, sino de atribución. El legislador español ha querido equiparar la nacionalidad que se adquiere con motivo de la adopción de un menor de edad a los supuestos de atribución de origen de la nacionalidad española. La voluntad del adoptado menor de edad de ser español o no serlo es irrelevante, pues aquél poseerá la nacionalidad española desde el momento en que se constituye válidamente la adopción. En cambio, en los supuestos de adquisición de la nacionalidad española se precisa la voluntad del interesado, ya sea manifestada personalmente, ya a través de su representante legal, presentando la solicitud de adquisición o haciendo la declaración de opción.

4. La DGRN no discute si la nacionalidad española que ostenta el menor adoptado es un supuesto de adquisición o de atribución. Casi parece dejar entrever que admite que la adopción de un menor de edad es un supuesto de «adquisición» de la nacionalidad española, aunque con la consecuencia de atribuir la nacionalidad española de origen. En todo caso, cabría plantearse si tiene sentido que exista un precepto como el artículo 199 RRC aplicable sólo a una de las posibles vías de llegar a ser español y no a otra, es decir, si hay alguna razón que justifique que

sólo los que adquieren la nacionalidad española por residencia, carta de naturaleza u opción puedan hacer la declaración de conservación de sus anteriores apellidos y no los que llegan a ser españoles en virtud de una adopción. Podría afirmarse que hay una diferencia importante y es que, los que adquieren la nacionalidad española por residencia, carta de naturaleza u opción no han cambiado de filiación, sólo de nacionalidad, lo que justifica el que puedan llamarse de otra forma distinta a la legal. En cambio, el extranjero menor de edad que es adoptado por español, no sólo ha cambiado de nacionalidad, sino que ha cambiado su filiación, por lo que el factor determinante de sus apellidos ha variado, debiendo equipararse al resto de españoles. En cualquier caso, el trastorno psicológico que se causa al menor extranjero adoptado y que deviene español puede ser el mismo que el que se causa a quien adquiere la nacionalidad española por residencia, lo que justificaría que se le extendiera también la posibilidad de conservar sus apellidos originarios. Al fin y al cabo, tan español es el que adquiere la nacionalidad española por una vía como aquel al que se le atribuye la condición de español por otra. Si se admite que una «categoría» de españoles lleven unos apellidos distintos a los determinados legalmente en España, ¿por qué no admitirlo para los demás?

La DGRN deniega la pretensión de la recurrente basándose en dos argumentos que constituyen el segundo y tercer obstáculo para la aplicación del artículo 199 RRC a este supuesto. Por un lado, afirma la DGRN el carácter personalísimo que tiene la declaración a la que hace referencia el artículo 199 RRC. De esta forma, la declaración de conservación de apellidos sólo la puede realizar el propio titular de los apellidos y, como se trata de una menor de edad, no podrían sus representantes legales efectuarla por ella. Pero, ¿por qué la declaración prevista en el artículo 199 RRC es un acto personalísimo? ¿Es porque una vez efectuada la declaración la situación que se constituye ya no se puede volver a modificar? Si fuera así, también debería ser personalísima la adquisición de la nacionalidad española, que, una vez adquirida no puede perderse, salvo cuando se cumplan los requisitos para la pérdida y, sin embargo, se admite la presentación de la solicitud de adquisición y el ejercicio del derecho de opción por los representantes legales de los menores. ¿Es personalísima porque el legislador ha concedido al declarante menor de edad un plazo de dos meses desde que alcanza la mayoría de edad para ejercitar la declaración? Esto no significa que, durante la minoría de edad no puedan los representantes legales efectuar la declaración por los menores. La previsión legal lo único que hace es facilitar esta posibilidad también a los menores de edad cuando alcanzan la mayoría de edad, en caso de que sus representantes legales no hayan efectuado la declaración durante la minoría de edad del naturalizado español.

En mi opinión, el artículo 199 RRC no se refiere a un acto personalísimo. Si fuera así, un menor de edad no podría ampararse en este precepto para conservar los apellidos que ostentara en forma distinta de la legal cuando haya adquirido la nacionalidad española por residencia, carta de naturaleza u opción. Sus representantes legales, que, en cambio, han iniciado el expediente de adquisición o ejercitado el derecho de opción en su nombre, no podrían hacer la declaración correspondiente en nombre de ese menor de edad para que conservara los apellidos que hasta ahora lo venían identificando. Más bien, considero que, en interés del menor de edad, se debe permitir que los representantes legales de los menores efectúen esta declaración para que los menores conserven los apellidos que les correspondían en forma distinta de la legal, conforme a su anterior nacionalidad, cuando ésta sea su voluntad, tanto en los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por residencia, opción o carta de naturaleza. Y si se admite en estos supuestos, también debería permitirse en caso de adopción de menores de edad, si bien, en esta última hipótesis, excepcionalmente, cuando ello vaya en interés del menor.

El segundo argumento que esgrime la DGRN es que no es la nacionalidad lo que determina los apellidos que se atribuyen al adoptado, sino la filiación. Aunque esta afirmación es correcta, no justifica la exclusión de la aplicación del artículo 199 RRC. La filiación determina

también los apellidos en los supuestos en que un extranjero mayor de edad adquiere la nacionalidad española por residencia, si bien en este caso, el legislador no ha tenido inconveniente en permitirle hacer la declaración para mantener otros apellidos distintos a los que le corresponden por filiación, según la ley española, para evitarle los inconvenientes del cambio de su identidad en toda su documentación o por otros motivos, al igual que permite el artículo 209.3.º RRC. Por eso, nada se debería oponer a que se admitiera también la conservación de los apellidos del adoptado en los supuestos excepcionales en que el interés del menor así lo exija.

En definitiva, no debería haber obstáculo a la conservación de apellidos por parte de los menores de edad adoptados, no con carácter general, sino después de una adecuada ponderación del interés del menor y siempre que se concluya que éste consiste en la conservación de los apellidos que venía ostentando con anterioridad a la adopción y a la atribución originaria de la nacionalidad española, bien sea por aplicación del artículo 209.3.º RRC, bien por aplicación analógica del artículo 199 RRC.

Ángeles LARA AGUADO

2. Protección de menores

2007-9-Pr

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.—Solicitud de restitución a otro país. Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Denegación del retorno. Concepto de retención ilícita. Interpretación del concepto de derecho de custodia. Cambio de residencia o establecimiento en otro país.

Preceptos aplicados: Artículos 3 y 5 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

«Primero. *El auto apelado denegó la solicitud de ordenar el retorno del menor implicado a Venezuela, realizada por el abogado del Estado, en representación de la Autoridad Central de España y en aplicación del Convenio La Haya, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980.*

Tal denegación se basa en estimar la juzgadora a quo que no se da en el presente caso el presupuesto al que el Convenio anuda la consecuencia instada por el solicitante, esto es, que no se ha producido la retención ilícita del menor Pedro Jesús por parte de su madre en España, que conllevaría la restitución inmediata de aquél a Venezuela, donde reside el padre. Razona la juez de instancia que no se ha producido tal retención ilícita porque, según establece el artículo 3.º del convenio, ésta tiene lugar cuando el traslado del menor se produce con infracción del derecho de custodia, en este caso atribuido a la madre por sentencia de 29 de abril de 2004, dictada por el juzgado competente venezolano. Dicho derecho de custodia, siempre de acuerdo con el Convenio de referencia de cuya aplicación se trata, comprende el derecho relativo al cuidado del menor y “en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”. Por tanto, según se concluye en la resolución apelada, si la madre que ostenta la custodia ha decidido fijar su residencia, con su hijo, en España, con ello no se ha vulnerado el derecho para cuya satisfacción se prevé la restitución, sino solo el derecho de visitas del padre, para cuya organización y garantía se indica en el Convenio que el país requerido deberá adoptar las medidas oportunas, pero sin que ello suponga la restitución solicitada en el procedimiento.

Segundo. Vistos los términos del Convenio de referencia, esta Sala no puede por menos que coincidir con las apreciaciones contenidas en la resolución apelada, por demás muy estudiada y minuciosa en sus razonamientos, que se dan aquí por reproducidos para evitar reite-

raciones inútiles. Insiste el abogado del Estado, en esta alzada, en que dicho Convenio no solo protege el derecho de custodia, sino también el de visitas, concebido como derecho-deber del padre y también del hijo. Es cierto que la Sra. Nuriaha ha actuado de forma que obstaculiza gravemente lo dispuesto en la sentencia de divorcio, ya que la distancia que ha creado entre padre e hijo no hace factible que el régimen de visitas fijado para ellos se lleve a efecto. Esta situación podrá tener otras consecuencias, eventualmente en sede del tribunal competente para regular las consecuencias del divorcio y resolver lo que corresponda ante el incumplimiento de sus resoluciones; y en su caso el Estado español adoptará las medidas precisas para que las visitas puedan tener efectividad, pero lo que no procede es acordar la inmediata restitución del menor a su país de origen, que, como se viene repitiendo, es la consecuencia de la vulneración del derecho de custodia, no del de visitas (...)».

[Auto Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 172/2006 (Sección 4), de 22 de noviembre. Ponente: Ilma. Sra. D.^a Pilar Aragón Ramírez.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2007/75775.

Nota: 1. La valoración que merece el AAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2006 en relación con la aplicación del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de noviembre de 1980 (en adelante, Convenio de La Haya de 1980) es esencialmente negativa, aunque de su análisis no pueda deducirse esta meditada conclusión e incluso pueda predicarse lo contrario. De una primera lectura de la resolución me llamó poderosamente la atención la sencillez del caso planteado y la contundencia de la Audiencia en sus fundamentos jurídicos. Tengo por costumbre al comentar una resolución judicial obtener la decisión de instancia recurrida, y al leer el Auto del JPI núm. 4 de Arona de 25 de abril de 2006 constaté con sorpresa que las cuestiones de hecho relatadas en apelación no se correspondían exactamente a las del supuesto litigioso planteado ante nuestros tribunales. La Audiencia resumía los hechos del siguiente modo: menor de 5 años en la fecha de la supuesta sustracción ilícita que había vivido en Venezuela. Los padres se divorciaron en 2004, siendo atribuida por sentencia judicial venezolana la custodia a la madre y un derecho de visita al padre. La madre decidió trasladar su residencia a España junto a su hijo, y el padre frente a tal conducta solicitó la restitución del menor a Venezuela activando el mecanismo *ad hoc* del Convenio de La Haya de 1980. La Audiencia deniega la restitución del menor, confirmando el auto de instancia, al considerar que no concurría el presupuesto de «retención ilícita», pues el traslado a España se había producido sin infracción de los derechos de custodia. Estima que se han vulnerado los derechos de visita del progenitor no custodio e, implícitamente, deja abierto el mecanismo del artículo 21 del Convenio de La Haya de 1980 para su protección. Obvia la Audiencia en su relato fáctico dos importantes matices: 1.º) Existía una resolución judicial venezolana de 6 de abril de 2005 que autorizaba a la progenitora a trasladar al menor a España durante un plazo exclusivamente de 44 días, al término del cual debía regresar a Venezuela; 2.º) La progenitora había incumplido flagrantemente la resolución judicial extranjera (a los 8 meses del incumplimiento se solicita la restitución del menor) y había decidido unilateralmente fijar su residencia habitual y la del menor en España. La principal crítica a la resolución objeto de este comentario se encuentra ya suficientemente justificada. El órgano de apelación no fue fiel a ciertos datos fácticos (y no debe olvidarse que en apelación, el tribunal debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho discutidas en el proceso, a diferencia del recurso de casación) y su fallo no puede sino valorarse negativamente, pues exigía otra argumentación jurídica y, a mi juicio, otro fallo. Adelanto que si el presente comentario se hubiera limitado al auto de apelación me habría unido a la interpretación que realiza la Audiencia del concepto de «derecho de custodia» para concluir que no existía «retención ilegala» en el sentido del Convenio de La Haya de 1980 (aunque, como ahora se verá, existe prác-

tica judicial comparada que permitiría sostener lo contrario). Sin embargo, científicamente, creo que estoy obligada a retomar el supuesto fáctico litigioso suscitado, denunciar la actitud jurídica de la Audiencia, y redactar esta nota a la luz de los hechos reales y de las argumentaciones jurídicas de ambas instancias.

2. En líneas generales, como se deduce, la cuestión versa sobre la problemática asociada a la protección de los derechos de custodia y los derechos de visita en el contexto internacional, ejemplificando los cambios que se han producido respecto a los casos-tipo de sustracción vigentes en el momento en que se redactara el Convenio de La Haya de 1980 [en la actualidad, aproximadamente 2/3 de los padres que trasladan o retienen al menor son las personas que ejercen el cuidado primordial del menor, en su mayoría las madres (vide «Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños», 30 de octubre-9 de noviembre de 2006, adoptadas por la Comisión Especial, noviembre de 2006, Introducción, *www.hcch.net*)]. Las cuestiones jurídicas controvertidas que plantea el supuesto son básicamente dos: la primera, en toda su extensión y como centro neurálgico, marcar la línea divisoria o frontera entre los derechos de custodia y los derechos de visita en el marco del Convenio de La Haya de 1980 a efectos de calificar un desplazamiento del menor como «traslado ilícito»; la segunda, el problema del «traslado» o «establecimiento en otro país» en relación a las restricciones territoriales del derecho de custodia como medidas preventivas al secuestro y a la protección del derecho de contacto transfronterizo entre padres e hijos.

3. Respecto a la primera cuestión, el problema subyacente era muy simple: se trataba de determinar si el desplazamiento del menor desde Venezuela a España por su progenitora era una situación subsumible en el concepto de «traslado ilícito» retenido por el Convenio (art. 3) como presupuesto material de su aplicación. El elemento decisivo contemplado en el citado precepto para calificar el desplazamiento como ilícito es que el traslado del hijo menor infrinja los derechos de custodia atribuidos, separada o conjuntamente, a una persona, una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente del Estado en que el hijo menor tenía su residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o retención, pudiendo resultar tal derecho de una atribución de pleno derecho o de una decisión judicial o administrativa vigente en dicho Estado. El derecho de custodia comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia (art.5). Ambas instancias erraron técnicamente en su apreciación de la falta de ilicitud del traslado (la primera expresamente, la segunda de manera implícita). Efectivamente, la progenitora tenía atribuida en virtud de sentencia judicial extranjera la custodia del menor y el padre un derecho de visita consistente en un fin de semana cada 15 días. Sin embargo, conforme al derecho venezolano (el art. 5 debe siempre interpretarse con arreglo al derecho del lugar de la residencia habitual del menor), la progenitora necesitaba el consentimiento del padre otorgado en documento auténtico para trasladar la residencia del hijo a otro país y, en su defecto, autorización judicial (arts. 389 y 390 de La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, *Gaceta Oficial* núm. 5266 Extraordinario del 2 de octubre de 1998). Aunque la madre había obtenido conforme a los cauces legales una autorización para trasladar al hijo menor a España, se trataba sólo de una autorización temporal, por lo que a partir del momento en que incumple la citada decisión judicial no reintegrando al menor a Venezuela (20 de mayo de 2005) vuelve a estar privada del derecho a fijar por ella sola el lugar de residencia de su hijo (ya sea en España o en otro país), infringiendo no sólo el derecho de visita del padre, sino también el derecho de cus-

todia de éste (el padre vuelve a reactivar su derecho a veto y, en ausencia de su consentimiento, el del tribunal), y concurre una «retención ilícita» del menor en el sentido del artículo 3.

La tesis que defiende en este comentario conforme a la cual un derecho a vetar el cambio de residencia conferido a un tribunal o a un progenitor, quien de otro modo no tendría más que un derecho de visita, equivale a un derecho de custodia a los fines del Convenio, es avalada por numerosos argumentos: 1.º) La definición e interpretación autónoma del concepto «derecho de custodia» preconizada por la doctrina que identifica derecho de custodia con el derecho de fijar la residencia habitual del menor [vide GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La aplicación del Convenio de la Haya sobre secuestro de menores: estudio de derecho comparado», *La sustracción internacional de menores (Aspectos Civiles). II. Jornadas de Derecho internacional privado*, Toledo, 1991, pp. 70-71; BEAUMONT, P., y ELEAVY, M. C., *The Hague Convention on International Child Abduction*, 1999, pp. 75-82]; 2.º) El amplio enfoque seguido por los delegados de la Segunda Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio, «Rapport de la Deuxième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants tenue du 18 au 21 janvier 1993» (Conclusión 2), www.hcch.net; 3.º) Una abrumadora práctica judicial en el resto de los Estados contratantes, pues es la interpretación seguida en Alemania, Australia, Austria, Canadá, Escocia, Inglaterra, Francia, Alemania, Suiza y Nueva Zelanda [un repaso por la jurisprudencia recogida bajo la rúbrica de «derecho de custodia» en la base de datos *Incadat* (www.incadat.com) demuestra esta conclusión].

No cabe duda que también existen inconvenientes a la interpretación extensiva del concepto convencional de derecho de custodia: 1.º) Difumina los contornos entre derecho de custodia y derecho de visita en el marco del Convenio (aunque en realidad ello refleja la evolución de los Derechos materiales de los Estados parte hacia fórmulas de «coparentalidad»); 2.º) La interpretación extensiva llevada a sus últimos términos borra incluso la frontera entre los conceptos derechos de custodia/derechos de visita, llegando a confundirlos y desvirtuando por completo los objetivos del Convenio. En esta línea, resulta interesantísimo el enfrentamiento abierto entre la jurisprudencia inglesa y la jurisprudencia irlandesa en torno a la «teoría de los derechos implícitos». La jurisprudencia inglesa ha interpretado que el progenitor que tiene solo la custodia no tiene derecho a frustrar los derechos de visita al trasladar a un menor a un lugar más distante y califica el desplazamiento como ilícito en tanto infringe un derecho implícito a decidir sobre el lugar de residencia del menor (vide *High Court* de Inglaterra de 21 de agosto de 1991, www.incadat.com, HC/E/Uke 35). La jurisprudencia irlandesa, por el contrario, rechaza este enfoque, considerando que en estos casos la maquinaria adecuada para proteger los derechos vulnerados es exclusivamente el artículo 21 del Convenio (*Supreme Court* irlandesa en su decisión de 14 de abril de 2000, www.incadat.com, HC/E/IE 271). Parece que la interpretación inglesa va demasiado lejos aceptando una zona indefinida de derechos de custodia incipientes no atribuidos o implícitos y no debe ser apoyada. Debe observarse que únicamente conforme a esta teoría de los derechos implícitos se hubiera podido defender (cosa que no hago) la ilicitud del supuesto planteado en los términos desdibujados por el auto de la AP; 3.º) La interpretación amplia del concepto derecho de custodia provoca sin duda resultados que no encajan en el funcionamiento convencional y, particularmente, en casos como éste en que el progenitor sustractor y cuidador principal del menor no piensa regresar al Estado de origen; 4.º) Obliga a reinterpretar el elemento fáctico exigido para la concurrencia del presupuesto de la actuación convencional (ejercicio «efectivo del derecho de custodia»). Tampoco se desconoce que existe una jurisprudencia comparada minoritaria que defiende el criterio opuesto, interpretando de manera limitada el contenido de los derechos de custodia [en Estados Unidos, los tribunales de apelación federales se encuentran divididos, habiendo resultado muy significativa la posición negativa del *United States Court of Appeals for the Second Circuit* (caso *Croll*) de 9 de octubre de 2001 (www.incadat.com), HC/E/USf (313)]. No obstante,

a pesar de los inconvenientes y de las discrepancias judiciales interpretativas en torno a la tesis del derecho a veto al traslado en combinación con un derecho de visita equivale a derechos de custodia, ésta debe imponerse en aras a obtener la máxima interpretación uniforme del Convenio y paliar los efectos negativos derivados del riesgo de particularismos. Las decisiones objeto de este comentario al separarse de esta interpretación deben ser criticadas, y sobre todo si se advierte que resulta necesario en la jurisprudencia española un fallo que se adhiera a la misma sin fisuras (un precedente contundente) en sintonía con la jurisprudencia comparada [hasta el momento, la jurisprudencia española ha sido en este aspecto contradictoria y, en su mayor parte, implícita, inédita o ha abordado la cuestión de manera incidental [vide GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «International Child Abduction in Spain», *International Journal of Law, Policy and the Family* 15, (2001), pp. 327-349, esp. pp. 332-334. Entre el conjunto, sólo merece destacarse positivamente el AAP de Zaragoza de 31 de mayo de 1996 (vide nota de MOYA ESCUDERO, M., *REDI.*, vol. XLIX, 1997, 2, pp. 244-246)].

4. Pasando a la segunda cuestión que suscitan estas resoluciones, el supuesto resulta sugerente para reflexionar brevemente en torno a algunos de los problemas que en los últimos años vienen preocupando y ocupando a la Conferencia de La Haya de DIPr. en su constante esfuerzo de adaptar el Convenio al nuevo contexto social subyacente en los traslados ilícitos. Es evidente que la intención de la progenitora *in casu* era cambiar su residencia de Venezuela a España, estableciéndose junto con su hijo en nuestro país, y que actuó de una manera fraudulenta abusando del contenido de su derecho de custodia. La frecuencia con que actualmente se producen los casos de cambio de residencia o reubicaciones en otro país ha sido en los últimos años advertida con preocupación en el funcionamiento del Convenio. Los tribunales de los Estados contratantes han adoptado distintas posturas a la hora de decidir si autorizan o no reubicaciones, aunque se reconoce que un enfoque excesivamente restrictivo puede tener un efecto adverso sobre el funcionamiento del Convenio, provocando acciones unilaterales de traslado ilícito, como precisamente ocurrió en este supuesto [vide «Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores» (22-28 de marzo de 2001), redactadas por la Oficina Permanente, abril de 2001, pár. 7.3; «Rapport sur la cinquième réunion de la Commission spéciale» (30 octobre-9-novembre 2006), párrs. 220-225, www.hcch.net]. La solución adecuada a los problemas que suscita este tipo de situaciones debe pasar naturalmente por la vía preventiva, organizando adecuadamente –antes del traslado– un régimen de visitas efectivo que garantice los derechos de visita y de mantener un contacto transfronterizo entre padres e hijos [en este sentido, de un lado, la Conferencia de La Haya ha empezado afortunadamente a trabajar en el plano de las medidas preventivas al secuestro y se manifiesta de este modo en relación a los problemas inherentes al cambio de residencia (vide, «Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Tercera parte –Medidas de prevención–», Conferencia de la Haya de DIPr., 2005, www.hcch.net, apdo. 2.2.; de otro lado, el problema ha sido analizado específicamente en relación al derecho de visita en los trabajos realizados por la Conferencia con objeto de mejorar el funcionamiento del artículo 21 del Convenio (vide «Derecho de visita transfronterizo: principios generales y buenas prácticas», elaborado por DUNCAN, W., Doc. prel. núm. 4 de octubre de 2006 a la atención de la Quinta reunión de la Comisión especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980, La Haya, 30 de octubre-9 de noviembre de 2006, Cáp. 6, www.hcch.net). El tribunal venezolano actuó, a mi juicio, correctamente, pues la pretensión que fraudulentamente solicitó la progenitora fue solo una autorización temporal para venir a España. El tribunal extranjero (ante la falta de consentimiento del padre) no actuó restrictivamente sino, al contrario, preconstituyó la ilicitud de la retención (autorización por 44 días en España) y confió en la operatividad del Convenio de La Haya de 1980 y en los tribunales españoles a la hora de ordenar el retorno del menor al Esta-

do de su residencia habitual, en el caso que la madre, como hizo, decidiera no regresar junto a su hijo a Venezuela. Los tribunales españoles, por el contrario, aplicaron incorrectamente el Convenio de La Haya de 1980 al apreciar, como se ha analizado, la falta de ilicitud de la retención del menor en España por su progenitora al término de los 44 días. El punto de partida debía haber sido sancionar el secuestro, ordenar el retorno inmediato del menor a Venezuela (art.12), y facilitar así que los tribunales de la residencia habitual del menor ejercieran su natural competencia para modificar, en su caso, el derecho de visita con vistas a su carácter transfronterizo.

5. Finalmente, no puedo concluir esta nota sin apuntar algunos de los errores jurídicos apreciados en estas decisiones: 1.º) La juzgadora de instancia razona y aplica el Convenio de La Haya de 1980 de manera incorrecta e incongruente, alterando el orden lógico del razonamiento jurídico. La premisa era determinar si existía retención ilegal y si se llegaba a la conclusión de su no concurrencia, era innecesario e improcedente plantear si concurría o no causa de excepción al no retorno. Equivocadamente, la juzgadora razona primero en términos de la posible concurrencia de la integración del menor en España como motivo para no ordenar el retorno (aun cuando reconoce expresamente que el supuesto se encontraba entre los casos en los que había transcurrido un periodo inferior a un año desde que se produjo el traslado y, por tanto, dicho motivo no podía invocarse) y, segundo, concluye con la inexistencia de traslado ilícito. Ahondando aún más, pueden leerse en el auto expresiones cuando menos alarmantes, como la interpretación que se realiza acerca de las causas de no retorno: «*confieren un amplio arbitrio al órgano judicial del Estado en el que se encuentra el menor trasladado o secuestrado*»; 2.º) respecto a la decisión de la Audiencia, aparte de reiterar su incalificable error optando por «*dar por reproducidas las apreciaciones contenidas en la resolución de instancia*» y fundamentar incorrectamente su fallo, debe valorarse de manera extremadamente negativa el incumplimiento flagrante de los plazos procesales en que incurre. Se tardó en resolver más de seis meses cuando el procedimiento sumario *ad hoc* previsto en la LEC 1881 circunscribe de manera improrrogable el plazo para resolver el recurso de apelación a veinte días (art. 1909 LEC 1881). Es preciso resaltar que la importancia de cumplir con la obligación de rapidez en los procedimientos de restitución *ex* artículo 11 del Convenio, incluidas las apelaciones, sigue siendo reiterada de manera continua por la Conferencia de La Haya [vide «*Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial...*», cit., (1.4.1)]. No cabe duda que la AP con este incumplimiento procesal terminó por legalizar la acción unilateral, ilícita y fraudulenta de la progenitora sustractora en España, pues el menor probablemente a la fecha de la resolución ya se encontraba integrado en nuestro país. En fin, solo cabe esperar que estas resoluciones judiciales no sienten precedente alguno y que nuestros tribunales sigan perfeccionando la práctica judicial española en la materia interiorizando la idea de que el retorno del menor objeto de una sustracción ilícita responde a su interés superior (interés del menor que desafortunadamente, una vez más, se ha visto sacrificado en el conflicto).

Sandra GARCÍA CANO

3. *Divorcio*

2007-10-Pr

DIVORCIO DE MARROQUÍES RESIDENTES EN ESPAÑA.—Revocación de la sentencia de instancia. Aplicación del Derecho marroquí, correspondiente a la nacionalidad común de los cónyuges. Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de aplicación del Derecho extranjero.—Aplicación del principio *iura novit curia* cuando se trata de cues-

ciones de estado civil. Reconocimiento de la decisión española en el país de origen.—Utilización del «método del reconocimiento».

Preceptos aplicados: Artículo 107 del CC y artículos 98, 101 y 128 del Código de familia de Marruecos de 2004.

«Segundo. [...] En el derecho marroquí, por otra parte, el artículo 128 de la *Moudawana*, o Código de Familia, reconoce la eficacia de las resoluciones dictadas por los tribunales extranjeros en esta materia, siempre que se apliquen instituciones equivalentes a las previstas en el referido cuerpo legal.

En consecuencia, no son de aplicación los artículos 41 ni 84 del Código de Familia de Cataluña. El error en la causa de pedir determinaría la desestimación del recurso, mas tratándose de cuestión sobre estado civil, corresponde al Tribunal subsanar tal deficiencia técnica por aplicación del principio *iura novit curia* que ha de extenderse al Derecho extranjero, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC núm. 10/2000, de 17 de enero, al interpretar el segundo párrafo del antiguo artículo 12, 6.º, del Código civil, trasladado con la nueva ley procesal, al vigente artículo 281.2 LEC».

[Sentencia de la AP: de Barcelona núm. 381/2006 (Sección 12.ª), de 8 de junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2007/19193.

Nota: 1. La Sentencia de la AP de Barcelona, de 8 de junio de 2006, presenta varias cuestiones de interés, en relación con el recurso de apelación presentado contra la decisión del Juzgador de instancia, que declara el divorcio de un matrimonio de personas de nacionalidad marroquí de conformidad con la ley española: en primer lugar, la propia formulación del *petitum* de la demanda, dado que la recurrente solicita una indemnización por desequilibrio económico y, de forma subsidiaria, la pensión compensatoria, de conformidad con los artículos 41 y 84 del Código de Familia de Cataluña (aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio). En segundo extremo, tiene interés la interpretación que realiza la AP de Cataluña del artículo 12, 6.º del CC, tras su modificación por la LEC/2000, en relación con las materias que se refieren al estado civil de las personas, dado que indica que en tales casos rige el principio *iura novit curia*. Y, en tercer lugar, cabe realizar un breve comentario acerca de la regulación del divorcio en el actual Código de Familia de Maruecos (en adelante, CFM), dado que la AP de Barcelona aplica el artículo 98 del citado Código (que se desarrollan en los arts. 99 y ss.) para declarar el divorcio y sus efectos.

2. En lo que respecta al *petitum* de la demanda, es llamativo el hecho de que la recurrente alegue dos motivos: en primer lugar, solicita una indemnización por desequilibrio económico y, en su defecto, la pensión compensatoria. Ambas peticiones se basan en lo dispuesto en el CFC (arts. 41 y 84). Sin embargo, la AP considera que no procede la aplicación del referido Código porque «no se ha demostrado que ostenten la nacionalidad española». Esta explicación se justifica, dado que la legislación civil de las CCAA que tienen Derecho propio sólo es de aplicación por razón de vecindad civil en los respectivos territorios del Estado español cuando concurre alguno de los criterios que prevé el artículo 14 del Código civil y la persona ostenta la nacionalidad española (art. 15 del CC). Esto es, la vecindad civil determina el estatus personal de los españoles con respecto a los diversos ordenamientos civiles coexistentes en nuestro país (vide BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al art. 14 del CC» *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, EDERSA, Madrid, 1993, p. 1210).

La AP concede la indemnización solicitada, pero en aplicación del artículo 101 del CFM, que prevé que la autoridad judicial puede fijar una cantidad en tal concepto en el caso de que el

divorcio se haya declarado cuando se demuestra que el esposo ha causado a la esposa un perjuicio constante el matrimonio, de conformidad con el artículo 98 del CFM (véase de forma más detenida *infra*). Esto es, la falta de aportación del Derecho extranjero por las partes no da como resultado la aplicación (sustitutiva) del Derecho español, esto es, el Derecho común. De conformidad con este último, la autoridad judicial no hubiese podido imponer el pago de una indemnización, sino de una pensión por desequilibrio económico (art. 97 del CC), que no tiene el mismo fundamento que la primera (vide HIDALGO GARCÍA, S., *Las pensiones de alimentos y compensatoria en los casos de separación y de divorcio*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 19).

Los hechos que dan lugar a la presente SAP de Barcelona ponen de relieve el comportamiento (descrito por la doctrina comparada) de las personas inmigrantes o inmigradas en orden a su defensa jurídica (inserción jurídica), que consiste en alegar el ordenamiento de conformidad con el cual puedan conseguir el derecho o el interés que invocan, y ello con independencia de la mayor o menor «vinculación cultural» que las citadas personas puedan –aún– tener o mantener con su sistema jurídico de origen (vide FOLETS, M.^a-C., *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Karthala, París, 1994, pp. 105 y ss). No obstante, el sistema de Derecho internacional privado ha de cumplir una nueva función en el actual contexto de la inmigración; en particular, la integración comunicativa de los/las inmigrantes, tanto en la sociedad de origen como en la sociedad de acogida (véase *infra*).

3. La AP de Barcelona aplica el Derecho marroquí para determinar la procedencia de la indemnización, dado que el divorcio se justifica en el «*incumplimiento grave por parte del marido de determinadas obligaciones como la de mantenimiento y la de ausencia del domicilio familiar*» (art. 98 del CFM). La aplicación del Derecho extranjero tiene lugar en este caso a pesar de que ninguna de las partes había basado su pretensión ni defensa en el citado ordenamiento. Sin embargo, la AP considera que, si bien el error en la causa de pedir determinaría (por sí sólo) la desestimación del recurso, corresponde al Tribunal subsanar tal «deficiencia técnica», por aplicación del principio *iura novit curia* que ha de extenderse al Derecho extranjero, al tratarse de una cuestión de estado civil.

La AP considera que el error técnico que ha tenido lugar, relativo a la falta de aportación al proceso del Derecho extranjero, ha de ser corregido a través de la actuación de oficio de la autoridad judicial, que, además, ha de conocer su contenido. Sin embargo, este razonamiento no está amparado por la jurisprudencia del TC, más concretamente, por la Sentencia 10/2000 –que cita la AP–, pues dicha decisión parte de un supuesto de hecho muy específico. El TC no indica que corresponde en todo caso a la autoridad judicial la aportación de oficio del Derecho extranjero, sino sólo cuando conste un indicio mínimo de prueba, en cuyo caso dicha autoridad ha de utilizar los medios y procedimientos necesarios para aportar el contenido de la legislación extranjera, pues, de lo contrario, se vulneraría el artículo 24 de la CE. De otro lado, la AP establece una relación entre la aportación de oficio del Derecho extranjero y el principio *iura novit curia*. De hecho, no consta cuál ha sido el cauce (p. ej., utilización para ello del Convenio de Londres de 1969) ni medios de prueba utilizados para llevar al proceso el contenido del CFM (p. ej., traducción fidedigna de las disposiciones del Código, informes realizados por juriconsultos extranjeros).

En este sentido es criticable esta sentencia, pues la AP de Barcelona realiza su propia interpretación de los artículos 98 y ss. del CFM, tanto para declarar el divorcio como para establecer la indemnización (art. 101 del CFM), al concurrir una de las causas previstas en el citado artículo 98, más concretamente, la existencia de un perjuicio causado por el esposo a la mujer. Esto es, la AP valora la noción de «perjuicio» (véase *infra*) prevista en el ordenamiento marroquí, al considerar que «*los incumplimientos de las obligaciones conyugales por el esposo han sido graves y reiterados. Se han acreditado las siguientes faltas: a) vejaciones y malos tratos (informe médico del doctor Evaristo); b) desatención personal, concretada en la maniobra por la que dio de baja del padrón a la esposa y el hijo menor; c) abandono económico de la espo-*

sa, que ha tenido que incorporarse al trabajo precario de empleada de hogar; y d) total ausencia del domicilio familiar tras contraer un nuevo matrimonio en Marruecos». Por tanto, si bien es loable la posición seguida por la AP de Barcelona en orden a la aplicación del Derecho extranjero, hay que criticar la falta de aportación de las pruebas necesarias para hacer una adecuada aplicación de las disposiciones del CFM, más concretamente, en este caso, de la concurrencia de la concreta causa de divorcio (de las recogidas en el art. 98 del CFM), en orden a determinar la procedencia de la indemnización, que ha de partir de su interpretación por la jurisprudencia marroquí y por la doctrina de este país.

4. En el Derecho marroquí está prevista la posibilidad de que el esposo pague a la esposa una indemnización, si procede el divorcio por la existencia de un perjuicio que ha sufrido la mujer (arts. 98 y 99 del CFM). Concretamente, el artículo 98 del CFM prevé un conjunto de motivos por los que la esposa puede solicitar el divorcio judicial, que son los siguientes: «1) por incumplimiento del esposo de alguna de las condiciones estipuladas en el contrato matrimonial; 2) por perjuicio; 3) por falta de manutención (por parte del esposo); 4) por ausencia del cónyuge; 5) por la existencia de vicios que hacen imposible la vida íntima de los cónyuges; y 6) juramento de continencia por parte del marido y abandono de sus obligaciones íntimas» (traducción propia). Estas causas de divorcio están muy relacionadas con la propia comprensión en los ordenamientos de influencia y tradición musulmana de la finalidad del matrimonio, que básicamente es un contrato en el que las obligaciones de las partes quedan muy bien establecidas, aunque tiene evidentes connotaciones religiosas y, por ende, sagradas [vide MONTILLA, A. (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Serv. Publ. Universidad de Córdoba, 2003, pp. 32 y ss.)

Por ello, puede –incluso– ponerse en tela de juicio que el artículo 98 del CFM regule la institución del divorcio, tal y como es comprendida en el ordenamiento español (LOUKILI, M.), sino que debería hablarse de forma más apropiada de nulidad o de anulación del matrimonio por la existencia de un vicio (p. ej., una circunstancia que haga imposible la relación íntima entre los miembros de la pareja) o de rescisión del contrato en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones de las partes. Si la mujer ha sufrido un perjuicio, el artículo 101 del CF prevé que la autoridad judicial pueda imponer al esposo que le abone una indemnización. De otro lado, el legislador marroquí considera que el incumplimiento de alguna de las condiciones previstas en el contrato de matrimonio también ocasiona un perjuicio a la esposa (art. 99 del CF).

Esto es, en todo caso dicho incumplimiento conlleva un perjuicio y, por tanto, la posibilidad de que el juez imponga una indemnización. Si bien no es frecuente en el momento actual que la mujer recoja en el contrato de matrimonio un amplio contenido relativo a sus condiciones para su otorgamiento, cabe citar a modo de ejemplo las siguientes cláusulas: puede indicar que no necesita el consentimiento del esposo para solicitar el pasaporte para viajar al extranjero; que el marido ha de permitir la visita de los familiares de la esposa al hogar común; puede estipular también que tiene derecho a solicitar el divorcio en caso de que el marido contraiga matrimonio con una segunda esposa, etc. En este último caso, no sólo tiene lugar el incumplimiento del contrato, sino que se trata de uno de los supuestos que ahora la versión oficial en francés del CFM [publicada en el *Bulletin Officiel* núm. 5358 de 2 *ramadan* 1426 (6 de octubre de 2006)], denomina «divorcio bajo control judicial», que pone en manos de la mujer la posibilidad de obtener el divorcio, sin que sea necesario el consentimiento del marido.

De otro lado, la jurisprudencia marroquí ha considerado que el esposo ha causado un perjuicio a la mujer en las siguientes ocasiones: por imputación calumniosa de adulterio (STS núm. 844, de 21 de julio de 1987, *Dossier del Estatuto personal* núm. 875097); insultos, penetración anal, falta de paridad entre los cónyuges, etc. La mujer ha de probar la existencia de los hechos que determinan la existencia de un perjuicio, a través de los medios de prueba previstos en el ordenamiento marroquí, entre los que se encuentra la prueba de testigos, a los que el tribunal oír en la sala. En caso contrario, el Juez podrá declarar el divorcio por el procedimiento

previsto en los artículos 94-97 del CFM, esto es, por disensión. La interpretación que está haciendo la jurisprudencia marroquí es que tal indemnización corresponde siempre que se trate de un incumplimiento del contrato de matrimonio, pero no en todo caso cuando el divorcio tiene lugar como consecuencia de que la esposa ha sufrido un perjuicio, sino que la autoridad judicial tendrá que valorar el alcance de tales daños en orden a su determinación.

5. Por último, la AP cita el artículo 128 del CFM para poner de relieve que la aplicación del Derecho marroquí al divorcio de los cónyuges facilitará la homologación de esta decisión en Marruecos. Esta forma de interpretar y aplicar el sistema de DIPr presenta gran interés en el momento actual, en el que es preciso dar respuesta a las nuevas «situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración» de forma distinta al modo en que se resuelven las relaciones de tráfico externo en las que no está presente el citado elemento socio-económico. Tales adaptaciones afectan al método de reglamentación de las situaciones privadas vinculadas con la inmigración, de tal forma que sólo han de constituirse en el foro las relaciones privadas que vayan a ser reconocidas en el país de origen de la persona inmigrante o inmigrada, salvo que la ponderación de los intereses en presencia (así como la justicia del resultado) permita considerar que resulte más lesivo al interés del sujeto dejar de constituir la relación de conformidad con el ordenamiento del foro que la falta de reconocimiento de tal relación en dicho país de origen.

Por último, agradecemos muy sinceramente las observaciones que nos han realizado Mohammed Loukili, Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad Momahhed V de Rabat (Marruecos) para elaborar esta Nota.

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, Karima OUALD ALI y Tijaniya SAGHIR

4. *Obligaciones contractuales*

2007-11-Pr

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.—Ley aplicable al contrato. No aplicación del Convenio de Roma por no ser Costa Rica parte del Convenio.

Preceptos aplicados: artículos 10.5 y 1262 del CC.

Primero. *Articula la parte apelante como motivo previo en su escrito de recurso de apelación, la determinación de la legislación aplicable en cuanto que nos hallamos ante un conflicto de naturaleza mercantil derivado de una compraventa internacional de mercancías entre una entidad vendedora-actora de nacionalidad costarricense y una entidad compradora-demandada de nacionalidad española y siendo así que el órgano de instancia rechaza la aplicación del derecho de Costa Rica, al contrato suscrito entre partes (...).*

Segundo. *Esta Sala, y tras el estudio detenido de las alegaciones de ambas partes, ha de rechazar el motivo previo y no por falta de prueba del contenido del derecho extranjero que se intenta sea de aplicación por el recurrente, cuestión esta que como se reiterará, deviene posterior al examen de la aplicación de la legislación del país de Costa Rica o de España, y en tal sentido y procediendo a resolver con carácter previo tal cuestión el recurso no puede prosperar por varios argumentos; a saber, no consta acreditado que Costa Rica forme parte del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, de hecho la parte apelante, entidad española, mantiene y acude al artículo 2 del Convenio en base a su aplicación respecto de Costa Rica por mor de invocar el principio de universalidad, obviando la divergente interpretación que al mismo se da cuando reza del tenor siguiente: «La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante», ya que no se trata de desconocer el invocado prin-*

cipio de universalidad, sino de remitir en virtud del mismo a las partes adheridas al Convenio ante normas de conflicto a la normativa de un tercer Estado que no sea parte del contrato. Por tanto, encontrándonos ante una compraventa de mercancías, cuya oferta se efectúa por una empresa española y por tanto desde España no erraría la sentencia de instancia al acudir a la aplicación de los artículos 1.262 y 10.5 del CC, recogiendo: «Según el artículo 10.5, apartado 1, del Código Civil» se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a las que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y en último término, la ley del lugar de celebración del contrato». En el presente caso, no existe sometimiento expreso de las partes a una legislación concreta ni ley nacional o residencia habitual común, por lo que resulta de aplicación la ley de lugar de celebración del contrato. Para determinar éste, ha de acudirse al artículo 1.262 del Código Civil, que en su apartado segundo establece que «hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta –en este caso, Bilbao– y el que la aceptó –Costa Rica–, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta». En el caso que nos ocupa es España (Bilbao) el lugar en el que se hizo o desde el que se remitió la oferta, por lo que el contrato debe entenderse celebrado en España (art. 1.262 CC) y en consecuencia el derecho aplicable es el español (art. 10.5 CC)».

A mayor abundamiento y contando con una supuesta aplicación hipotética del Convenio de Roma (...), el art. 4 prevé que la ley aplicable a falta de elección (cual es el caso presente), al contrato conforme a las disposiciones del art.3, será la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Continúa el precepto estableciendo que : «Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central», encontrándonos ante una compraventa de mercancías, en este caso, cuya oferta se efectúa por una empresa española y por tanto desde España y consideración verificada al alegato recogido en la meritada sentencia, de que cuando ante un contrato de compraventa internacional de mercancías nos hallamos, las características del mismo, cuales son ser de carácter sinalagmático, bilateral y generador de obligaciones mutuas y recíprocas, tanto la obligación de entrega de la cosa vendida como la de abono del precio son correlativas y de igual rango, no pudiendo mantenerse válidamente, que en el caso que nos ocupa sea la legislación de Costa Rica la prevalente, cuando España es el país del lugar de celebración del contrato, desde el cual se efectuó la correspondiente oferta, y tal y como alega la contraparte, por lo que hace al pago del precio, el mismo se acordó como crédito documentario que la empresa española abrió con una entidad bancaria igualmente de nacionalidad española y en España radica así mismo el Banco avisador (...).

A mayor abundamiento, precisar que y antes de la promulgación de la LOPJ con fundamento en los artículos 51 y 70 de la LEC se venía postulando la universalidad de la competencia de la jurisdicción española en los procesos con un elemento de extranjería, y no podía el demandado en España hacer valer, pese a su alegación en tiempo y forma oportunos, la excepción de sumisión a juez extranjero o de litis pendencia ante Tribunal extranjero puesto que se entendió que el único competente era el juez español ante el que se había planteado el litigio y en cuya sede nacional se sustanciaba, y tras la entrada en vigor de la LOPJ se instauraron reglas de conflicto al respecto, así en el artículo 21, en cuyo apartado 1.º contiene una declaración idéntica a la del artículo 51 de la LEC remitiéndose en el inciso final, a los Tratados y Convenios Internacionales en que España será parte y en el artículo 22, distingue unos asuntos en que el fuero es exclusivo, otros en que admiten la sumisión y con ello la proroga el ámbito por voluntad de las partes, y por último, señala una serie de cuestiones que se atribu-

yen a los tribunales españoles con carácter general para el caso de que no se haya sustraído por sumisión el conocimiento. Por lo que ante la falta de sumisión expresa hay que acudir al fuero del domicilio del demandado, que se establece en favor de éste, en atención al principio de favor defensionis, facilitando de esta manera el derecho de defensa del demandado, con lo que no estamos ante un problema de conflictos de normas a nivel internacional, sino, como dice la sentencia de 10 de marzo de 1993, del intento por parte de uno de los litigantes de eludir la más rápida y precisa resolución del litigio entablado. (...)

Tercero. Por la razón expuesta en el fundamento precedente, huelga consideración o razonamiento alguno en orden a dar respuesta a las alegaciones de la recurrente en orden a la aplicabilidad del principio de prescripción conforme a la legislación de Costa Rica ya que deberá estarse en todo caso al derecho español.

[Sentencia de la AP de Bizkaia núm. 508/2006 (Sección 3.ª), de 11 de octubre. Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Carmen Keller Echevarría.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, JUR 2007/99716.

Nota: 1. No sabemos qué pasó realmente en la relación comercial entre Laminadora Costarricense S. A. (Sociedad costarricense) y Andikona 2000 S.L. (sociedad española). De los datos presentes en la decisión que comentamos se deriva que Andikona 2000 S.L. compró determinados productos a Laminadora Costarricense S. A., sin que se hubiera llegado a completar el pago de los mismos. Laminadora Costarricense demandó entonces en España a Andikona con el resultado de que esta última fue condenada en primera instancia al pago a la primera de la cantidad de 131.844,86 \$ más intereses y costas. La condenada recurrió a la Audiencia Provincial con el argumento de que el Derecho que debería haberse aplicado al litigio era el Derecho costarricense y no el español, resultando –de acuerdo con el alegato de la apelante– que de haberse aplicado el Derecho de Costa Rica, y no el Derecho español, debería haber sido absuelta por haber prescrito la reclamación. La decisión de la AP niega la aplicación del Derecho de Costa Rica y confirma la decisión de primera instancia.

Desde la perspectiva del DIPr., al no existir discusión sobre la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, la problemática derivada del caso se limita a la determinación del Derecho aplicable al mismo, teniendo en cuenta que al tratarse de una compraventa internacional podría ser preciso considerar el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980. En el siguiente apartado presentaré brevemente el esquema de solución que, entiendo, debería haberse seguido en la resolución del caso para, a continuación, comentar la argumentación de la AP de Bizkaia.

2. Dado que nos encontramos ante un supuesto de compraventa internacional de mercaderías, se debe considerar la aplicación al caso del Convenio de Viena de 1980. En el caso concreto, sin embargo, no resultará aplicable este Instrumento. Como es sabido, la aplicación del Convenio sobre compraventa internacional de mercaderías exige que nos encontremos ante una compraventa internacional, esto es, una operación en la que los establecimientos del comprador y del vendedor se encuentran situados en Estados diferentes y, además, que concurra la circunstancia de que, o bien los Estados en que se encuentran los establecimientos del comprador y del vendedor son Estados parte del Convenio o bien que el Derecho reclamado por la norma de conflicto que haya de aplicar el Juez que se encuentra conociendo sea el de un Estado parte del Convenio. Costa Rica, el Estado donde se localiza el establecimiento del vendedor, no es Estado parte del Convenio de Viena de 1980, por lo que la única posibilidad de llegar a la aplicación de éste en el litigio del que conoce la Sentencia que aquí se comenta sería la de que la norma de conflicto que tendría que aplicar el Juez español nos condujera al Derecho de un Estado parte.

En el caso que nos ocupa, el Juez español tendría que aplicar el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, pues no parece dudoso que nos encontramos ante un contrato y, además, un contrato cuya materia no figura entre las excluidas por el artículo 1 del Convenio. Además, el supuesto entra previsiblemente en el ámbito de aplicación temporal del Convenio de Roma, ya que es presumible que la celebración del contrato no es anterior al 1 de septiembre de 1993, fecha de la entrada en vigor para España de este instrumento internacional. Dado que no consta que las sociedades parte en el contrato hubiesen concluido un pacto de elección de ley, deberá ser el artículo 4 del Convenio el que determine la ley aplicable al contrato que las vincula. En este supuesto no existen elementos que permitan excepcionar la presunción que vincula el Derecho más estrechamente vinculado al caso con el del país en el que se encuentra el establecimiento principal de la parte que ha de realizar la prestación característica, lo que nos conduce a Costa Rica, ya que es aquí donde se encuentra establecido el vendedor. Dado que Costa Rica no es un Estado parte del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías no se darán las condiciones para que se aplique este instrumento internacional, debiendo resolverse el litigio planteado de acuerdo con lo previsto en el Derecho costarricense.

3. La AP de Bizkaia no sigue el íter argumentativo que se ha desarrollado en el apartado anterior. En ningún caso se plantea la aplicación al caso del Convenio de Viena de 1980 y descarta la del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales con el argumento de que Costa Rica no es un Estado parte del Convenio. Excluida la aplicación del Convenio de Roma, la concreción del Derecho aplicable al contrato se hace a partir de lo establecido en el artículo 10.5 del CC, que conduce al Derecho español toda vez que no hay elección de ley, ni nacionalidad común ni residencia habitual común de las partes, por lo que debe aplicarse el Derecho del país donde se ha celebrado el contrato. Dado que se trata de un contrato celebrado entre ausentes es preciso recurrir al artículo 1262 del CC para la determinación del lugar de celebración. La proyección de este precepto sobre el supuesto que nos ocupa nos conduce a España, toda vez que la oferta contractual se realizó desde nuestro país.

Esta Sentencia no se limita, sin embargo, a justificar la aplicación del Derecho español sobre la base del artículo 10.5 del CC, sino que, a mayor abundamiento, explica que en caso de que se aplicase el Convenio de Roma también deberíamos concluir en la aplicación del Derecho español, toda vez que no puede dotarse de mayor rango a la prestación del vendedor que a la del comprador, lo que impide dotar de prevalencia a la situación en Costa Rica del establecimiento del vendedor frente a la ubicación en España del establecimiento del comprador; dándose, además, la circunstancia de que es España el país de celebración del contrato y también aquél en el que se encuentra la entidad bancaria que abrió el crédito documentario que permitió el pago del precio de la mercancía.

Para acabar de justificar su decisión: la aplicación del Derecho español, la AP de Bizkaia trae a colación la doctrina jurisprudencial de acuerdo con la cual la parte domiciliada en España no puede alegar la sumisión a tribunales extranjeros o la litispendencia internacional, entendiéndose que tales alegaciones no son más que maniobras tendentes a dilatar la resolución del procedimiento. Por esta vía se justifica también, desde la perspectiva de la Audiencia de Bizkaia, la aplicación al caso del Derecho español, ya que el demandado se encuentra domiciliado en España.

4. La valoración de los argumentos empleados en la sentencia que aquí se comenta y que han sido resumidos en el apartado 3 no puede ser positiva; ahora bien, no todos ellos tienen la misma trascendencia y creo que merecen una consideración individualizada. Así, en primer lugar, la exclusión de la aplicación del Convenio de Roma por no ser Costa Rica Estado parte del Convenio puede parecer un simple error grueso que se deriva de la no consideración del artículo 2 del Convenio, pero esta apreciación sería en exceso simple, pues en la sentencia que nos ocupa se deja claro que no se desconoce el carácter universal del Convenio

derivado del tenor de su artículo 2. A partir de aquí, sin embargo, el argumento se vuelve confuso, pues en el texto publicado de la decisión, tras reproducir el artículo 2 del Convenio se afirma: «no se trata de desconocer el invocado principio de universalidad, sino de remitir en virtud del mismo a las partes adheridas al Convenio ante normas de conflicto a la normativa de un tercer Estado que no sea parte del contrato». Reconozco que soy incapaz de entender qué quiere decir este fragmento de la decisión y no descarto que exista algún error en la transcripción publicada. Podría aventurarse, acaso, que se pretende establecer una limitación en la aplicación del Convenio en relación a sujetos que no se encuentran vinculados con Estados parte del mismo. Esto es, no se trataría tanto de no aplicar el Derecho costarricense como de no poder alegar el Convenio frente a una sociedad costarricense. Si este fuera el caso nos encontraríamos ante un desarrollo que podría tener algún interés especulativo, aunque ninguna base jurídica; pero la defectuosa redacción de la sentencia nos impide ir más allá en el análisis del argumento.

No deja de ser interesante el argumento de que, incluso aplicándose el Convenio de Roma resultaría designado el Derecho español ya que tanto la prestación del comprador como la del vendedor son de igual rango. Es claro que en DIPr. la calificación de una prestación como característica de un contrato no implica colocarla en un rango diferente de la que no es característica, siendo ambas de igual importancia en la estructura del contrato, pero sin que esto impida elegir a la prestación no dineraria como elemento para facilitar la identificación del Derecho más estrechamente vinculado al contrato (vide CARRILLO POZO, L. F., *El contrato internacional: la prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1994, esp. pp. 30-41 y 71-72), sin que se hayan planteado dudas sobre la aplicación del concepto de prestación característica utilizado por el artículo 4 del Convenio de Roma respecto a los contratos en los que es posible identificar una prestación dineraria y una prestación no dineraria (vide PLENDER, R., *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, Londres, 1991, p. 109). Siendo esto cierto, no puede obviarse que puede resultar en ocasiones fácil para el operador jurídico caer en el error en el que incurre la Audiencia Provincial de Bizkaia, y que no es otro que confundir el papel que juega la prestación característica en la identificación del contrato y en la estructura de éste (vide GETE-ALONSO y CALERA, M.^a C., *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 597-598, sobre la diferencia entre causa del contrato y causa de las concretas obligaciones contractuales; vide CARRILLO POZO, L.F., *op. cit.*, pp. 129-137, acerca de la vinculación entre prestación característica y tipo contractual). Esta distinción debería ser clara, pero la falta de definición en el propio artículo 4 del Convenio de Roma del concepto de «prestación característica» propicia que se planteen estas dificultades de aplicación. No sería, por tanto, desdeñable introducir una definición legal de la prestación característica que desempeñara una labor pedagógica frente a los operadores jurídicos nacionales menos acostumbrados a tratar con supuestos internacionales. En este sentido, la propuesta de Reglamento de Roma I [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión el 15 de diciembre de 2005, COM(2005) 650 final] planteará, seguramente, menos dificultades a estos operadores «menos sofisticados», en tanto en cuanto ofrece en el artículo 4 una solución directa para la ley aplicable en defecto de elección para los contratos más habituales en el tráfico jurídico internacional.

La decisión que comentamos es también muestra de la mala utilización que puede hacerse de la cláusula de excepción contenida en el artículo 4 del Convenio de Roma. Pese a que ésta no se mencione en la Sentencia, el argumento de la Audiencia parece estar orientado por la búsqueda del Derecho más estrechamente vinculado al caso más allá de la identificación de la prestación característica del contrato. Así, se argumenta que no solamente se encuentra en España el establecimiento de una de las partes del contrato, sino que también es España el

lugar de celebración del contrato y el país en el que se encuentra la entidad bancaria que abrió el crédito documentario que sirvió para el pago de las mercancías. El Tribunal parece querer acumular conexiones que justifiquen la aplicación del Derecho español, pero sin conseguir realmente aportar argumentos de peso. Los elementos añadidos a la situación del establecimiento de una de las partes (conexión que respecto a la otra parte del contrato nos traslada a Costa Rica) se limitan a la celebración del contrato en España, conexión que no implica ningún vínculo significativo con el caso, y más en un supuesto como éste en el que el contrato se ha celebrado entre ausentes, y a la circunstancia de que en España se encuentra la entidad bancaria que ha abierto el crédito documentario utilizado en la operación; situación que se dará en la práctica totalidad de los contratos de compraventa en los que se utilice la figura del crédito documentario, puesto que será habitual que el comprador recurra a un banco de su propio país para obtener el mencionado crédito. Como conclusión, resulta que no solamente no se prueba que se den las circunstancias excepcionales que justificarían la utilización de la cláusula de excepción, sino que ni siquiera se llega a probar realmente que el supuesto esté más conectado con España que con Costa Rica.

Así pues, no resultan en absoluto convincentes ni los argumentos empleados por el Tribunal para excluir la aplicación del Convenio de Roma ni los utilizados para justificar que incluso aplicándose el mencionado Convenio debería ser el Derecho español el que rigiese el contrato de compraventa entre Laminadora Costarricense S. A. y Andikona 2000 S.L. Ahora bien, descartada la aplicación del Convenio de Roma, debe ser el artículo 10.5 del CC quien establezca el Derecho rector del contrato que se encuentra en la base del litigio. En este caso, la aplicación que hace la Audiencia de Bizkaia de este apartado 5 del artículo 10 es correcta. Al no existir elección de ley ni nacionalidad común de las partes ni residencia común de los contratantes ha de ser la ley del lugar de celebración del contrato la aplicable. Al tratarse de un contrato entre ausentes y ser precisa, por tanto, una norma jurídica para determinar dónde se entiende celebrado el contrato, el Juez ha de aplicar su propio Derecho material, la *lex fori* para concretar el punto de conexión, tal como reconoce pacíficamente la doctrina (vide, por todos, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Thomson/Civitas, Madrid, 3.ª ed., 2004, p. 133).

Dado que la consideración del artículo 1262 del CC implica que deberemos entender que el contrato se ha celebrado en España, lugar donde se realizó la oferta, será el Derecho español el que rija la compraventa. Ahora bien, lo correcto al llegar a este punto hubiera sido reconsiderar la aplicación del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, toda vez que resultando aplicable el Derecho español concurriría la circunstancia prevista en el artículo 1.1.b) de la Convención («que las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante»), lo que conduce a la aplicación de la Convención a la compraventa entre Laminadora Costarricense S. A. y Andikona 2000 S. L. La Convención de Viena ni siquiera es mencionada, quizás porque de los datos presentes en la Sentencia parece derivarse que el debate se centró en la determinación de si se había producido o no la prescripción de la reclamación, cuestión que no se encuentra regulada por el Convenio de Viena (cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y ARENAS GARCÍA, R., «Compraventa internacional de mercaderías», en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R., y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 335-404, p. 354). En cualquier caso, si bien la Convención no incidiría en el régimen de la prescripción, el régimen del contrato sería el previsto por aquella, a salvo de que hubiera sido excluida por las partes, cosa que no consta haya sucedido.

5. La valoración del último argumento empleado por la Audiencia de Bizkaia para excluir la aplicación del Derecho de Costa Rica merece un epígrafe independiente. De acuerdo con la Audiencia el Derecho extranjero no podría ser alegado por el demandado domiciliado en España pues tal alegación no sería más que una maniobra dilatoria. La base legal para

este desarrollo son los artículos 51 y 70 de la LEC (de 1881), los artículos 21 y 22 de la LOPJ y la STS de 10 de marzo de 1993. Como recordará seguramente algún lector, esta sentencia, paradigma del error y del sinsentido jurídico (vide la nota a la misma de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *REDI*, 1993, vol. XLV, núm. 2, pp. 467-469) se enmarca en una línea jurisprudencial que interpretó que la cláusula de elección de tribunales extranjeros no podía ser alegada por el demandado domiciliado en España por entender que tal alegación no respondía a un interés legítimo (¿cómo puede ser mejor para quien está domiciliado en España litigar en el extranjero y no en su propio domicilio?, se preguntaba esta jurisprudencia) sino a una maniobra fraudulenta tendente a dilatar el procedimiento. Sobre los fundamentos de este límite en la eficacia de la *derogatio fori* y el debate que se desarrolló en torno a aquella cuestión me remito al trabajo que publicó en su día GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. («Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abusos del derecho», *REDI*, 1998, vol. L, núm. 2, pp. 93-119).

Lo que llama la atención de este renovado interés por la mencionada doctrina es que la AP de Bizkaia la considera no en relación a la determinación de la competencia de los tribunales españoles, sino para descartar la aplicación de un Derecho extranjero. La idea es la de que la alegación de un Derecho extranjero por quien se encuentra domiciliado en España supone una maniobra dilatoria fraudulenta. El error del planteamiento excusa cualquier comentario. Si bien podrían existir razones que justificaran la inoperancia de la *derogatio fori* respecto a quienes estuvieran domiciliados en España —aunque, en cualquier caso, se trataría de un planteamiento que tendría que ser examinado con sumo cuidado— nada semejante se plantea en el sector del Derecho aplicable. La propuesta de la Audiencia conduciría, además, a que el Derecho rector de la relación jurídica de que se tratara variara en función de cuál de las partes adopta la posición de demandante o demandado, lo que carece de lógica, ya que la Ley rectora de un contrato, negocio jurídico o relación jurídica no debe de estar sometida a los avatares procesales, teniendo que estar fijada tanto para los supuestos litigiosos como para los no litigiosos. Es por esto por lo que no existen puntos de conexión en las normas de conflicto que se estructuran sobre las categorías de demandante o demandado. En fin, casi da pudor tener que seguir extendiéndose en estas consideraciones, más propias de una revisión de examen de la asignatura Derecho internacional privado que del comentario a una decisión judicial; aunque no por evidentes deben dejar de señalarse aquí estos extremos, pues no conviene dar por sentado que se trata de errores puntuales que no han de repetirse en el futuro. Los tribunales españoles, que han mejorado sustancialmente en el tratamiento del DIPr. en los últimos años, aún muestran ciertos síntomas de vacilación que deben ser advertidos y denunciados con el fin de que el aumento constante de la calidad de las decisiones no se vea interrumpido.

6. De lo anterior se deriva que no nos encontramos ante una buena sentencia. El resultado al que se llega no es el querido por nuestro sistema de DIPr. (que nos conduce a la aplicación del Derecho de Costa Rica *ex* artículo 4 del Convenio de Roma, y no al Derecho español aplicado en primera y segunda instancia) ni los argumentos utilizados son sólidos. Algunos de ellos, sin embargo, nos permiten vislumbrar algunas de las dificultades en la aplicación del Convenio de Roma que pueden afectar a los operadores jurídicos españoles menos familiarizados con los instrumentos de DIPr. Otros argumentos, en cambio, no pasan de ser errores de bulto que en nada contribuyen al diagnóstico de los auténticos problemas del sistema español de DIPr.

Rafael ARENAS GARCÍA

III. DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

1. Arbitraje internacional

2007-12-Pr

ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES.—Laudo dictado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Competencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria. Denegación de la anulación.

Precepto aplicado: Artículo 45.2 LA 1988.

Con fecha 25 de octubre del 2001, constituido el correspondiente Colegio en la sede del Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se dictó laudo arbitral, según su leal saber entender, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «El Panel administrativo, con base en todo lo expuesto, considera que el demandado ha obtenido el registro de un dominio idéntico a las marcas del demandante, sin interés legítimo alguno, y que ha registrado y usado el citado dominio de mala fe. Como consecuencia de ello decide y ordena que el dominio “canarias 7.com” sea transferido a la firma demandante».

1. *Se interpone ante esta Sala recurso de anulación contra el laudo dictado con fecha 25 de octubre de 2001 por el Panelista D. Juan Francisco, en el procedimiento seguido ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en Ginebra (Suiza). El recurrente —D. Juan Antonio, quien con fecha 11 de julio de 1997 registró el dominio «DIRECCION000», según alega, para ejercer una actividad comercial a través de internet— aduce desconocimiento e ignorancia de la sumisión al procedimiento arbitral e invoca la causa 2 del artículo 45 de la Ley de Arbitraje como motivo de nulidad, alegando diversas infracciones de procedimiento por incumplimiento de los arts. 32, 33 y 35 de la propia Ley, indefensión, quebrantamiento de la posición de igualdad entre las partes, sesgada interpretación de la prueba e incluso infracción de derecho positivo, invocando al efecto la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación 7/98 de 13 de abril. Interesa se declare la nulidad del laudo, se declare asimismo que el dominio del recurrente fue obtenido al servicio de intereses legítimos propios y que se viene usando sin interferir intereses de la parte recurrida y con absoluta buena fe y se condene a la parte recurrida a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a abstenerse de inquietar el dominio del recurrente, así como al pago de las costas si se opusiere al recurso.*

2. *Habiéndose objetado por la recurrida diversos defectos en la interposición del recurso de anulación que se resuelve como motivos de inadmisibilidad, hemos de pronunciarnos primeramente sobre ellos. En lo que se refiere a la competencia para conocer del recurso, ciertamente el artículo 46.1 LA dispone que aquella corresponderá a la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiere dictado el laudo. En el caso, podría plantearse la cuestión que suscita la parte por cuanto que el laudo cuya anulación se pretende fue dictado en Ginebra (Suiza) y no en España; sin embargo, atendiendo a las alegaciones del recurrente y observando que la entidad Inforcasa, cuando interpuso su demanda de conformidad con la Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio, se sometió expresamente a la jurisdicción de los tribunales del titular del nombre de dominio objeto de su demanda, siendo que, por demás, ambas partes tienen su domicilio en la misma localidad —Las Palmas de Gran Canaria—, a fin de no causar indefensión y en este momento procesal no es de*

apreciar óbice alguno para entrar a resolver sobre el recurso de anulación interpuesto. Las restantes objeciones formales de la recurrida carecen de absoluto fundamento. [...]

Tercero. Sobre las alegaciones del recurrente, debe en primer término señalarse que en el recurso de anulación frente al laudo arbitral previsto en el artículo 45 LA de 5 de diciembre de 1988 –aquí aplicable– la segunda instancia encomendada a los órganos judiciales tiene únicamente por objeto el examen de la validez del procedimiento arbitral desde el punto de vista formal o de sus mínimas garantías formales, de tal modo que no se trata de una apelación plena, sino limitada a causas procesales de carácter fundamental, por lo que no procede examinar si la decisión de los árbitros es o no ajustada al Derecho Positivo, salvo que se vea afectado el orden público (STC de 16 de marzo de 1988, SSTA de 2 de marzo de 1989 y 20 de marzo de 1990, SAP Tarragona de 19 de abril de 1993 y SAP Murcia de 26 de octubre de 1995). Como ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Sala en anteriores ocasiones, en el procedimiento arbitral rigen los mismos fundamentos que en los procedimientos comunes de la LEC en orden a la salvaguarda de los principios de contradicción procesal y defensa, sin que se pueda pretender que por el carácter especial del primero y su teórica simplificación de trámites dejen de observarse tales principios en garantía de derechos constitucionales, y es precisamente a este ámbito al que cabe reconducir la posible violación de normas de orden público procesal, pero sin que pueda en modo alguno cuestionarse por esa vía indirecta el fondo del asunto debatido y resuelto en el procedimiento arbitral.

Sentado lo anterior, pasamos a analizar los motivos de recurso:

A) El aquí recurrente alega la inobservancia de una serie de formalidades –incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 32, 33 y 35 LA– que entiende afectan a sus derechos inexcusables de defensa; con independencia de que los principales defectos invocados no son tales (en los documentos originales consta la firma del panelista, el lugar y fecha del laudo, las circunstancias personales de las partes y la identificación del árbitro) es de observar que en cualquier caso pudo interesarse su subsanación y que no se ha producido la indefensión que se alega, habida cuenta que en el procedimiento arbitral se han cumplido todas las formalidades y principios legales y, en concreto, la Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio y su Reglamento, por lo que el motivo en cuestión no puede fundamentar la anulación del laudo que se pretende, ni siquiera la falta de pronunciamiento sobre las costas del arbitraje, pues omitiéndose este extremo en la Decisión sería en todo caso de aplicación el artículo 35.2 LA.

B) Cuestiona también la parte la validez misma del convenio arbitral –aun sin invocar formalmente tal causa como motivo de anulación del laudo– en cuanto afirma que se «encontró» sometido al procedimiento arbitral cuya decisión impugna cuando en un comunicado de fecha 27 de junio de 2000 el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual le advirtió de ello, siendo que el desconocimiento previo de este hecho, según alega, fue debido a que el recurrente tiene un conocimiento muy básico del idioma inglés, unido a la enorme complejidad del contrato de adhesión a Network Solution, Inc. (con quien inscribió el dominio discutido), lo que provocó su ignorancia en cuanto a un hipotético procedimiento arbitral, a pesar de lo cual se vio precisado a asumir la competencia del árbitro. Estos argumentos son inaceptables por más de que no alcanza a entender la Sala cómo, de ser cierto lo que se alega, el recurrente se «atrevió» a contratar por internet en esas condiciones, celebró voluntariamente el contrato con una empresa extranjera, ha venido renovando periódicamente y sin reservas el nombre de dominio al registrador aceptando las cláusulas que vienen dispuestas en el acuerdo de registro de ese dominio y aún hoy, sigue sin observar la mínima diligencia exigible que le hubiera impulsado, al menos, a traducir la documentación correspondiente. Por otra parte, ni siquiera consta que alegara tal desconocimiento o ignorancia en el procedimiento arbitral. La disparidad idiomática es usual para quien interviene en el tráfico mercantil internacional y cualquier ordenado empresario que acuda a ese

mercado debe adoptar –o siquiera prever la adopción– de las medidas precisas para el adecuado desenvolvimiento de la relación negocial, incluidos los casos en los que ésta se torna litigiosa (ATS de 14 de octubre de 2003).

C) Por demás, las alegaciones del recurrente simplemente inciden en una cuestión de valoración de la prueba que como tal no es susceptible de ser revisada en este recurso de anulación; se afirma, infundadamente –pues de la documentación aportada por el propio recurrente se deduce todo lo contrario– que el arbitraje se ha desarrollado sin que esta parte tenga acceso a la prueba aportada por la contraparte y que se ha vulnerado el principio de igualdad en materia de proposición y práctica de prueba; e incluso se permite invocar la falsedad de la afirmación del panelista contenida en el apartado 5.3 del laudo sin aportar sin embargo el informe pericial ofrecido en su recurso que lo demostrare. Sobre todo ello, baste señalar que el recurrente confunde los conceptos de «marca» y «dominio», que no demostró en el procedimiento arbitral seguido ante la OMPI, ni lo hace ahora, que esté ejerciendo realmente de forma continuada o habitual su actividad comercial de servicios de alojamiento y acceso a internet a clientes y empresas de las Islas Canarias, como asegura, que carece de sentido su manifestación al respecto de su desconocimiento de las condiciones de la contratación que ha tramitado con Network Solutions cuando junto con su demanda presenta todo lo que legalmente se prevé en la contratación con dicha empresa, extraído de la página web de ese registrador y más habida cuenta que no se esgrimió este motivo en la contestación que presentó en el procedimiento arbitral y que, desde luego, no existe base alguna para discutir siquiera la presunción de imparcialidad que cabe predicar de una institución arbitral que interviene como tal en el tráfico jurídico y de la que no consta se haya convenido precisamente el arbitraje a su favor para a su vez favorecer –como da a entender el recurrente– los intereses de la reclamante Inforcasa.

En definitiva, en el expediente arbitral se han respetado las normas procesales básicas y los fundamentales principios de audiencia, contradicción y defensa, sin que en el laudo dictado se haya incurrido en infracción alguna que permita su anulación, y contrariamente a lo que sostiene el recurrente, sí se han considerado las alegaciones y pruebas de ambas partes, aunque lo sea en sentido contrario a sus intereses. Al someterse voluntariamente las partes al criterio dirimente de un órgano arbitral excluyeron toda posibilidad de someter la cuestión de fondo a la jurisdicción ordinaria y por tanto, no pueden servir de fundamento del recurso de anulación las estimaciones de las partes relativas a la justicia del laudo, a las deficiencias del fallo o al modo más o menos acertado de resolver la cuestión, pues ello implicaría la desnaturalización de la esencia misma del laudo arbitral que, salvo por las causas tasadas del artículo 45 de la Ley de Arbitraje (que no concurren en el supuesto de autos) adquiere carácter de cosa juzgada. Entiende consecuentemente esta Sala que debe rechazarse el recurso de anulación interpuesto, confirmándose la Decisión adoptada por el Panel Administrativo a fin de no perjudicar por más tiempo la imagen en internet de uno de los periódicos de mayor tirada en la Comunidad Autónoma Canaria, que tiene registrada a su nombre la marca y el logotipo «Canarias7», denominación idéntica al dominio controvertido.

[Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de enero de 2006. Ponente: Ilma. Sra. D.^a Rosalía Fernández Alaya.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2006/102925.

Nota: 1. La parte demandada y perdedora en el arbitraje OMPI, celebró un contrato de servicios con la estadounidense *Network Solutions*, que presta la logística de uso de nombres de dominio. Como es usual en estos contratos, y previsto en la Política Uniforme de resolución de controversias en materia de nombres de dominio, planteada demanda por un tercero sobre la legitimidad de una inscripción, se puede activar el medio de resolución de ese litigio, ante el

Centro que prefiera el demandante (tercero en el contrato), de los elegidos por la ICANN (proveedores aprobados de resolución de controversias). Uno de ellos es el Centro de Arbitraje y Mediación OMPI y a él se dirigió el demandante contra el usuario del nombre del dominio, nunca contra *Network Solutions*, que ni valora ni se implica en la titularidad y uso de los nombres aspectos sustantivos, puestos meditadamente en manos expertas para dilucidarlos. Siendo ésta la estructura operativa de resolución de litigios, nos encontramos con el supuesto planteado: dos partes con domicilio y sede social en Las Palmas, pleitean por saber quién puede legítimamente utilizar un nombre de dominio de cobertura local, conocido especialmente en esa ciudad por ser el que utiliza un importante medio de comunicación escrito en sus servicios web. Esta similitud es utilizada, a decir del laudo, por el demandado también para un uso local, pues la presunta confusión afecta a ese territorio. Ahora bien, cierto es que el medio elegido para solventar el asunto por el demandante es la OMPI, en su sede en Ginebra. Bien, estamos ante un laudo arbitral «extranjero» por su origen, pero nacional en todo lo demás. De hecho, cabe preguntarse qué pueda tener que decir un juez suizo o el derecho de aquel país sobre esta decisión arbitral, y meditar sobre qué valor daría España, país afectado a todos los efectos, a una decisión anulando el laudo (vide, al respecto, FOUCHARD, Ph., «La portée internationale de l'anulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», *Rev. Arb.*, 1997, p. 339 y ss., planteando serias dudas sobre el particular). Necesariamente especulo al decir que esta realidad lleva a la Audiencia a no poderse negar a rechazar el recurso, aun sabiendo que ese laudo deberá, además, pasar el trámite del exequátur en España, como extranjero que es. Baste comprobar las últimas frases de la sentencia, mucho más propias de un auto de exequátur, que de una simple anulación («se confirma la decisión del Panel Administrativo, con la finalidad de no perjudicar por más tiempo la imagen en internet de uno de los periódicos de más tirada en la Comunidad Autónoma Canaria...»). En anulación no se confirman decisiones, se comprueba la regularidad de convenios, procedimientos y laudos arbitrales. Rechazar la anulación no significa la ejecución del laudo, ni tampoco que cese la situación de fondo generadora de confusión en los nombre de dominio. Eso sólo se obtendrá mediante el necesario exequátur de un laudo dictado en Suiza que solo afecta a intereses vinculados al territorio nacional.

2. Por muchas razones resulta sorprendente esta decisión de la Audiencia Provincial de Las Palmas declarándose competente para conocer de recurso de anulación de un laudo dictado por el Centro de Mediación y Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en su sede de Ginebra. Sorpresa por su existencia misma, pero también por las razones que llevan a la Audiencia a considerar la jurisdicción estatal española que puede ejercer un control sobre los laudos dictados fuera de España, además de la revisión, siempre subsistente, del potencial trámite de reconocimiento y ejecución del laudo, por ser considerado extranjero (art. 46 LA). Es de señalar que el asunto se decide bajo la vigencia de la anterior LA de 1988, pero es un dato irrelevante a los efectos que ahora importan: tanto aquella como esta legislación mantienen que los laudos tienen «nacionalidad», la del país en que se dictan (cfr., en aplicación de la LA 2003, SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5.ª, de 8 de marzo de 2006, en esta misma crónica, 2006-1, con idénticas apreciaciones sobre el recurso de anulación de un laudo OMPI con indiferencia absoluta sobre los criterios de internacionalidad). Criterio territorialista, tantas veces criticado y que encuentra su origen en la asimilación entre jurisdicción estatal y arbitraje. Es evidente que las sentencias judiciales tienen la nacionalidad del órgano que las dicta, pero no está tan claro en sede arbitral. La sede del arbitraje atribuye, en el internacional, competencia a los tribunales de ese país para conocer de la acción de anulación del laudo, pero sólo eso (art. IX Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional y art. V.1 Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales. Vide, por todos, el análisis de la cuestión en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «El arbitraje internacional y sus dualidades», *Anuario AADI XV*, 2006, pp. 13-14.). Es una atribución competencial y sólo eso. No implica que ese laudo arbitral se integre en el orde-

namiento de ese Estado ni que quede sometido a la ley de ese Estado en todas sus partes (en contra la propia LA 2003, se declara aplicable a los arbitrajes que se celebren en España, aunque, por fortuna, su contenido es mayoritariamente dispositivo y alterable por voluntad de las partes. Es una suerte de internacionalidad reconocida, pero sin consecuencias; vide MANTILLA SERRANO, F., *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p. 38). De hecho, una de las cuestiones esenciales en el momento de la elección de la sede arbitral es el trato que los Tribunales estatales dispensen a los arbitrajes internacionales, tanto desde el punto de vista del apoyo a las actuaciones arbitrales, como en el momento de la anulación. Sedes seguras son, por definición, aquellas que no desarrollan una actuación de inspección y férreo control del laudo, sino únicamente, como está previsto en las normas, una labor de vigilancia de la regularidad del arbitraje, el cumplimiento de las garantías procesales de las partes y el respeto a la misión arbitral, esto es, el pronunciamiento sobre cuestiones sometidas a la decisión de los árbitros. Incluso, en las relaciones entre los citados CG y CNY, sólo este último se detiene en el control de causas sustantivas, la arbitrabilidad y el orden público. Tales cuestiones se obvian en el CG, por dos razones: primera, porque todos los Estados parte de este Tratado lo son también del CNY y era prudente evitar controles duales; y, segunda, pero más relevante, porque cuando el arbitraje es internacional, realmente el país de la sede del arbitraje tiene poco o nada que decir en esas materias. Las sedes en el arbitraje internacional son, además de seguras, neutrales para ambas partes. En estas condiciones, el laudo que se dicte en un Estado, difícilmente va a afectar a su orden público. La conocida STJCE *Ecco Swis c. Benetton* fue un referente perfecto de esta situación: el contrato origen de la controversia, de distribución en exclusiva, afectaba a territorio italiano, entre otros, pero no al suizo, lugar en el que se dictó el laudo. Si los Tribunales suizos, en sede de anulación, hubieran tenido que pronunciarse sobre la contravención por el laudo de sus normas imperativas de defensa de la competencia, la respuesta hubiera sido obviamente negativa. Radicalmente distinta a la que dieron los Tribunales italianos previa consulta al TJCE: en reconocimiento y ejecución el laudo sí contravenía el orden público, italiano y comunitario. Tan sencillo como preguntarse qué le pedimos a una jurisdicción nacional en cada caso. En anulación, se solicita control formal de regularidad, pero no que esa jurisdicción «haga suyo» o dé entrada en su ordenamiento a ese laudo. En el exequátur es justo esto lo que se pide al Tribunal estatal: naturalización del laudo que debe entrar en el ordenamiento que le prestará su poder ejecutivo sin causar la más mínima alteración jurídica. Aquí sí cabe el control de orden público; allá, no. Respecto a la arbitrabilidad (retirada también como motivo de anulación expreso en la LA 2003, art. 41), es cierto que es un control que ya se encuentra en la causa «nulidad del convenio arbitral». Si el litigio es inarbitrable, el convenio arbitral es nulo y el edificio arbitral se derrumba.

3. Nada de todo ello parece importar demasiado a la Audiencia que, fuera de estas apreciaciones sobre localización del arbitraje y sus consecuencias jurídicas, se declara competente para dilucidar la anulación de un laudo que, en aplicación del criterio legal español, es extranjero. O tal vez deba llamarse «suizo». Lo curioso de la cuestión, dejando de momento aparte su fundamentación, es que llega a un nivel de extraña coherencia para los que creemos en la internacionalidad del arbitraje, con independencia de su sede, por su objeto y las partes. Ello no supone desvinculación alguna de las leyes nacionales, sino la ubicación de los litigios donde corresponde. En el caso, la jurisdicción española se encuentra con un laudo extranjero, lo cual veta la posibilidad de que conozca sobre su anulación. Pero lo hace, y esto es así porque el medio elegido para la resolución de la controversia sobre un nombre de dominio es el arbitraje OMPI; sin embargo el estudio del asunto crea una, tal vez fundada, inquietud en la Audiencia, ante el alegato de inadmisibilidad presentado por la parte recurrida: «En lo que se refiere a la competencia para conocer del recurso, ciertamente el artículo 46.1 LA dispone que aquella corresponderá a la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiere dictado el laudo. En el caso, podría plantearse la cuestión que suscita la parte por cuanto que el laudo cuya anulación

se pretende fue dictado en Ginebra (Suiza) y no en España; sin embargo, atendiendo a las alegaciones del recurrente y observando que la entidad Inforcasa, cuando interpuso su demanda de conformidad con la Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio, se sometió expresamente a la jurisdicción de los tribunales del titular del nombre de dominio objeto de su demanda, siendo que, por demás, ambas partes tienen su domicilio en la misma localidad –Las Palmas de Gran Canaria–, a fin de no causar indefensión y en este momento procesal no es de apreciar óbice alguno para entrar a resolver sobre el recurso de anulación interpuesto.» La fundamentación es confusa (particularmente en lo relativo a una supuesta sumisión a Tribunales del titular del nombre de dominio), pero no carece de una intrínseca lógica que pone de manifiesto lo que aquí se expresa: el arbitraje no es nacional o extranjero por su origen, sino nacional o internacional por su objeto y partes (criterio seguido por el CG, art. 1, y por la propia LA 2003, art. 3, que después abandona, de forma incomprensible, cuando ya existe laudo). Lógica finalista, sí: con independencia de quién ha sido el órgano elegido para dirimir el asunto en cuanto al fondo, éste no es un laudo internacional, ni por su objeto, ni por las partes implicadas. Esa intuición puede estar perfectamente detrás del proceder de la Audiencia, hasta el punto que, dadas las circunstancias descritas (partes con domicilio en Las Palmas, en un litigio sobre nombres de dominio de uso local –canarias7–), considera que proceder de otra forma y declarar la inadmisión de la anulación generaría sin duda indefensión. Es la consecuencia práctica más plausible de que la extranjería-nacionalidad de los laudos por su origen no tiene demasiado que ver con la realidad.

Debe añadirse que el objeto de anulación es una decisión administrativa OMPI. La doctrina y la jurisprudencia han señalado que, pese a la denominación, causada quizá por el uso y abuso del término arbitraje, las decisiones OMPI no son laudos y, por ende, no cabe plantear contra ellas acción de anulación (cfr. JARROSSON, CH., «Les frontières de l'arbitrage», *Rev. Arb.*; 2001, p. 5; S *Cour d'appel* de París de 17 de junio de 2004, *Arrêts*, 2002, núm. 20314). Ni que decir tiene que no es ésta la línea jurisprudencial seguida por la Audiencia. Por muy respetuoso que sea el resultado con ella, lo cierto es que ni se plantea el supuesto de que estas decisiones son consideradas en muchas ocasiones como supuestos de «arbitraje impropio», como el laboral o el de consumo, y no un arbitraje comercial internacional en puridad. Quizá las circunstancias de este caso, confuso en su planteamiento, apoyen esta tesis.

4. No es raro en las acciones de anulación, que la parte recurrente plantee todas las defensas posibles, existentes o no, legales o paralegales. Este caso no es una excepción y, si bien se ha subrayado aquí, la confusión de la Audiencia sobre su competencia, justo es decir que el razonamiento jurídico en la sentencia que rechaza la anulación es impecable. Perfectas las apreciaciones acerca del consentimiento al convenio arbitral (la alegación de desconocimiento no implica que no debiera conocer, de acuerdo a la mínima diligencia que se presume a los comerciantes ATS de 14 de noviembre de 2003). Novedosa y propia de la nueva LA 2003, aunque no aparecía en el texto aplicable de 1988, la necesidad de hacer valer las defensas necesarias en el arbitraje, para tener después legitimidad para plantearlas ante los Tribunales nacionales de control. Apropiado el rechazo a entrar a valorar la prueba que ya se presentó en el procedimiento arbitral ni los razonamientos que llevaron al Panel a tomar su decisión. Sólo una mínima apreciación sobre un silencio, quizá expresivo. En el Reglamento de arbitraje del Centro OMPI (art. 64), se establece que los efectos del laudo son inmediatos y que se presume que las partes renuncian a plantear cualquier acción de anulación ante Tribunales estatales, siempre que esta renuncia sea posible de acuerdo a la ley aplicable (se entiende la del Tribunal de anulación ante el que se presente la acción y se plantee la renuncia). El legislador español de 1988, como el de 2003, no afirma ni niega. Se puede decir que deja la puerta abierta a una posterior interpretación jurisprudencial el valor de esta renuncia (MANTILLA SERRANO, F., *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p. 230). Ya planteado en la doctrina con suficiente profundidad (vide, por todos, CUARTERO RUBIO, V., *El recurso de anulación en*

el arbitraje comercial internacional, Iprolex, Madrid, 1997), lo cierto es que no existe un acuerdo esencial en la cuestión de la renunciabilidad de este derecho que, después de todo, es de acceso a la justicia. Pocos Estados lo han reconocido de manera positiva (Bélgica, art. 1717 del Código judicial; Suecia, sección 51 LA, o Suiza, art. 192 LDIP) y en otros la jurisprudencia no parece contraria, siempre tras confirmar que se trata de renunciaciones pactadas entre partes capaces, operadores del comercio internacional con manejo solvente de la autonomía de la voluntad. En el caso que nos ocupa, la Audiencia, además de declararse competente, cuando técnicamente no lo era, ni siquiera se detiene en la renuncia que implica la sumisión al Reglamento de arbitraje OMPI. Puede que el silencio sea expresivo. Se avanzaba más arriba que la sentencia, a los efectos de admitir la acción de anulación, se ampara incluso en una supuesta indefensión, de no hacerlo. Esta afirmación, interpretada en clave de constitucionalidad de la renuncia la anulación, no deja mucho margen de interpretación y parece moverse en la línea de que la anulación es una garantía y no un obstáculo al arbitraje. Será necesario que hablen los Tribunales en casos futuros, siempre con el inconveniente, que aún pesa en este país, de que pocos arbitrajes internacionales se llevan adelante en nuestro territorio, así que pocas oportunidades existen de analizar decisiones en anulación (las que ha habido, lamentablemente poco sensibles con el arbitraje internacional). Consecuencia, España no es aún percibida como sede segura para la institución, situación que ha venido a mitigar la LA 2003. Casualmente, la decisión que se ha comentado, que tal vez jamás debió existir, es un ejemplo de mesura y tratamiento correcto de las causas de anulación y el alcance de esta acción.

Elena ARTUCH IRIBERRI

2. Procedimientos concursales

2007-13-Pr

RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE APERTURA DE CONCURSO.–Improcedencia del procedimiento de reconocimiento conforme al Convenio de Bruselas de 1968. Reconocimiento de medidas cautelares. Omisión de notificación del auto por el que se reconocía la decisión extranjera de apertura de concurso. Subsanación de la omisión.

Preceptos aplicados: Artículos 260, 279, 1692 Ley de Enjuiciamiento civil de 1881; 722 Ley de Enjuiciamiento civil de 2000; 1.2, 24, 36, 46, 54 Convenio relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968; 22, 38 Reglamento (CE) núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia; 220 Tratado de Roma.

[...] Ciertamente, como recuerda la Sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2006, las reglas del referido artículo 279 han sido matizadas «en base a la interpretación efectuada por esta Sala en cuanto que en la sección se establecen requisitos de muy diversa índole que no pueden ser equiparados a los fines de eficacia o ineficacia del acto –Sentencia de 27 de enero de 1993–, puesto que si es cierto, como tantas veces ha dicho el Tribunal Constitucional, que el cumplimiento por los órganos judiciales de las normas reguladoras de los actos de comunicación con las partes y, muy en especial, los de emplazamiento, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que establece el artículo 24 de la Constitución, se ha de tener en cuenta que lo significativo de su omisión es que impida a la parte afectada el conocimiento preciso para ejercer su derecho de defensa –SSTC 108/87, 153/87, 140/88, 233/88, 195/90, 275/93, 362/93, entre otras–, pues la razón de ser de las exigencias impuestas por el legislador a los actos de comunicación consiste en que el destinatario del acto tenga oportuna

noticia para que pueda adoptar la conducta procesal que estime convenirle –SSTC 115/88 y 362/93–, por cuya razón el cumplimiento de tales requisitos ha de examinarse en cada caso concreto de conformidad con aquella ratio y fundamento –SSTC 195/90, 113/93 y 362/93–, y si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento, subsanando así la posible infracción que haya podido haber cometido el órgano judicial, a menos que se trate de un conocimiento tan tardío que le impida la defensa o que se le haya negado indebidamente la personación –STC 101/90 de 4 de junio–, ya que, como ha dicho esta Sala, no puede alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación por falta de la diligencia razonablemente exigible –Sentencias de 7 de enero de 1991, de 30 de junio de 1993–».

[...] Pero es que, además, la materia sobre la que versa y la naturaleza de la resolución por reconocer impiden, asimismo, su reconocimiento y la declaración de ejecutoriedad, con arreglo a los preceptos del Convenio de Bruselas; en efecto, conforme dispone su artículo 1.2, se excluirán del ámbito de aplicación del Convenio la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, así como los demás procedimientos análogos, respecto de los cuales el artículo 220 del Tratado de Roma había previsto la elaboración de un Convenio específico, previsión normativa que cristalizó finalmente en el aludido Reglamento (CE) número 1346/2000, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia. El Tribunal de Justicia comunitario ha elaborado un concepto autónomo de los procedimientos de insolvencia, que considera en términos amplios como los fundados, según las diversas legislaciones de las partes contratantes, sobre el estado de suspensión de pagos, la insolvencia o el quebrantamiento del crédito del deudor que implican una intervención de la autoridad judicial, con el resultado de una liquidación forzosa y colectiva de los bienes o, por lo menos, un control de esa autoridad –Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 1979, asunto 133/78, Gorudain c. Nadler. En consecuencia, la resolución que, con base en una declaración de concurso, acuerda ordenar al síndico que inste la constancia de dicha situación concursal en los registros públicos del Estado receptor debe, sin ningún género de dudas, considerarse incluida en las excepciones del ámbito material de aplicación del Convenio de Bruselas.

[Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1306/2006, de 13 de diciembre de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2006/8238.

Nota: 1. La convivencia de distintos procedimientos para el reconocimiento de decisiones extranjeras y sus problemas de delimitación se esconde tras esta decisión, donde se resuelve la casación planteada por el síndico de un concurso abierto en Dinamarca, ante la negativa a reconocer la resolución de apertura del mentado concurso. Como se desprende de esta sucesión de instancias, el síndico se había acogido en el año 1995 al Convenio sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (en adelante, CB), para conseguir la anotación preventiva de la declaración del concurso de acreedores en el Registro de la Propiedad, donde figuraban inscritos tres inmuebles, reseñados en la misma resolución y propiedad del concursado. La fecha es significativa, no sólo porque la decisión de casación donde se reconoce la equivocación en el instrumento empleado llegue en el año 2006, sino porque en el año 1995 vio la luz el Convenio de Bruselas de 1995, sobre procedimientos de insolvencia, antecedente genético del vigente Reglamento núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000 (en adelante, RI). El artículo 1.II.2 CB excluye expresamente la quiebra de su ámbito de aplicación material, exclusión dentro de la que lógicamente hay que incluir la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia. Las dudas sí se plantearon en su momento a propósito de las

acciones derivadas del concurso, aquellas que tienen su fundamento jurídico en el procedimiento de insolvencia, dudas a las que puso fin la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), de 22 de febrero de 1979, *Gourdain c. Nadler* (As. 133/78, *Rec.* 1979, pp. 733-756), en la que se dilucidó precisamente el carácter concursal de una acción de responsabilidad dirigida contra el administrador social. En el supuesto de hecho de la decisión aquí comentada y dado que la resolución de apertura indudablemente es concursal, la duda podría suscitarla el objetivo final del reconocimiento, la anotación preventiva del concurso en el Registro de la Propiedad. Lo cierto es que la decisión contiene dos pronunciamientos y, por tanto, puede plantearse la posibilidad de dos procedimientos de reconocimiento distintos (2). Con el examen de esta cuestión invertimos el orden seguido por el Alto Tribunal, que primero debe decidir sobre el inicio del cómputo del plazo para recurrir, cuestión que abordo al final de este breve comentario (3).

2. El tenor de la decisión aquí comentada es ciertamente desconcertante en su fundamento tercero, por cuanto, una vez denunciada la inadecuación del procedimiento (posible en cualquier momento del proceso, en tanto que presupuesto procesal), trae a colación las decisiones del TJCE a propósito de qué medidas cautelares son reconocibles a través del CB [SSTJCE 21 de mayo de 1980, As. 125/79, *Denilauer c. SNC Couchet Frères*; 17 de noviembre de 1998, As. C-391/95, *Van Uden c. Deco Line*; sobre su justificación y crítica, vide GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996, pp. 139-144; GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2.^a ed., Paris, 1996, núm. 322; KROPHOLLER, J., «Art. 32 EuGVO», *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 8.^a ed., Frankfurt am Main, 2005, pp. 392-393, marg. 22. Sugiriendo que esta doctrina podría cambiar como consecuencia de los cambios introducidos en el Reglamento núm. 44/2001, vide LEIBLE, S., «Art. 32 Brüssel I-VO», *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar* (RAUSCHER, TH., Dir.), München, 2004, p. 340, marg. 12]. En breve recordatorio, la doctrina allí sentada exige el carácter contradictorio de la cautela para proceder a su reconocimiento; la no contradicción en la adopción de la medida cautelar opera como impedimento del reconocimiento en tanto que la decisión ya ni podría someterse al mismo. Este argumento sirve al Tribunal Supremo para negar la aplicación del procedimiento prescrito en el CB a este segundo pronunciamiento de la decisión danesa.

La cuestión es más simple, puesto que la clave se halla en la naturaleza de las medidas que acompañan a la declaración de la insolvencia y respecto de las que me permito dudar de su carácter cautelar, en tanto que medidas de aseguramiento del embargo general de los bienes del deudor, a que suele dar paso la apertura de un concurso. De ahí que, en este supuesto, no proceda la adopción de la medida de aseguramiento sin el previo reconocimiento de la resolución de apertura del concurso, puesto que, sin ella, tampoco hay afectación de bienes. Para unos porque también se reconocen los efectos materiales del concurso (vide, en la doctrina española, AMORES CONRADI, M., «Art. 223», *Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), vol. II, Madrid, 2004, pp. 2171-2179, 2171-2173; VIRGÓS SORIANO, M., Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, 2003, pp. 189-190); para mí, como consecuencia de la introducción en nuestro ordenamiento de un hecho jurídico, el concurso, que motiva la aplicación de una norma de conflicto, la que obliga a decidir sobre sus efectos conforme a la *lex fori concursus* (CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, 2005, pp. 97-104). Aunque esta discusión es poco relevante en un supuesto en el que sí hay pronunciamiento, en la medida en que se adopta una garantía de la traba (consideradas por algunos ordenamientos constitutivas del embargo. Vide, para nuestro Derecho, CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Barcelona, 1991, pássim, en esp. pp. 55-60). Ello no quita para que, con la presentación de la solicitud de concurso, se pida la adopción de cautelas, que adelanten los efectos del concurso, y a ello entiendo que se refiere el Tribunal Supremo, a la posi-

bilidad de hacer valer la anotación preventiva del concurso en el Registro de la Propiedad como cautela, una vez que no procede el reconocimiento de la apertura del concurso. Este razonamiento topa con el problema del instrumento aplicable (ya que hasta la vigente Ley Concursal no cabía reconocimiento de medidas cautelares) y que el Alto Tribunal solventa negando la aplicabilidad del CB por las razones ya reseñadas, aunque también hubiera podido hacerlo con base al carácter eminentemente concursal de estas medidas, que vienen a hacer efectiva la traba, y que hace operativa la exclusión del artículo 1.II.2 CB.

El razonamiento del Tribunal Supremo, acudiendo a la doctrina del TJCE para descartar la aplicación del CB, también podría encontrar una justificación en el procedimiento empleado por el vigente RI para el reconocimiento de medidas cautelares. En realidad, el acto comunitario se limita a remitir al CB, si bien los motivos de denegación del reconocimiento invocables sólo son los prescritos en el propio Reglamento, esto es, el control del orden público. Esta remisión podría implicar, a los efectos del supuesto de hecho, la aplicabilidad del CB al reconocimiento de la cautela. Sin embargo, la misma remisión legal descarta la posibilidad, vetada, por otra parte, como consecuencia de la delimitación de ámbitos de aplicación material entre ambos instrumentos (vide, expresamente, Informe sobre el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995, elaborado por VIRGÓS, M., SCHMIT, E., marg. 199, con fundamento en la STJCE 27 de marzo de 1979, As. 143/78, *De Cavel c. De Cavel*).

Sean cuales sean las razones del Tribunal Supremo para traer a colación las medidas cautelares, no son útiles en tanto que la naturaleza de las adoptadas difiere de la cautelar. En el año 1995, el síndico de este concurso sólo podía acudir al Derecho autónomo, esto es, a los artículos 951-958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a través de los que, efectivamente, podría obtener el reconocimiento de la decisión de apertura y del embargo, conjuntamente con sus medidas de aseguramiento. Entretanto, hubiera podido dirigirse a los órganos jurisdiccionales españoles a fin de obtener la anotación preventiva del concurso en el Registro de la Propiedad (art. 22.5 Ley Orgánica del Poder Judicial). En la solicitud de la medida cautelar la resolución de apertura hubiera jugado como *fumus boni iuris*, un principio de prueba de la razonabilidad de la solicitud. Ello nos lleva a preguntarnos qué vías se le abren tras la decisión comentada. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) no sólo reformula el Derecho concursal material, sino que contiene normas específicas sobre reconocimiento de decisiones extranjeras, así como sobre medidas cautelares. Pues bien, los principios de Derecho transitorio que rigen en materia de Derecho procesal sustentan la aplicación de la vigente normativa a la posible reiteración de la pretensión de reconocimiento, ahora inadmitida. Ello nos sitúa ante los Juzgados de lo Mercantil (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Las normas de Derecho internacional privado de la Ley Concursal: algunas pautas para su correcto entendimiento», *RJC*, 2004, pp. 1269-1291, p. 1287; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Inclusión en los concursos de los créditos reconocidos por sentencias extranjeras conforme a la nueva Ley Concursal», *AEDIPr.*, 2003, t. II, pp. 235-260), ante un incidente concursal, donde se analizarán las condiciones prescritas en el artículo 220 LC para decidir sobre el reconocimiento de la resolución de apertura. De haber sido declarada la insolvencia en otro Estado miembro (Dinamarca no lo es), el resultado hubiera sido el mismo, ya que el RI cuenta con sus propias reglas de Derecho transitorio, siendo aplicable sólo a los procedimientos abiertos tras su entrada en vigor (art. 43). Igualmente, y en tanto no se reconozca el concurso, el síndico podrá solicitar las pertinentes cautelas con fundamento en el artículo 226 LC.

Ya para cerrar esta cuestión, cabe preguntarse si, en sede de insolvencia, ha de mantenerse la exclusión de reconocimiento de las medidas cautelares no contradictorias. En la medida en que el Reglamento sólo contiene un motivo de denegación del reconocimiento, la contradicción manifiesta con el orden público del Estado requerido (art. 26), y el Derecho comparado muestra la normalidad de las cautelas *inaudita parte* en esta materia, la cuestión fue delibera-

damente dejada abierta, a expensas del caso concreto y los parámetros procesales de cada Estado (vide Informe VIRGÓS, SCHMIT, marg. 207). Se rompe así con el veto impuesto en el marco del CB, para abrir una posibilidad que, en España, habrá de ser examinada, puesto que, aunque de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 la regla es la audiencia al demandado, también cabe su adopción sin previa contradicción si, por ejemplo, «la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar (art. 732.2, al que remite el art. 17.1 LC).

3. Ya ha quedado reflejada la dilación que ha aquejado a este pleito, dilación en la que ha jugado su parte la sorprendente omisión por parte del Juzgado de Primera Instancia de la notificación al demandado del auto por el que se reconocía la decisión danesa y la consecuente comunicación del plazo para presentar recurso de apelación (que constituye la primera oportunidad procesal de defensa para el demandado en exequátur, según los arts. 34 a 36 CB. Sobre este procedimiento y su plasmación en el vigente Reglamento núm. 44/2001, vide OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El reconocimiento en el «Sistema Bruselas I: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento 44/2001», *REDI*, 2003, pp. 717-744, pássim, en esp. pp. 734-744). Habiendo sido dictado el auto el 17 de octubre de 1995, no es hasta que el demandado en exequátur y concursado en Dinamarca comparece ante el Juzgado para denunciar la nulidad de actuaciones, por escrito de 8 de mayo de 1997, que se le da curso al procedimiento. El modo en que el juzgador de instancia solventa la alegación del demandado es, ciertamente, llamativo: inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, ya que, a su entender, no ha habido «actuación»; como no consta la notificación al demandado, no hay tal nulidad. Ahora bien, ¿una omisión no es una «actuación»? Al órgano jurisdiccional compete de oficio la práctica de la notificación y, de su omisión, se desprende una indefensión para el demandado, a quien sólo le resta, efectivamente, indicar la nulidad de las actuaciones (vide, por todos, VERGER GRAU, J., *El incidente de nulidad de actuaciones*, Barcelona, 1982, pp. 184-185). Y ello con independencia de que, finalmente, lo que proceda, como efectivamente hizo el órgano de instancia, es subsanar la nulidad a través de la práctica de la notificación, momento en que comienzan a correr los plazos para presentar recurso.

El síndico alega en casación que el demandado en exequátur tuvo conocimiento previo a la recepción de la notificación y, por tanto, el plazo para recurrir ya había transcurrido. Tras recordar las finalidades de la notificación y su relación de medio a fin con el derecho a no quedar en indefensión, el Tribunal Supremo marca la diferencia entre el conocimiento procesal y el extraprocesal. Este último tiene el efecto de hacer recaer sobre la parte demandada la obligación de denunciar la nulidad de actuaciones (téngase en cuenta el plazo de caducidad que pesa sobre el incidente de nulidad), en tanto que, más allá de su propio interés, concurre el del demandante en obtener una resolución (inatacable) sobre el fondo del asunto, y el de la Administración de Justicia en el mantenimiento de la paz social [vide, sobre estos intereses, CARBALLO PIÑEIRO, L., «Regularidad de la notificación de documentos judiciales en el Derecho europeo (Comentario a las SSTJUE de 9 de febrero de 2006, *Plumex*, y de 16 de febrero de 2006, *Verdoliva*)», *La Ley. Unión europea*, núm. 6537, 31 de julio de 2006, pp. 1-5, 2, y la bibliografía allí citada]. Si no cumpliera con su obligación en los plazos prescritos para denunciar la nulidad (en este caso incidente, pero pudiera ser recurso, etc.), su ausencia se entendería como convalidación de la nulidad. Más allá de esta consecuencia, el conocimiento extraprocesal no sirve, ni puede hacerlo, para iniciar el cómputo del plazo para contestar o recurrir, como bien señala el Tribunal Supremo al desestimar el correspondiente motivo de casación. Todo ello conduce a confirmar la procedencia del incidente de nulidad de actuaciones en este caso, dado que con el transcurso del plazo de cinco años tras la sentencia sin excitar la nulidad, aquélla hubiera devenido inatacable (art. 228.1 LEC).

2007-14-Pr

DERECHO APLICABLE A COMPENSACIÓN EN CASO DE CONCURSO.—Contrato de distribución y anticipo al concursado: calificación separada o conjunta. Ley aplicable a contrato de préstamo y concepto de prestación característica. Ley aplicable a compensación en el marco de un concurso.

Preceptos aplicados: Artículos 58, 84.2, 154, 196, 200, 205, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 1195, 1196, 1282 Código civil; 3 y 4 Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de septiembre de 1980; 4, 6 Reglamento (CE) núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

[...] Así las cosas, es preciso determinar en este momento cuál sea la ley aplicable a dicha obligación, pues ello tendrá trascendencia en orden a la facultad de compensar los créditos que pretende la distribuidora. El contrato de distribución de 1 de agosto 2004 establecía en su estipulación decimoquinta que la ley aplicable a contrato era la ley inglesa; sin embargo, hemos concluido que el anticipo constituye obligación autónoma, por lo que tal previsión consensual no debe ser de aplicación automática a dicha obligación. [...]

[...] Dado que nos encontramos ante un contrato de préstamo sin interés, la prestación más característica es la devolución de dicha cantidad. Tradicionalmente se ha considerado el contrato de préstamo como un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cantidad, por lo que la única obligación es la que compete al prestatario de reintegrar dicha suma, configurándose así como un contrato unilateral. Ciertamente, buena parte de la doctrina ha supeado dicha tesis y ha considerado que el contrato es un contrato consensual y, por tanto, bilateral en cuanto el prestamista tiene la obligación de entregar la cosa. Sin embargo, dicha postura tiene su fundamento en aquellos casos en los que la obligación de entrega se dilata en el tiempo, pero en el caso que nos ocupa la entrega fue prácticamente simultánea al acuerdo y, en cualquier caso ya se ha verificado, por lo que la única obligación pendiente es la de restitución y, en consecuencia, en virtud del citado precepto la ley aplicable ha de ser la del Estado en el que la obligada a devolver, que es la editorial concursada, tiene su domicilio, en este caso España, y en consecuencia la ley aplicable sería la ley española.

[...] Determinada cuál sea la ley aplicable al cumplimiento de la obligación, procede analizar si concurren o no los requisitos para la compensación y, para ello, debe acudirse a lo establecido en el reglamento 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia, dado que ambas empresas tienen su domicilio en estados miembros de la Unión Europea. En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del citado Reglamento, en la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento. Continúa el citado precepto en su apartado segundo indicando que la ley del estado de apertura determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia y en particular determinará: d) las condiciones de oponibilidad de una compensación. Ahora bien, este principio plantea un problema. Si la parte interesada quiere calcular anticipadamente la posibilidad de compensar en caso de concurso de su deudor, debe predecir cuál va ser el estado de apertura, esto es, donde va tener su deudor el centro de intereses principales o un establecimiento en el momento en que se vaya a solicitar la declaración de apertura. Esta solución no encaja bien en aquellos ordenamientos que contempla la compensación también como mecanismo de garantía (función de garantía de la compensación); por este motivo, el artículo 205 de la ley concursal y, en los mismos términos del artículo 6 del Reglamento, establece una excepción, «con el objetivo de proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones». Se permite la compensación, si ésta fuese posible, en caso de insolvencia, conforme a la ley que rige el crédito del concursado,

esto es, el crédito principal. El precepto permite estabilizar el derecho a compensar en una ley nacional previsible desde el momento mismo de contratar (o dar crédito), aunque el deudor devenga posteriormente insolvente bajo una ley diferente. Mientras en el artículo 200 de la ley, 4 del Reglamento, se contempla la compensación como medio de extinción o liquidación de créditos, en el artículo 205, 6 del Reglamento, se contempla más como medio de garantía (VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F. en «Comentarios a la Legislación concursal» Coord. por ROJO, A. y BELTRÁN, E. pág. 2912).

[Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid de 9 de febrero de 2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Senent Martínez.]

F.: *RJ Aranzadi*. Proceso en primera instancia núm. 466/2006.

Nota: 1. Acostumbrados a la secular omisión de los aspectos internacionales en los concursos, los tribunales se topan con un número creciente de asuntos en los que han de emplear normas de Derecho internacional privado y los resultados no son siempre satisfactorios. Esta decisión es un ejemplo de laborioso razonamiento de Derecho internacional privado, pero un razonamiento pergeñado con la finalidad de evitar la aplicación del Derecho extranjero y en el que, por desgracia, vuelve a aplicarse conjuntamente el Reglamento núm. 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante, RI), y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC): si bien ambos instrumentos no son excluyentes y, efectivamente, se «abrazan» en varias circunstancias [vide, sobre su relación, CARBALLO PIÑEIRO, L., «Normas de Derecho internacional privado», *Estudios de Derecho concursal* (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., Dir.), Santiago de Compostela, 2005, pp. 705-770], no así en el supuesto que da pie a esta decisión y en la que se recurre también a la LC, quizás por cierta prevención ante un instrumento, que no es un convenio, se intitula Reglamento y nace en el seno de un procedimiento legislativo poco familiar al intérprete. El caso es que el órgano jurisdiccional prescinde de los respectivos ámbitos de aplicación espacial, centro de los intereses principales en un Estado miembro (art. 3.1 RI) y ley aplicable, la de un Estado miembro (art. 6 RI), para mezclar dos instrumentos, cuya concurrencia no cabía en este supuesto.

Pero el mayor problema no es la indistinción en las fuentes, sino la lectura decididamente errónea del precepto aplicable al caso, el artículo 6 RI. La empresa demandante había concluido en el año 2004 un contrato de distribución en exclusiva para Inglaterra, sometido a la ley inglesa, en el que se incluía la obligación de anticipar cierta cantidad de dinero a la actual concursada. Llegado el momento de la conclusión del contrato, la demandante solicita una prórroga, que consigue a cambio de conceder un segundo anticipo. Abierto el concurso, la demandante procede a compensar por su cuenta los créditos que a favor de la concursada genera el contrato de distribución con las cantidades a ella debidas por mor del referido anticipo. Reclamada, suponemos, por los créditos a favor de la masa, la demandante opta por plantear incidente concursal, en el que solicita el cambio de calificación del anticipo, de crédito concursal a crédito contra la masa, a efectos de proceder a su pago vía artículo 158 LC; subsidiariamente, que se admita la compensación de acuerdo con lo dispuesto en la ley inglesa. En el caso de la primera alegación, el cambio de calificación depende de decidir previamente sobre la dependencia del anticipo respecto al contrato de distribución, dependencia a la que se opone la administración concursal. La cuestión de la dependencia también se proyecta sobre la ley aplicable al anticipo, ya que está en juego el alcance de la elección de ley contenida en el contrato de distribución. Este es el camino que sigue el juzgador, empeñado en que el derecho a compensar depende de la ley rectora del anticipo, del préstamo concedido por la demandante a la concursada. Aquí es donde se localiza el error en la aplicación del artículo 6 RI (2), error que domina el desarrollo argumental de la decisión, monopolizado por la cuestión de la ley aplicable al anticipo, cuestión en absoluto necesaria para la solución del supuesto (3).

2. Los efectos del concurso sobre el derecho a compensar se rigen por la *lex fori concursus*, tal y como puntualiza el artículo 4.2.d), RI. De ahí que la primera norma a consultar sea la LC, norma de la que resulta la imposibilidad de compensar créditos concursales con créditos contra la masa (art. 58 LC). Sin embargo, el derecho a compensar juega en el tráfico jurídico como una garantía, lo que nos lleva a la labor preventiva que ejercita el Derecho concursal, que persigue proteger la confianza de los acreedores, a fin de que los deudores puedan obtener crédito. Por ello, ha de buscarse una ley que permita a los acreedores calcular, en caso de concurso de su deudor, si existe y si puede ser opuesto el derecho de compensación. Como se apunta en la decisión comentada [que sigue a VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F., *Comentarios a la Legislación concursal* (ROJO, A. y BELTRÁN, E., Coords.), t. II, Madrid, 2004, pp. 2911-2917, esp. 2912. También en ídem, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, 2003, pp. 112-122], la *lex fori concursus* no atiende a esta función, en tanto que será aplicable una ley, la del centro de los intereses principales del deudor (o la de un establecimiento) en el momento de la apertura del concurso, no previsible para el acreedor en el momento de contratar con el deudor. A estos efectos, se barajaban dos posibilidades para determinar cuál podría ser esa ley, bien aplicar cumulativamente las leyes rectoras de ambos créditos, bien aplicar sólo la ley rectora del crédito pasivo, esto es, aquel frente a quien se pretende hacer valer la compensación (vide, por todos, Informe sobre el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995, elaborado por VIRGÓS, M. y SCHMIT, E., marg. 108). Teniendo en cuenta la función de garantía que está llamada a prestar, el RI va más allá y dibuja una norma de conflicto alternativa, ya que, en caso de que la *lex fori concursus* negara el derecho a compensar, todavía sería actuable si así lo permitiera la ley rectora del crédito pasivo, del crédito que el concursado tiene contra quien pretende compensar.

En el supuesto de hecho, la *lex fori concursus* no permite la compensación, por lo que es preciso recurrir al artículo 6 RI, es decir, comprobar si la ley rectora del crédito de la concursada admite la compensación. La lectura de la decisión, solvente en el manejo de los terminología internacional-privatista, topa de repente con la sorpresa de que, supuestamente, esa ley es la rectora del anticipo, justamente el crédito activo, el que se pretende compensar, y en el que la concursada es deudora, cuando el «crédito del deudor insolvente» es aquel donde la demandante es deudora, el derivado del contrato de distribución. La sorpresa es mayor porque la decisión emplea la terminología utilizada por M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN (*Comentarios a la Legislación concursal... cit.*, p. 2912), quienes distinguen entre crédito principal y contracrédito, precisamente para evitar los problemas que puede plantear la distinción entre crédito activo y pasivo (y a lo que acompañan un claro gráfico en el que no cabe duda de cuál sea el crédito del concursado a que se refiere el precepto del RI). En consecuencia, la ley que debiera emplearse para decidir sobre la procedencia de la compensación es la inglesa, en tanto que rectora de los derechos de la concursada. De haber sido consultada la *Rule 4.90, Insolvency rules 1986*, hubiera sido declarada la procedencia de la compensación. Todavía es preciso puntualizar que el artículo 6 RI es aplicable a los créditos nacidos antes de la insolvencia; si el crédito fuera posterior, regirían sin excepciones las reglas de la *lex fori concursus* (vide Informe VIRGÓS, M., SCHMIT, E., marg. 109). Como el contrato es anterior a la insolvencia, el precepto es aplicable, aun cuando los créditos no hubieran vencido todavía (como es éste el caso).

3. La sentencia comienza por descartar el carácter dependiente del anticipo del contrato de distribución, en tanto que ello pudiera condicionar su carácter de crédito contra la masa y, por tanto, remunerable con cargo a ésta. Para llegar a una conclusión, el juzgador sigue el método interpretativo impuesto por la ley española, de manera que atiende no sólo a los términos del contrato, donde no figura expresamente el nuevo anticipo, sino también a los actos de las partes, anteriores y posteriores a la celebración del contrato (art. 1282 CC), como por ejemplo, la inclusión por parte de la concursada del anticipo en la relación de créditos concursales y la comunicación por parte de la demandante de su importe sin discusión. De todo ello, con-

cluye la autonomía del préstamo, en tanto que contrato independiente del de distribución para, a continuación y como ya he señalado, proceder a determinar su ley rectora, puesto que entiendo que es la aplicable a la compensación. Lo segundo ya ha sido criticado (núm. 2), a lo que hay que añadir la crítica al automatismo en el empleo de la ley española a la interpretación del contrato: en principio, se trata de saber si el anticipo es una obligación contractual inserta en el contrato de distribución regido por la ley inglesa, aspecto que el artículo 10.1.a), Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (en adelante, CR), somete a la ley rectora del contrato.

La conclusión sobre la autonomía del anticipo exige, por otra parte, al juzgador de disquisiciones sobre una posible elección de ley, sobre la aplicación de la ley inglesa también a este contrato que el mismo juzgador reconoce dependiente del de distribución, en tanto que condición para que pudiera producirse su prórroga. Ello todavía es discutible en tanto que su conclusión se produce en el marco de relaciones previas entre las partes, relaciones en las que rige el Derecho inglés. De todos modos, y como la elección tácita tiene que ser indubitada, faltan datos en la decisión para llegar a una conclusión, como pudiera ser la lengua en la que se hubiera redactado el contrato (vide, por todos, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.^a ed., Madrid, 2004, p. 459).

En defecto de pacto, el artículo 4.1 CR nos remite a la ley con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos. La relación de este primer apartado con los siguientes del precepto no es una cuestión pacífica [vide CARRILLO POZO, L. F., *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, 1994, pp. 25-112; VIRGÓS SORIANO, M., «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *Tratado de Derecho comunitario europeo* (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. MUÑOZ MACHADO, S., Dirs.), t. III, Madrid, 1986, pp. 753-825, 780-782], si bien en la práctica prevalece la aplicación prioritaria de la correspondiente presunción para, si fuera el caso, excepcionarla a través de la cláusula de escape. Este es el esquema que aquí se sigue, facilitado por los caracteres del contrato de préstamo, real y unilateral, donde la única obligación es la que recae sobre el prestatario, la devolución del dinero, en tanto que el contrato se perfecciona con la entrega del dinero por el prestamista, quien no viene obligado a más [vide BELTRÁN, E. y ORDUÑA MORENO, F. J., *Curso de Derecho privado*, 9.^a ed., Valencia, 2006, pp. 689-691; LETE DEL RÍO, J. M. y LETE ACHIRICA, J., *Derecho de obligaciones*, Vol. II, Navarra, 2006, pp. 466-468]. Con este razonamiento el juzgador elude la problemática de un contrato, en el que ambas partes entregan dinero, con la repercusión que ello tiene en la determinación de la prestación característica; un razonamiento que no es pacífico, en cuanto a los caracteres del mismo contrato de préstamo, pero también en cuanto a quien corresponde el peso económico del mismo y que apuntan al prestamista, antes que al prestatario [vide CARRILLO POZO, L. F., *op. cit.*, p. 39; MARTINY, D., «Darlehen, Hypothek», *Internationales Vertragsrecht* (REITHMANN, CH. y MARTINY, D., Eds.), Köln, 2004, p. 914, marg. 1164].

4. Para terminar como comencé este comentario, la decisión se caracteriza por una laboriosa argumentación internacionalprivatista con una finalidad, la de eludir la aplicación de la ley extranjera, lo que cada vez es menos justificable ante el desarrollo de herramientas como la Red Judicial Europea y su página web, desde la que se persigue, justamente, hacer visible el Derecho de los distintos Estados miembros (vide, para este caso, http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_uni_es.htm). De haberse aplicado correctamente el artículo 6 RI, el juzgador se hubiera ahorrado toda la argumentación reseñada: con independencia del carácter de crédito concursal o contra la masa del anticipo, con independencia de su dependencia o autonomía respecto al contrato de distribución, con independencia de la ley aplicable al préstamo, la función de garantía de la compensación viene tutelada por la ley rectora del crédito de la concursada (que no de la deuda de la concursada, el anticipo), la inglesa.

IV. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2007-15-Pr

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.—Despido de trabajador de una empresa alemana que realizaba su actividad en España.—Prorrogatio fori en favor de los Tribunales alemanes. Competencia internacional de los Tribunales españoles.—Elección del Derecho alemán como ley aplicable al contrato. Límites al pacto de elección de ley. Prueba del Derecho extranjero.

Preceptos aplicados: Artículo 25 LOPJ; Convenio de Bruselas de 1968; Reglamento 44/2001; artículos 10.6 y 12.6 CC; artículo 6 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; artículo 281. LEC; RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

«Primero. [...] Sostiene la recurrente que expresamente se pactó en el contrato que el fuero para su interpretación y cumplimiento fuesen los juzgados con sede en Bonn, así como que la Ley aplicada en este contrato sería la Ley alemana.

Como ha declarado esta Sala en su sentencia de 15.04.99, la atribución de la competencia de la jurisdicción española no es materia disponible por las partes, debiendo ser aplicados la norma que se contiene en el Título I del libro I de la LOPJ, sobre la extensión y límites de la jurisdicción.

Concretamente, el artículo 25 de la citada Ley Orgánica dispone: «En el Orden Social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º) En materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España...». Como recoge la doctrina del TS que se cita en el Fundamento de Derecho quinto de la sentencia que se recurre, los artículos 3.3 y 6.2 del Convenio de Roma no derogan los artículos 21 y 25 de la LOPJ ni permiten la cláusula de sumisión expresa a Tribunales extranjeros.

El Convenio de Bruselas de 1968 establece en su artículo 5.12 que las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante, luego la empresa alemana puede ser demandada en España, que además es el lugar donde el actor desempeña habitualmente su trabajo. Así se recoge en el Reglamento Comunitario 44/01, de 22 de diciembre de 2000.

Ha de entenderse, en consecuencia, que la jurisdicción del Estado español es competente para el enjuiciamiento de este litigio, debiendo rechazarse el primero de los motivos de suplicación.

Segundo. A continuación y por el mismo cauce procesal, en el motivo que se numera como segundo, la recurrente denuncia infracción de lo establecido en los artículos 10.6 y 12.6 del Código Civil, en relación con el artículo 6 del Convenio de Roma de 1980, sosteniendo que debió ser aplicado el derecho alemán porque así se pactó en el documento que regulaba la relación laboral entre las partes.

Tal planteamiento no puede ser favorablemente acogido pues quien alega la aplicación del Derecho extranjero ha de acreditar el contenido de su legislación, como razona la juez a quo; y por otra parte, el artículo 10.6 del Código Civil establece que a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo les será de aplicación la Ley del lugar donde se presten los servicios, como regla general y en defecto de sometimiento expreso de las partes, pero tal sometimiento ha de ser plenamente válido.

Concretamente, la empresa que alega la aplicación del Derecho alemán no ha acreditado el contenido de esta legislación. No es al propio actor a quien le corresponde acreditar el contenido de una Ley extranjera, cuya aplicación en ningún momento alega, sino que tal función ha de llevarla a cabo la empresa, ya que el artículo 281.2 de la LEC dispone que el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, lo que deberá hacer el que postula su aplicación, y no la otra parte.»

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 275/2006 (Sala de lo Social, Sección 6) de 24 de abril de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Poves Rojas.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, As 2006/1902.

Nota: 1. La sentencia del TSJ de Madrid que procedemos a comentar brinda a nuestra jurisprudencia una nueva oportunidad de enfrentarse a una situación en la que el trabajador de una empresa extranjera que reside y trabaja en España es despedido. Los hechos del caso eran los siguientes: el trabajador fue contratado en 1998 por una empresa alemana. Se acordó que asumiera la condición de gerente de la sociedad alemana en España, actividad que llevaría a cabo a partir de una oficina sita en Madrid. El contrato, redactado en alemán, se celebra en Bonn, pactándose que en caso de litigio las partes acudirían a los órganos jurisdiccionales de Bonn, ciudad en que la sociedad empleadora tenía su sede, y que la ley aplicable al contrato sería la alemana. Inicialmente, la retribución se pactó en marcos alemanes. Se trataba de un contrato temporal o de duración determinada, aunque prorrogable. Posteriormente el contrato fue modificado, pactándose variaciones significativas en cuanto al sueldo, horario y demás condiciones. La empresa decidió cerrar su oficina en Madrid, por lo que se acordó finalizar la relación entre las partes el 31 de mayo de 2005. Durante la vigencia del contrato, el trabajador estuvo dado de alta en la Seguridad Social española.

El trabajador presentó demanda por despido, que fue favorablemente acogida por el Juzgado de lo Social. La empresa presenta recurso de suplicación que, en esencia, basa en tres motivos: la incompetencia de los órganos jurisdiccionales españoles, la sujeción del contrato al Derecho alemán y, por último, la aplicación del régimen laboral especial previsto para el personal de alta dirección en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, en vez del régimen laboral común. El TSJ desestima todos los motivos del recurso. Comentaremos únicamente aquellos aspectos de mayor interés para el DIPr, a saber, la cuestión de la competencia internacional de los Tribunales españoles y la determinación del Derecho aplicable al contrato y su prueba, caso de tratarse de un Derecho extranjero. Ya podemos adelantar que, aunque el resultado final al que llega la sentencia es aceptable, el rigor de sus razonamientos sobre los aspectos de DIPr deja mucho que desear.

2. Respecto a la primera cuestión, la empresa recurrente entendía que los órganos jurisdiccionales españoles carecían de competencia internacional, puesto que en el contrato existía una cláusula de sumisión a los Tribunales de Bonn. El TSJ rechaza de plano esta objeción, basándose en que «la atribución de la competencia de la jurisdicción española no es materia disponible por las partes» (FJ 1, párr. 3). Es una verdadera lástima que la sentencia se aferre a la postura tradicional de nuestra jurisprudencia, que negaba por principio la posibilidad de elección de fuero en el ámbito laboral, y que no tenga en cuenta la actitud más abierta, en consonancia con los textos internacionales y comunitarios aplicables, que deriva de la STS, Sala 4.ª, de 24 de abril de 2000 (sobre esta decisión, ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C., «Reglas de competencia judicial internacional en el orden social: recientes problemas aplicativos (I)», *La Ley*, núm. 5245, de 12-12-2001). Pero no terminan aquí los errores: a la hora de escoger la norma pertinente para determinar la competencia o no de la jurisdicción social española, el TSJ recurre al artículo 25 LOPJ, añadiendo que «... los artículos 3.3 y 6.2 del Convenio de Roma no derogan los artículos 21 y 25 de la LOPJ ni permiten la

cláusula de sumisión expresa a Tribunales extranjeros» (FJ 1, pár. 4), alusión a normas sobre ley aplicable que está fuera de lugar cuando de lo que se trata es de resolver un problema de competencia judicial. Sólo en el penúltimo párrafo del F. J. primero se añade una escueta referencia al CB de 1968 y al Reglamento comunitario 44/2001.

Obviamente, la norma pertinente para resolver sobre la operatividad o no de la cláusula de sumisión a los Tribunales de Bonn era el Reglamento 44/2001, puesto que el demandado estaba domiciliado en un Estado miembro y la demanda se presentó con posterioridad a su entrada en vigor (arts. 66.1 y 76). A este respecto, debe recordarse que una de las novedades del Reglamento con respecto al CB es que introduce una nueva regulación de las normas de competencia en materia de contrato de trabajo, a la que dedica una sección separada (arts. 18 a 21). De acuerdo con estas disposiciones, y con el artículo 23.5, los pactos de elección de foro sólo surtirán efecto en los limitados casos que prevé el artículo 21: los que sean posteriores al nacimiento de la controversia o los que permitan al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los previstos en los artículos 18 y 19. En el presente supuesto, no se daría ninguno de los dos casos. Más concretamente, por lo que se refiere al segundo de ellos, cabe decir que la sumisión únicamente podría tener efecto cuando el trabajador en posición de demandante pretendiera valerse del pacto de sumisión, aun cuando dicho pacto se hubiera suscrito antes de surgir la diferencia entre las partes. Ahora bien, lo que en ningún caso sería posible es que, en virtud de la cláusula de sumisión, se impidiera que el trabajador pudiera acudir a cualquiera de los órganos cuya competencia se hallara prevista en los artículos 18 y 19 del Reglamento (sobre la sumisión expresa en materia de contrato de trabajo en el Reglamento 44/2001, JUÁREZ PÉREZ, P., *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Granada, Comares, 2002, pp. 77-82). Por tanto, la existencia de una cláusula de sumisión en favor de los Tribunales de Bonn no podría impedir que el trabajador presentara la demanda ante los órganos jurisdiccionales españoles, y más concretamente ante los JS de Madrid. Su competencia vendría determinada, bien por ser el lugar en el que el trabajador desempeñaba habitualmente su trabajo (art. 19.2.a del Reglamento), bien por ser el lugar en el que se encontraba la sucursal para la que había prestado sus servicios el trabajador (art. 5.5, en relación con el 18.1, dado que las reclamaciones del personal de la sucursal estarían incluidas en el ámbito de sus actividades o explotación, como requiere la jurisprudencia del TJCE; sentencias *Somafer*, de 22-11-1978 –as. 33/78–, y *Blanckaert & Willems*, de 18-3-1981, as. 139/80). En conclusión, cabe decir que una cláusula de sumisión como la que se contenía en el contrato enjuiciado no debería considerarse nula, sino simplemente inaplicable cuando no fuera el trabajador quien pretendiera valerse de ella (RODIÈRE, P., *Droit social de l'Union Européenne*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 522).

3. El segundo motivo de la empresa recurrente se basaba en que, al haber aplicado el Derecho español, el JS habría infringido las normas de conflicto de leyes aplicables, que a su juicio conducían a la aplicación del Derecho alemán al caso. El TSJ desestima el motivo, por entender que la empresa recurrente –demandada en primera instancia– no había probado el Derecho alemán. Con ello se ampara, aunque sin citarla, en la doctrina que se desprende de las STC 33/2002, de 11 de febrero, y STS, Sala 4.ª, de 4 de noviembre de 2004 (para una valoración de conjunto del *status quaestionis* jurisprudencial y doctrinal, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa», *La Ley*, núm. 6287, de 4-7-2005), en cuanto establecen que la carga de probar el Derecho extranjero no debe recaer necesariamente sobre la parte demandante, sino sobre la que en cada caso tenga interés en que se aplique.

Cabe preguntarse, sin embargo, si el Derecho alemán era realmente aplicable y, caso de serlo, con qué límites. El empleador fundamentaba dicha aplicación en el *pactum de lege utenda* que contenía el contrato. Ahora bien, dicho pacto sólo podría desplegar efectos dentro del marco permitido por el artículo 6.1 CR, texto aplicable al caso por la fecha en que se celebró el

contrato (1998) –y no el artículo 10.6 CC al que erróneamente recurre la sentencia (FJ 2, pár. 2)–. Pues bien, como es bien sabido, el artículo 6.1 establece que la elección de ley no podrá tener por resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable de no mediar elección. En este caso, dicha ley hubiera sido la española, dado que el país en el que el trabajador había llevado a cabo sus actividades era España. Esta conclusión no quedaría desvirtuada por el hecho de que el área de influencia del trabajador, en cuanto a promoción de ventas y proyectos, se extendiera, además de al territorio español, a Portugal y al Norte de África. En el propio contrato se pactó expresamente que el lugar de trabajo sería Madrid, ciudad en la que la empresa puso a disposición del trabajador una oficina y, además, se hallaba afiliado a la Seguridad Social española. En estas circunstancias, parece claro que el centro de actividades del trabajador se hallaba en España.

De ello resultaría que, como mínimo, el trabajador tendría derecho a reclamar la protección ofrecida por las normas laborales españolas relativas a la admisibilidad y condiciones de los contratos de duración determinada (art. 15 ET) y a la extinción del contrato (arts. 49 y ss. ET). Por tanto, el Derecho alemán sólo podría aplicarse en la medida en que, en los extremos apuntados, fuera más favorable para el trabajador. En consecuencia, en supuestos como el examinado, al operar las normas laborales españolas de carácter imperativo como *standard minimum*, la única parte que podría tener interés en acreditar el contenido del Derecho extranjero pactado sería el propio trabajador, puesto que la elección de ley sólo podría jugar a su favor, en cuanto que es considerado la parte débil del contrato; es decir, como señala MOURA RAMOS, R.M., la posibilidad de elegir le ley aplicable contribuiría en este contexto a la realización de uno de los fines básicos del Derecho laboral, que es la protección del trabajador [«El contrato individual de trabajo», en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.) BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Coord.) *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 1891]. Así las cosas, el trabajador tendría la siguiente alternativa: al estar protegido como mínimo por el *standard* de las normas españolas, podría basar su reclamación directamente en el Derecho español, sin preocuparse por invocar y probar el Derecho extranjero pactado. Si, por el contrario, entendiera que dicho Derecho extranjero le resultara más beneficioso, tendría que alegarlo y probarlo. Es decir, si pretendiera una mejor protección en virtud del Derecho extranjero pactado, tendría la carga de probarlo. No debe olvidarse, sin embargo, que en múltiples ocasiones el trabajador reclamante no dispondrá de excesivos medios y, por tanto, en este tipo de situaciones sería particularmente aconsejable que, en atención a la finalidad tuitiva de las normas y del proceso laboral, los jueces colaboraran al máximo en la acreditación del contenido del Derecho extranjero, haciendo uso de las facultades indagatorias que el artículo 281.2 LEC pone en sus manos y que, como oportunamente recordó la STC 10/2000, de 17 de enero, deben ser utilizadas en la medida en que ello sea necesario para otorgar la correspondiente tutela judicial. Además, esta labor puede verse facilitada por el hecho de que la comparación de leyes inherente al artículo 6.1 CR, más que una comparación o valoración «global» de dos ordenamientos laborales en bloque, debiera entenderse como una comparación singular o parcial, referida a la cuestión concreta que fuera objeto del litigio (en este sentido, FOTINOPOULOU BASURKO, O., *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, pp. 104-105).

Miguel GARDEÑES SANTIAGO