

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: 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—
1.1. Competencia judicial internacional.—1.2. Reconocimiento y ejecución de resoluciones.—
1.3. Obtención de pruebas en el extranjero.—1.4. Notificación.—1.5. Procedimientos concursales.—
2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—2.1. Competencia judicial internacional.—
3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—3.1. Persona física: incapacitación y tutela.—
3.2. Filiación derivada de gestación por sustitución y derechos sociales.—3.3. Registro de la propiedad.—3.4. Sucesiones.

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2012-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en el año 2012, salvo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 19 de diciembre de 2011, publicada en 2012. Colaboran en la presente crónica, Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Luis Carrillo Pozo, Ángel Espiniella Menéndez, Inmaculada Espiñeira Soto, Gloria Esteban de la Rosa, Pilar Jiménez Blanco, Javier Maseda Rodríguez, Pedro Alberto de Miguel Asensio, Cristian Oró Martínez, Elena Rodríguez Pineau, Sixto Sánchez Lorenzo y Elisa Torralba Mendiola, de las Universidades de Girona, Granada, Jaén, Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid, Oviedo y Santiago de Compostela, así como del *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law* y del Ilustre Colegio Notarial de Galicia.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

1.1. Competencia judicial internacional

2013-1-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE VIOLACIÓN DE UN DERECHO DE PATENTE EUROPEA.—Impugnación de la validez de la patente: competencias exclusivas.—Pluralidad de demandados.—Medidas provisionales o cautelares.

Preceptos aplicados: arts. 6.1, 22.4 y 31 Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012, asunto C-616/10, Solvay SA y Honeywell Fluorine Products Europe BV et al. Ponente: J. Malenovský.

F.: curia.europa.eu.

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

1) *El artículo 6, número 1, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 (...) debe interpretarse en el sentido de que una situación en la que dos o más sociedades domiciliadas en distintos Estados miembros son acusadas, por separado, en un procedimiento pendiente ante un órgano jurisdiccional de uno de dichos Estados miembros, de incurrir en una violación de la misma parte nacional de una patente europea, tal como se halla en vigor en otro Estado miembro, como consecuencia de la realización de actuaciones reservadas al titular de la patente respecto al mismo producto, puede llevar a resoluciones inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente con arreglo a este precepto. Corresponde al tribunal remitente apreciar la existencia de un riesgo de este tipo teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes de los autos.*

2) *El artículo 22, número 4, del Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en unas circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, no se opone a la aplicación del artículo 31 de dicho Reglamento.*

Nota. 1. La Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Solvay* era esperada con especial interés porque esta petición de decisión prejudicial planteaba al Tribunal la posibilidad de pronunciarse de nuevo acerca de dos ámbitos en los que su jurisprudencia previa sobre el Reglamento 44/2001 ha sido objeto de significativas críticas. Esa valoración crítica se vincula con que la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia acerca del alcance de la competencia exclusiva sobre derechos de propiedad industrial y del fuero de la pluralidad de demandados podía resultar excesivamente restrictiva de la posibilidad de ejercitar acciones relativas a la infracción de derechos de propiedad industrial de un Estado extranjero y, en consecuencia, de derechos de propiedad industrial de varios Estados ante un mismo tribunal, típicamente el del domicilio del demandado (o de uno de los varios demandados en los casos de pluralidad de demandados). En particular en el caso de las patentes, de la persistente fragmentación del sistema europeo derivado del Convenio de Múnich de 1973 deriva el interés de los titulares en muchas ocasiones por interponer demandas relativas a la violación de varias patentes nacionales que tienen su origen en una misma patente europea, en la medida en que es frecuente que los actos de comercialización de los

productos infractores se lleven a cabo en varios Estados europeos en los que se halla en vigor la patente en cuestión.

Además, como sucede en el litigio principal en el marco del cual surge el asunto C-616/10, ha adquirido creciente importancia práctica la solicitud de medidas provisionales ante un único tribunal tendentes a prohibir la violación de tales derechos en diversos países, en ocasiones dirigidas frente a varios demandados domiciliados en distintos Estados miembros del Reglamento. Con frecuencia esos diversos demandados son sociedades pertenecientes a un mismo grupo que han comercializado los mismos productos supuestamente infractores. Para valorar la aportación en ese contexto de la nueva Sentencia del Tribunal de Justicia y las cuestiones que tras ellas permanecen abiertas resulta apropiado dividir el análisis en dos grupos de cuestiones: por una parte, la interpretación en estas situaciones del fuero de la pluralidad de demandados (art. 6.1 Reglamento 44/2001); por otra, el alcance de la competencia exclusiva del art. 22.4 Reglamento y su interacción con la competencia para adoptar medidas provisionales (art. 31).

2. En relación con el art. 6.1 Reglamento 44/2001 y su aplicación a litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial de varios países por una pluralidad de demandados pertenecientes a un mismo grupo de sociedades, cabe reseñar cómo la postura adoptada por el Tribunal en su Sentencia de 13 de julio de 2006, *Roche Nederland*, había sido objeto de significativas críticas. Aunque la nueva sentencia en el asunto *Solvay* llega a la conclusión de que en un litigio como el del asunto principal puede resultar posible apreciar —apreciación que debe ser llevada a cabo por el tribunal remitente— que de juzgarse separadamente las demandas frente a las varias sociedades demandadas existe el riesgo de que las resoluciones puedan ser inconciliables, lo que resultaría eventualmente determinante de que con base en el art. 6.1 Reglamento 44/2001 pudiera atribuirse competencia con respecto a las varias demandas al tribunal del domicilio de uno sólo de los demandados, el Tribunal lo hace destacando que el asunto principal plantea en realidad un supuesto diferente al suscitado en el asunto *Roche Nederland*, de modo que viene a confirmar ésta.

El Tribunal destaca que en el asunto *Solvay* a las varias demandadas —pertenecientes a un mismo grupo de sociedades— no sólo se les acusa de violaciones como consecuencia de la comercialización de los mismos productos (como en el asunto *Roche*) sino que además «tales violaciones fueron cometidas en los mismos Estados miembros, de modo que lesionan las mismas partes nacionales de la patente europea controvertida» (apdo. 29). En tales circunstancias el Tribunal concluye que cabe apreciar que se trataría de pronunciamientos sobre una misma situación de Derecho, al ir referidos a los mismos actos de infracción respecto de una misma patente nacional, a diferencia de la situación en el asunto *Roche Nederland*, en el que a los varios demandados se les acusaba de la infracción —a través de la comercialización de los mismos productos— de distintas partes nacionales de una misma patente europea (pues habían comercializado los productos en Estados diferentes).

No cabe negar que la solución alcanzada por el Tribunal no obstaculiza en un asunto como el del litigio principal la posibilidad de demandar ante los tribunales de un único Estado miembro así como que resulta compatible con su decisión previa en el asunto *Roche Nederland*. Ahora bien, desde la perspectiva de las críticas suscitadas por ésta —vinculadas a que el nivel de uniformización derivado del sistema de la patente europea justificaría en situaciones como las del asunto *Roche* (identificadas por el llamado criterio de la *spider in the web*) apreciar el riesgo de resoluciones inconciliables que fundamentara la aplicación del fuero de la pluralidad de demandados del

art. 6.1 Reglamento 44/2001 respecto de demandados a los que se acusara de infringir distintas partes nacionales de una misma patente europea— la sentencia *Solvay* puede resultar decepcionante. Esta conclusión deriva de que los apdos. 24 a 26 de la nueva sentencia vienen a resultar una confirmación de que la doctrina establecida en *Roche Nederland* continua reflejando la posición del Tribunal, pese a su rechazo expreso por la Abogada General Trstenjak en sus conclusiones en el asunto C-145/10, *Painer*, y la significativa ausencia de cualquier referencia a la sentencia *Roche Nederland* en la sentencia en el asunto *Painer*.

3. En su nueva sentencia en el asunto *Solvay*, el Tribunal también llega a una conclusión que facilita que un tribunal de un Estado miembro pueda conocer de una demanda relativa a la adopción de medidas provisionales con respecto a la eventual violación de derechos de propiedad industrial de varios Estados miembros incluso si la(s) parte(s) demandada(s) plantea(n) en el marco del procedimiento para la adopción de tales medidas que tales derechos de propiedad industrial (partes nacionales de una patente europea en este asunto) son nulos. La idea de que la atribución de competencia exclusiva en materia de validez de derechos de propiedad industrial, que establece el art. 22.4 Reglamento 44/2001 no excluye esa posibilidad, representa un avance desde la perspectiva de la valoración crítica del carácter expansivo de dicha competencia exclusiva llevada a cabo por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 13 de julio de 2006, C-4/03, en el asunto *GAT*. Ahora bien, este avance tiene lugar en circunstancias en las que el Tribunal se esfuerza por destacar que su doctrina en el asunto *GAT* continúa siendo el criterio del Tribunal al tiempo que —precisamente por no ser aplicable esa doctrina a un asunto como el principal relativo a la adopción de medidas provisionales— las cuestiones en las que el órgano holandés remitente solicitaba al Tribunal que se pronunciara sobre algunas dudas fundamentales que plantea la doctrina *GAT* permanecen sin respuesta tras la sentencia *Solvay*.

Ciertamente, la sentencia *Solvay* con base en la apreciación de que los arts. 22.4 y 31 (relativo a la adopción de medidas provisionales) Reglamento Bruselas I pretenden regular situaciones distintas y tienen ámbitos de aplicaciones diferentes, careciendo de remisiones recíprocas, afirma el alcance autónomo del art. 31 con respecto a la competencia exclusiva establecida en el art. 22.4 (apdos. 36-40). Este criterio lleva al Tribunal a concluir que dicha competencia exclusiva no se opone «en unas circunstancias como las controvertidas en el litigio principal» a que en el marco del art. 31 un tribunal pueda ser competente para pronunciarse sobre la adopción de medidas provisionales acerca de la infracción de un derecho de propiedad industrial relativo a un Estado extranjero aunque el demandado haya planteado la nulidad de dicho derecho. Para afirmar que ese resultado es compatible con el mantenimiento de su doctrina establecida en el asunto *GAT*, el Tribunal de Justicia destaca que en el litigio principal «según el tribunal remitente, el juez que conoce incidentalmente no adoptará una decisión definitiva sobre la validez de la patente invocada, sino que se limitará a valorar el sentido en que se pronunciaría sobre tal extremo el tribunal competente en virtud del artículo 22, núm. 4, del Reglamento núm. 44/2001, y se negará a adoptar la medida provisional solicitada si considera que existe una posibilidad razonable y no desdeñable de que la patente invocada sea anulada por el tribunal competente» (apdo. 49).

Sin cuestionar el carácter facilitador de la litigación transfronteriza que deriva de la solución alcanzada en *Solvay* su pretendida coherencia con la confirmación de la doctrina *GAT*, que el Tribunal afirma con base en que entiende que en el caso de un procedimiento incidental relativo a la adopción de medidas provisionales como el del litigio principal no existe el riesgo de decisiones contradictorias que el Tribunal apre-

ció en el asunto *GAT*, es de prever que será controvertida (por cierto, desde la perspectiva de la coordinación entre ambas sentencias llama la atención que en el apdo. 47 de la sentencia *Solvay* el Tribunal se refiera a «la regla de competencia proclamada en el artículo 25 del Reglamento núm. 44/2001» cuando en el apdo. 19 de la sentencia *GAT* afirmó que tal norma «no atribuye competencias, sino que se limita a exigir al juez que conoce del asunto que compruebe su competencia y que se declare de oficio incompetente en determinados casos»).

Por último, en la medida en que *Solvay* viene a afirmar que *GAT* sigue siendo aplicable, si bien dejando al margen del alcance de la competencia exclusiva del art. 22.4 ciertas situaciones muy importantes en la práctica como la del litigio principal en *Solvay*, cabe destacar que permanecen abiertas las múltiples dudas en relación con la aplicación a litigios relativos a la tutela transfronteriza de derechos de propiedad industrial del criterio establecido por el Tribunal de Justicia en *GAT* (según el cual la competencia exclusiva «se aplica a todos los litigios relativos a la inscripción o validez de una patente, tanto si la cuestión se suscita por vía de acción como por vía de excepción»). Precisamente, algunas de esas dudas, que permanecen sin respuesta, se corresponden con las planteadas por el tribunal remitente para el caso de que el Tribunal de Justicia hubiera apreciado que el art. 22.4 era aplicable a una situación como la del asunto principal. Entre ellas se incluía concretar si una vez que en el procedimiento se ha invocado un motivo de oposición que tiene por objeto la nulidad de la patente extranjera, el tribunal competente para conocer de la infracción conserva su competencia respecto a la acción por violación «con la consecuencia de que (si el demandante lo desea) el procedimiento por violación debe suspenderse hasta que el juez competente en virtud del artículo 22, número 4, del Reglamento [núm. 44/2001] se pronuncie sobre la validez de la parte nacional de la patente invocada, o de que la pretensión debe ser desestimada porque no es posible pronunciarse sobre un motivo de oposición esencial para la resolución».

4. De cara al futuro, cabe apuntar que el Reglamento 1257/2012, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente, unido al Acuerdo internacional sobre un Tribunal Unificado de Patentes, están llamados a tener una gran repercusión en este ámbito, limitando en los litigios sobre patentes europeas la fragmentación derivada de la competencia exclusiva establecida en el art. 22.4 Reglamento 44/2001. En concreto, el nuevo sistema —en el que no participa España— incluye la previsión de que el nuevo Tribunal Unificado de Patentes sea competente en materia de nulidad e infracción de patentes europeas.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Universidad Complutense de Madrid

2013-2-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO.—Reglamento 44/2001.—Contrato celebrado entre trabajador y embajada de un Estado tercero.—Inmunidad del Estado empleador: no.—Concepto de *sucursal*, *agencia* y *otro establecimiento* del art. 18.2 Reglamento 44/2001.—Sumisión expresa a favor de los Tribunales del tercer Estado: compatibilidad con el art. 21 Reglamento 44/2001.

Preceptos aplicados: arts. 18 y 21 R. 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de julio de 2012, asunto C-154/11, Ahmed Mahamdia c. República Argelina Democrática y Popular.
Juez ponente: C. Toader.

F.: curia.europa.eu.

1) *El art. 18.2 R. 44/2001 [...] debe interpretarse en el sentido de que la embajada de un Estado tercero situada en el territorio de un Estado miembro constituye un «establecimiento» a efectos de dicha disposición, en un litigio relativo a un contrato de trabajo celebrado por ésta en nombre del Estado acreditante, cuando las funciones desempeñadas por el trabajador no forman parte del ejercicio del poder público. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto determinar la naturaleza exacta de las funciones ejercidas por el trabajador.*

2) *El art. 21.2 R. 44/2001 [...] debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de sumisión procesal otorgada antes del nacimiento de una controversia está comprendida en el ámbito de aplicación de esa disposición en la medida en que ofrezca al trabajador la posibilidad de formular demandas ante otros tribunales, además de en los tribunales normalmente competentes en virtud de las reglas especiales de los arts. 18 y 19 de este Reglamento, incluidos, en su caso, los tribunales situados fuera de la Unión.*

Nota. 1. El Sr. Mahamdia, nacional germano-argelino y residente en Alemania, firma en septiembre de 2002 un contrato de trabajo (agente contractual) con el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Argelina Democrática y Popular, básicamente, para desempeñar funciones de chófer en la Embajada de Argelia sita en Berlín; más en concreto, transportar a los visitantes y colaboradores y, en calidad de sustituto, también al embajador; además, transporte de la correspondencia de la Embajada a los organismos alemanes y a las oficinas de correos (otro colaborador de la embajada, transportado por el Sr. Mahamdia, transmitía o se hacía cargo de la valija diplomática). En cambio, existía mayor discrepancia respecto a si el Sr. Mahamdia prestaba también servicios de interpretación. El contrato contiene una cláusula de sumisión procesal, redactada así: «en caso de divergencias de opinión o de litigios derivados del presente contrato, sólo serán competentes los Tribunales argelinos [...]». En 2007, el trabajador demandó a la República Argelina Democrática y Popular ante el *Arbeitsgericht* de Berlín, reclamando el pago de las horas extraordinarias que entendía haber realizado durante los años 2005 a 2007. En agosto de 2007 fue despedido, por lo que decide presentar ante el *Arbeitsgericht* de Berlín un escrito de ampliación de su demanda adicional a su demanda principal, impugnando la legalidad de la resolución de su contrato de trabajo y solicitando una indemnización sustitutiva de preaviso y el mantenimiento de su empleo hasta la conclusión del litigio. La República Argelina Democrática y Popular propuso una excepción de incompetencia de los Tribunales alemanes, apelando tanto a las reglas internacionales sobre la inmunidad de jurisdicción, como a la cláusula de sumisión expresa firmada. El *Arbeitsgericht* de Berlín consideró la excepción al entender que las actividades del demandante presentaban un vínculo funcional con las actividades diplomáticas de la Embajada, desestimando asimismo la demanda. El Sr. Mahamdia recurrió ante el *Landesarbeitsgericht* de Berlín-Brandenburgo, que le dio la razón: como chófer de la Embajada, sus actividades no estaban comprendidas en el ejercicio de la autoridad pública del Estado demandado, sino que constituían una actividad auxiliar con respecto al ejercicio de la soberanía de ese Estado; consideró, además, competentes a los Tribunales alemanes ya que la Embajada constituía un «establecimiento» en el sentido del art. 18.2 R. 44/2001 (RB I), resultando aplicable, pues, el art. 19 RB I; por el contrario, entendió que la

cláusula de sumisión no cumplía los requisitos establecidos en el art. 21 RB I por haberse otorgado antes del origen del litigio y remitir al trabajador exclusivamente ante los Tribunales argelinos. La República Argelina Democrática y Popular recurrió en casación ante el *Bundesarbeitsgericht*, que revocó la sentencia recurrida y devolvió el asunto al *Landesarbeitsgericht* de Berlín-Brandenburgo, el cual, ante sus dudas, planteó al TJUE cuestión prejudicial en orden a determinar, por un lado, si una embajada situada en un Estado miembro y perteneciente a un tercer Estado puede entenderse como «una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento [...]» en el sentido del art. 18.2 RB I; y, por otro, si una cláusula de sumisión expresa anterior al nacimiento del litigio puede fundamentar la competencia de un Tribunal de un tercer Estado cuando esa cláusula excluye la competencia basada en los arts. 18 y 19 RB I.

2. Precisamente por la especial protección que ciertos sujetos requieren por su consideración como parte débil de la relación (trabajador, consumidor, asegurado; STJUE, de 22 de mayo de 2008, *Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline*), el legislador comunitario, alejándose de la regla ordinaria de aplicabilidad del RB I con base en la domiciliación comunitaria del demandado, amplía su aplicación también respecto de empresarios cocontratantes no domiciliados en la UE pero que sí posean «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro [...]» (apdo. 13 RB I; Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006), esto es, en relación con estas materias, debe considerarse que ese empresario tiene su domicilio en un Estado miembro a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente (FD 41). En tal sentido y aunque el RB I no contiene norma *ad hoc* al respecto, nada impide considerar la embajada de un Estado tercero sita en un Estado miembro como «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento [...]» en el sentido del art. 18.2 RB I. Y ello, en la medida en que respeta las exigencias derivadas de la práctica del TJUE cuando interpreta autónomamente este concepto en el marco del art. 5.5 CB 1968 (reproducido en el art. 5.5 RB I, lo que por otra parte es garantía de continuidad de ambos instrumentos) en orden a determinar si una acción judicial relativa a la explotación de una de esas categorías de establecimiento está relacionada con un Estado miembro. No importa que la base de esta práctica sea un art. 5.5 CB 1968 (art. 5.5 RB I) dirigido a actividades comerciales y no específicamente laborales (no existe jurisprudencia específica sobre este mismo concepto en relación con el art. 18 RB I); lo importante es que tales conceptos se refieran a entidades que se comporten como un actor privado, que es el objetivo específico perseguido por el art. 18 RB I (además, de restringirse la interpretación de los conceptos referidos sólo a actividades comerciales o financieras, los empleados de una organización no gubernamental cuya sede estuviera situada en un Estado tercero, pero adscritos a una sección de esa organización sita en un Estado miembro, por ejemplo, no podrían gozar de la protección ampliada que les concede el RB I ni apelar al art. 18.2 RB I, no aplicándose, en consecuencia, la normativa comunitaria en materia de competencia, ya que su empleador no estaría domiciliado en el territorio de un Estado miembro; apdo. 46 Conclusiones AG). En tal sentido, la embajada puede asimilarse a un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior, contribuyendo a identificar y representar al Estado del que procede, del que es prolongación (FD 50), que es el concepto de «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento [...]» que define el TJUE y fundamenta en la existencia de un centro de operaciones de manifestación duradera hacia el exterior, operativo como la prolongación de la casa matriz, dotado de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros, los cuales no estarían ya obligados a dirigirse directamente a la casa matriz (apdo. 20 STJCE de 6 de octubre de 1976, *De Bloos*; apdo. 11 STJCE de 18 de marzo de 1981, *Blanckaert & Willems*; las tareas de un embajador no

se reducen a las de mero intermediario desprovisto de poderes para obrar o decisivos: aunque sus actividades se realizan en directa cooperación con el Gobierno central, lo cierto es que dispone de un amplio margen de maniobra, sobre todo en cuanto a la gestión de su personal técnico o de servicio, especialmente contractual; apdo. 48 Conclusiones AG). Además, el objeto del litigio principal, esto es, una controversia en el ámbito de las relaciones laborales, presenta un vínculo suficiente con el funcionamiento de la Embajada en lo que respecta a la gestión de su personal, o, lo que es lo mismo, las funciones del trabajador están relacionadas con la actividad de gestión llevada a cabo por la Embajada de Argelia en el Estado receptor, Alemania (FD 51-52), vinculándose así el litigio, como exige el TJUE, bien a actos relativos a la explotación de dichas entidades, bien a obligaciones contraídas por aquéllas en nombre de la casa madre, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se hallen tales entidades (apdo. 13 STJCE de 22 de noviembre de 1978, *Somafer*, que habla de los litigios relativos a los derechos y obligaciones, contractuales o extracontractuales, sobre la gestión propiamente dicha de la agencia, de la sucursal o del establecimiento en sí mismos, tales como los que se refieren al alquiler del inmueble donde estén instaladas estas unidades de actuación o a la contratación en dicho lugar del personal que allí trabaja). Considerar la embajada dentro del concepto de «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento [...]» propio del art. 18.2 RB I se ajusta, asimismo, a la intención del legislador comunitario de interpretar las disposiciones de la sección 5 del capítulo II del RB I teniendo en cuenta la necesidad de garantizar una protección adecuada al trabajador como parte contratante más débil (FD 46 y apdo. 35 Conclusiones AG; STJCE de 26 de mayo de 1982, *Ivenel*; de 13 de julio de 1993, *Mulox IBC*; de 9 de enero de 1997, *Rutten*; o de 10 de abril de 2003, *Pugliese*).

3. Al igual que sucede con los contratos de seguro o consumo, la protección de la parte débil marca, asimismo, el diseño de la estructura competencial del RB I en materia laboral. Lo vemos en la relación de foros objetivos, más numerosos para el trabajador que para el empresario (arts. 19 y 20 RB I), y, también, en lo que ahora interesa, en las condiciones de operatividad de las cláusulas de sumisión expresa: sólo caben las posteriores al nacimiento del litigio, que no es el caso, y aquéllas anteriores que permitan al trabajador formular demandas ante Tribunales distintos a los objetivos (art. 21 RB I). A diferencia de las primeras, operativas en condiciones *prorrogatio* y *derogatio fori* semejantes a las del art. 23 RB I, las segundas operan como cláusulas a favor de parte: no pueden ser empleadas por el empresario, que disfruta sólo de los foros objetivos; sólo pueden ser utilizadas por el trabajador como demandante (no como demandado, por el riesgo de denegación de justicia que existiría al situar en una posición de indefensión a un empresario que, habiendo demandado correctamente al trabajador *ex art.* 20 RB I, se viese obligado a emplazarlo, en la eventualidad de una impugnación de competencia con base en la cláusula de sumisión que prosperase, ante un Tribunal, el elegido, que no puede utilizar porque la norma no se lo permite); y siempre que no excluyan la posibilidad de demandar al empresario ante los foros objetivos de los que ya disfruta: como cláusula a favor de parte, mantiene sólo el efecto *prorrogatio*, pero no *derogatio*, operando realmente el Tribunal elegido como alternativa a los foros objetivos ya existentes y a elección del interesado, el trabajador favorecido (FD 62). De acuerdo con ello, no se ajustaría a las exigencias del art. 21 RB I una cláusula redactada bajo el tenor de que «sólo serán competentes los Tribunales argelinos [...]», como la que nos ocupa en este caso, habida cuenta de que, prohibiendo al trabajador formular demandas ante los Tribunales que son competentes *ex art.* 19 RB I, excluye (y no amplía) la competencia basada en las reglas especiales, derivando así, aun cuando empleado y empleador hayan elegido como ley aplicable el Derecho

del Estado al que pertenece el Tribunal elegido (ley argelina), en una desventaja para el trabajador y, con ello, en una transgresión del objetivo del legislador comunitario de proteger al empleado como parte contratante más débil (FD 63 y 64; Conclusiones AG 58 y 59). La particularidad del caso reside, no obstante, en que la cláusula va dirigida no a los Tribunales de un Estado miembro sino a los de un tercer Estado (Argelia). Aunque su evaluación bien podría dejarse al Derecho autónomo (STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Coreck Maritime GmbH*), lo cierto es que cómo enfrentarse a una cláusula de esta naturaleza no es cuestión pacífica. No vamos a entrar en ello. Con todo, sí hay aspectos de este tipo de cláusulas en los que el RB I, que no las prohíbe, sí entra, determinando sus límites y, con ello, su alcance. Es lo que sucede, además de en competencias exclusivas del art. 22 RB I, precisamente en el ámbito de los foros de protección, como es el caso: de acuerdo con el art. 23.5 RB I, precepto que afecta tanto a cláusulas a favor de Tribunales comunitarios como de terceros Estados, «no surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia... si fueren contrarios a las disposiciones del art. 21 RB I [...]», de manera que reconocer la eficacia de una cláusula de elección de foro a favor de los Tribunales de un tercer Estado que derogase los foros de protección previstos en su normativa, en lo que ahora interesa, de trabajo, sería contrario al RB I. Por esta misma razón, una cláusula de elección de foro pactada antes del nacimiento del litigio sí estaría comprendida en el ámbito de aplicación del art. 21 RB I en la medida en que ofrezca al trabajador la posibilidad de formular demandas ante Tribunales distintos a los objetivamente competentes *ex arts.* 18 y 19 RB I, incluidos, en su caso, Tribunales situados fuera de la UE.

4. La aplicabilidad del RB I y, con ello, la valoración de la eventual competencia de los Tribunales alemanes, pasa, lógicamente, por la ausencia de inmunidad de jurisdicción del Estado argelino, representado aquí por su Embajada, que es el caso. La relación del Sr. Mahamdia con la Embajada se halla fuera de la regla de Derecho internacional consuetudinario que, como es sabido y con base en el principio *par in parem non habet imperium*, reconoce que un Estado no puede estar sujeto a la jurisdicción de otro Estado, o, lo que es lo mismo, excluye la posibilidad de que un Estado pueda ser demandado ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado (STEDH de 7 de julio de 2009, *Luis María López Cifuentes c. España*). Recuérdese que esta inmunidad no es absoluta: sólo opera cuando el litigio se refiere a actos de soberanía realizados *iure imperii*, pudiendo excluirse, por el contrario, en aquellos casos en los que la acción judicial tiene por objeto actos realizados *iure gestionis*, esto es, no pertenecientes al ámbito del poder público (FD 54-55; véase STC 107/1992, de 1 de julio, respecto al art. 21.2 LOPJ; también, STEDH de 23 de marzo de 2010, *Cudak c. Lituania*, sobre declaración de incompetencia de los Tribunales lituanos por inmunidad de jurisdicción invocada por Polonia respecto de una acción de indemnización por despido de una lituana que había desarrollado la actividad de secretaria en la Embajada de Polonia en Vilnius y que el TEDH consideró desproporcionada dada la ausencia de tareas relacionadas con el ejercicio de la soberanía del Estado polaco; lo mismo en la STEDH de 29 de junio de 2011, *Sabeh El Leil c. Francia*). Y esto es lo que parece suceder en el caso que nos ocupa: las funciones ejercidas por un empleado que desarrolla una actividad subalterna y esencialmente técnica no pueden considerarse como funciones ejercidas por ese trabajador que participen del ejercicio del poder público argelino; del mismo modo, la acción judicial tampoco interfiere en los intereses del Estado en materia de seguridad (FD 56). Dado que el Sr. Mahamdia no contribuyó a través de su actividad al ejercicio de la soberanía estatal de su empleador, su reclamación ante los Tribunales alemanes solicitando el pago de indemnizaciones e impugnando la resolución del contrato de trabajo celebrado con el Estado argelino no se halla sometida, pues,

a inmunidad de jurisdicción, no bastando el hecho de que el trabajador estuviera adscrito a una embajada de un Estado tercero para, por sí solo, frustrar la aplicación de los arts. 18 y 19 RB I (lo mismo, las actividades de un ascensorista empleado en la Embajada de Estados Unidos en Alemania, las de un técnico doméstico empleado en esta misma Embajada responsable del mantenimiento de diversas instalaciones técnicas, o las de un conserje; *Bundesarbeitsgericht* de 20 de octubre de 1997, 15 de febrero de 2005, y 30 de octubre de 2007, respectivamente). Respetar este principio no es sino el ejercicio de las competencias de la Unión Europea dentro del respeto a las reglas del Derecho internacional (STJUE de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation*; STJUE de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros*).

Javier MASEDA RODRÍGUEZ
Universidad de Santiago de Compostela

2013-3-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Foro en materia delictual.—Aplicabilidad a las acciones declarativas negativas.

Preceptos aplicados: art. 5.3 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a) de 25 de octubre de 2012, asunto C-133/11, *Folien Fischer AG y Fofitec AG c. Ritrama SpA*.

Ponente: M. Safjan.

F.: *curia.europa.eu*.

36. *Procede declarar que, según el tenor literal del artículo 5, número 3, del Reglamento núm. 44/2001, la regla especial para determinar la competencia que figura en dicha disposición está prevista, con carácter general, «en materia delictual o cuasidelictual». Así pues, tal formulación no permite excluir ipso facto del ámbito de aplicación de dicha disposición a una acción declarativa negativa. [...]*

39. *Procede recordar asimismo que la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso», que figura en el artículo 5, número 3, del Reglamento núm. 44/2001, se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción puede ejercitarse, a elección del demandante, ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares [...]*

40. *Por tanto, para que un tribunal pueda declararse competente para conocer de un litigio en materia delictual o cuasidelictual, deberá identificar uno de esos dos puntos de conexión.*

41. *Así pues, se trata de determinar si, pese a la particularidad de una acción declarativa negativa, es posible atribuir la competencia judicial para conocer de una demanda de este tipo basándose en los criterios establecidos en el artículo 5, número 3, del Reglamento núm. 44/2001 [...]*

45. *[L]os objetivos de previsibilidad del foro y de seguridad jurídica [...] no guardan relación alguna ni con la atribución de los papeles respectivos de demandante y de demandado ni con la protección de uno de ellos [...]*

47. *En consecuencia, según alegan fundadamente Folien Fischer y Fofitec, los Gobiernos alemán, francés, neerlandés y portugués, así como la Comisión Europea, la aplicación del artículo 5, número 3, no requiere que sea la presunta víctima quien ejercite la acción.*

48. *Es cierto que los intereses del demandante en una acción declarativa negativa son diferentes de los intereses de quien presenta una demanda cuyo objeto es que se declare que el demandado es responsable de un perjuicio y que se le condene a pagar una indemnización por daños y perjuicios, pero no es menos verdad que, en ambos casos, el examen que lleva a cabo el tribunal que conoce del asunto recae esencialmente sobre los mismos elementos de hecho y de Derecho.*

49. *Por otra parte, del apartado 45 de la Sentencia de 6 de diciembre de 1994, Tatty [...], que versa sobre la interpretación, entre otros, del artículo 21 del Convenio de Bruselas, consagrado a la litispendencia (convertido en el artículo 27 del Reglamento núm. 44/2001), se desprende que una demanda por la que se solicita que se declare que el demandado es responsable de un perjuicio y que se le condene a pagar una indemnización por daños y perjuicios tiene la misma causa y el mismo objeto que una demanda mediante la que se solicita que se declare que el demandante no es responsable de tal perjuicio [...].*

51. *En tales circunstancias, la especificidad de la acción declarativa negativa [...] carece de incidencia sobre el examen que un tribunal nacional debe efectuar para verificar su competencia judicial en materia delictual, puesto que se trata únicamente de determinar si existe un punto de conexión con el Estado del foro.*

52. *Por tanto, si los elementos relacionados con la acción declarativa negativa pueden justificar la conexión con el Estado en el que, o bien ha sobrevenido el hecho causal o bien se ha producido o puede producirse el daño, [...] el tribunal de uno u otro de esos dos lugares podrá declarar válidamente su competencia para conocer de la mencionada acción en virtud del artículo 5, número 3, del Reglamento núm. 44/2001, con independencia de si tal acción ha sido ejercitada por la presunta víctima de un acto ilícito o por el deudor potencial de un derecho de crédito que tenga su fundamento en el acto ilícito.*

53. *En cambio, aquel tribunal que no pueda identificar en el Estado del foro ninguno de los dos puntos de conexión mencionados en el apartado 39 de la presente sentencia no podrá declararse competente sin vulnerar los objetivos del artículo 5, número 3, del Reglamento núm. 44/2001.*

54. *De lo anterior resulta que, a los efectos de determinar la competencia de los tribunales nacionales, una acción declarativa negativa no está excluida del ámbito de aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento núm. 44/2001.*

Nota. 1. El Tribunal de Justicia (en adelante, TJ) se vio llamado en este asunto a examinar el ámbito de aplicación del art. 5.3 RB I, para determinar si dicha disposición es aplicable a la hora de entablar acciones declarativas negativas, es decir, acciones planteadas por el potencial autor de un daño de carácter extracontractual para exonerarse de una eventual demanda de responsabilidad por parte del potencial perjudicado (*in casu*, dos empresas domiciliadas en Suiza habían presentado en Alemania una demanda contra una sociedad domiciliada en Italia, para obtener una declaración en el sentido de que determinadas prácticas comerciales, llevadas a cabo por las demandantes en Alemania, no constituían infracciones del Derecho de la competencia, y bloquear así *ex ante* eventuales acciones de cesación o de indemnización por parte de la demandada).

Tanto el *Bundesgerichtshof* en su cuestión prejudicial (reproducida en el apdo. 21) como el propio TJ en su reformulación de la misma (apdo. 29) plantean el asunto des-

de la perspectiva del alcance material del art. 5.3 RB I. Sin embargo, al responder a la misma el TJ convierte —erróneamente, a mi entender— un problema de delimitación del ámbito material de la norma (la posibilidad de subsumir las acciones declarativas negativas dentro del concepto de materia delictual) en un problema de localización del lugar de producción del hecho dañoso, como expongo en el punto 3.

2. La noción de «materia delictual y cuasidelictual» es un concepto autónomo que ha sido objeto de una labor de interpretación y delimitación por parte del propio TJ; una noción fijada en el asunto *Kalfelis* (as. 189/87) y refrendada en posteriores sentencias (véase más extensamente ORÓ MARTÍNEZ, C., «Las acciones declarativas negativas y el art. 5.3.º del Reglamento Bruselas I», *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 185-206, pp. 190-195), y en virtud de la cual dicho concepto comprende demandas *dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado* y que no estén relacionadas con la materia contractual en el sentido del art. 5.1 RB I. Un concepto que, obviamente, debería suponer una respuesta negativa a la cuestión prejudicial planteada, puesto que las acciones declarativas negativas no van dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado.

Pero curiosa y sorprendentemente, en la sentencia comentada el TJ olvida su propia jurisprudencia, ya que omite toda referencia al «concepto *Kalfelis*», removiendo de este modo un obstáculo a la posibilidad de dar una respuesta afirmativa a la cuestión prejudicial. Con todo, quizá lo más sorprendente no es que el TJ ignore el concepto *Kalfelis*, sino el hecho de que ni siquiera cite la propia sentencia *Kalfelis*; una omisión que por la importancia de dicho asunto —el primero en el que se ocupó del ámbito material del art. 5.3 RB I, y en el que creó el concepto de materia delictual— difícilmente puede considerarse no intencionada. Se diría que el TJ, resuelto a dar una respuesta afirmativa a la cuestión planteada, decide ignorar su propia jurisprudencia y enmienda implícitamente su concepto autónomo de materia delictual. Y aun cuando coincido con la solución de fondo así alcanzada (para los argumentos a favor de la inclusión de las acciones declarativas negativas en el ámbito material del art. 5.3 RB I, y la consiguiente necesidad de revisar el concepto *Kalfelis*, ORÓ MARTÍNEZ, C., *loc. cit.*, pp. 196-206), pienso que el TJ debería haber explicitado esta modificación jurisprudencial.

3. Así, al haber «olvidado» su propio concepto autónomo, el TJ procede a interpretar *ex novo* —es decir, con una interpretación no mediatizada por su propia jurisprudencia en el asunto *Kalfelis*— el alcance del art. 5.3 RB I. Pero como he señalado, al hacerlo convierte un problema relativo al ámbito material de dicha norma (¿recaen en el mismo las acciones declarativas negativas?) en un problema relativo a la localización de la conexión utilizada por la norma (¿pueden identificarse el lugar de manifestación del daño y/o el de producción del hecho causal en relación con las acciones declarativas negativas?), como puede leerse claramente en el apdo. 41 de la Sentencia, y como se desprende de los argumentos que desgrana a partir de ahí el TJ, especialmente en los apdos. 51-53. Un enfoque que también encontramos en las Conclusiones del AG Jääskinen (apdos. 64-66), pero erróneo a mi entender, ya que lo que determina la aplicabilidad de los foros especiales como el del art. 5.3 RB I es la inclusión del objeto del litigio dentro de su ámbito material, y no el resultado al que conduzca el vínculo de conexión retenido por la norma. A mi modo de ver, el hecho de si es o no posible atribuir competencia a un tribunal con base en dicha conexión no puede en ningún caso incidir en la delimitación del ámbito material del foro.

En cambio, son más acertadas las consideraciones del TJ relativas a la irrelevancia de la inversión de las posturas procesales habituales, que caracteriza a las

acciones declarativas negativas, a la hora de incardinarlas en el ámbito del art. 5.3 RB I (apdos. 42-45); al hecho de que este foro no responde al principio *favor laesi* (apdos. 46-47); y a la relevancia que debe darse a la materia sobre la que se proyecta el examen del juzgador, y no a la postura procesal desde la que se impulse dicho examen (apdo. 48), postura a todas luces lógica si partimos tanto de la interpretación del tenor literal del art. 5.3 RB I, como de una interpretación sistemática del RB I, que tome en cuenta la jurisprudencia del TJ en relación con su art. 5.1 (como sostuve más ampliamente en ORÓ MARTÍNEZ, C., *loc. cit.*, pp. 197-198).

4. En suma, pienso que nos encontramos con una buena sentencia desde el punto de vista del resultado final —la admisibilidad del planteamiento de acciones declarativas negativas fundadas en el foro especial del art. 5.3 RB I, contrariamente a lo que sostuvo el AG en sus Conclusiones—, que se atiene a lo que se colige de una interpretación literal, lógica y sistemática de la norma, y que sirve para poner fin a importantes discrepancias no sólo en la doctrina, sino sobre todo en la aplicación práctica del art. 5.3 RB I por los tribunales nacionales. Sin embargo, opino que son censurables las incoherencias interpretativas del TJ que he señalado brevemente en estas líneas, y muy especialmente, el hecho de que no se explicita un cambio jurisprudencial relevante, como es el relativo a la revisión del concepto *Kalfelis*.

Cristian ORÓ MARTÍNEZ
Max Planck Institute Luxemburg for International,
European and Regulatory Procedural Law

2013-4-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores.—Reglamento (CE) núm. 44/2001.—Art. 15, apdo. 1, letra c).—Eventual limitación de dicha competencia a los contratos celebrados a distancia: no.

Preceptos aplicados: art. 13, apdo. 1, núm. 3, del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968; art. 15, apdo. 1, letra c) del Reglamento (CE) núm. 44/2001; art. 6.1 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 (Roma I).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2012, asunto C-190/11. *Mühlleitner-Yusufi*.

Ponente: C. Toader.

F.: *curia.europa.eu*.

35. *En primer lugar, ha de señalarse que el artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I no condiciona expresamente su aplicación al hecho de que los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación se hayan celebrado a distancia.*

36. *En efecto, del tenor de la referida disposición se desprende que ésta se aplica cuando se cumplen dos requisitos específicos. Es necesario, en primer término, que el comerciante ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y, en segundo término, que el contrato controvertido esté comprendido en el marco de dichas actividades [...].*

38. *El Tribunal de Justicia también ha declarado que la redacción del artículo 15, apartado 1, del Reglamento Bruselas I no es exactamente idéntica a la del artículo 13, párrafo primero, del Convenio de Bruselas. En particular, consideró que los requisitos de aplicación específicos que deben cumplir los contratos de consumo ahora están redactados en sentido más amplio que anteriormente, con el fin de otorgar una mayor protección a los consumidores, en consonancia con los nuevos medios de comunicación y el desarrollo del comercio electrónico (véase la sentencia Pammer y Hotel Alpenhof, antes citada, apartado 59) [...].*

41. *La nueva redacción, menos restrictiva, del antiguo artículo 13 del Convenio de Bruselas también se refleja, como destacó el Abogado General en el punto 17 de sus conclusiones, en los acuerdos paralelos al Convenio de Bruselas y al Reglamento Bruselas I, en particular, en el artículo 15, apartado 1, letra c), del Convenio anejo a la Decisión 2007/712/CE del Consejo, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 339, p. 1).*

42. *En segundo lugar, por lo que respecta a la interpretación teleológica del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I, ha de observarse que el hecho de añadir un requisito vinculado a la celebración de los contratos de consumo a distancia sería contrario al objetivo que se persigue con la citada disposición, en su nueva redacción menos restrictiva, en particular el de la protección de los consumidores, partes débiles del contrato [...].*

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

El artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que no exige que el contrato entre el consumidor y el profesional se haya celebrado a distancia.

Nota. 1. La Sentencia que anotamos continúa cerrando la interpretación del art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001 en un aspecto que en su momento se consideró crucial para el desarrollo del comercio y la contratación a través de Internet en Europa, cual es el del reparto del riesgo entre profesional y consumidor en orden a la determinación de la competencia judicial internacional. Dos datos explican la cuestión prejudicial que dio origen a una sentencia, por lo demás, clara en su planteamiento y convincente en su fallo, al menos desde el punto de vista del análisis del sistema. Por un lado, la Declaración Conjunta del Consejo y de la Comisión relativa a los arts. 15 y 73 del Reglamento Bruselas I parecía hacer un guiño a los profesionales con un lenguaje un tanto ambiguo en el que aparentemente se rebajaba el ámbito de aplicación del art. 15.1.c) del Reglamento. La alusión en dos ocasiones a los contratos celebrados a distancia y la reacción en negativo del cuarto párrafo del punto 1, parecía decir «no os preocupéis [profesionales] que aunque utilicéis Internet para vuestros negocios e incluso invitéis a la celebración de contratos a distancia no necesariamente quedaréis sujetos a los tribunales del domicilio del consumidor». Una lectura detenida de esta declaración atestigua que su contenido no es tan claro y que la alusión a los contratos celebrados a distancia es meramente ejemplificativa y no excluyente. El otro dato que hace que el *Oberster Gerichtshof* austriaco pida al TJ una interpretación sobre el art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001, es la no suficientemente clara afirmación del propio Tribunal en la Sentencia *Pammer-Alpenhof* (STJUE de 7 de diciembre de 2012, as. acumulados C-585/08 y C-144/09, anotada por QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *REDI*, 2010-16-Pr). En los cdos. 86 y 87 de esta última Sentencia, el TJ ante la alegación del

profesional de que el contrato se había celebrado *in situ* y no a distancia (por lo que en su opinión, el art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001 no sería aplicable) el TJ rebatió lo accesorio, señaló que el contrato sí se había celebrado a distancia, y no lo esencial: ¿es necesario que el contrato se haya celebrado a distancia?

2. Con estos «precedentes» no extraña una cuestión prejudicial como la elevada por el *Oberster Gerichtshof*. El caso enfrentaba a un consumidor austriaco que primero a través de un conocido gran portal de compraventa de vehículos de segunda mano (*mobile.de*) y luego a través de la propia web del vendedor adquirió un coche en Hamburgo, donde se desplazó para la conclusión del contrato. Para la aplicación del art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001, ¿es necesario que el contrato se celebre a distancia?, preguntó el Tribunal austriaco. Al fin y al cabo los tribunales de instancia y de apelación se habían declarado incompetentes, a pesar de que en ningún caso se discutió ni que se trataba de un contrato de consumo, ni que el vendedor había dirigido su actividad profesional o comercial hacia el Estado del domicilio del consumidor (algo que el TJ asumió como un hecho no susceptible de supervisión: cdo. 30). La simplicidad con la que el TJ responde negativamente a esta pregunta podría hacernos pensar en su carácter superfluo, mas no es así. Pendiente este caso, otra cuestión prejudicial en términos similares fue planteada por el *Bundesgerichtshof*, el 1 de febrero de 2012; en este caso con una pregunta accesorio sobre la aplicación del precepto a la conclusión de un «compromiso precontractual» con arreglo a las modalidades de contratación a distancia (véase la cuestión prejudicial en *DO C*, núm. 126, de 28 de abril de 2012). Como he señalado, el TJ es taxativo en su respuesta, que sigue la posición de las Conclusiones del Abogado General, y convincente en los argumentos.

3. La primera razón por la que el TJ determina que no es preciso que el contrato se celebre a distancia para que caiga dentro del ámbito de aplicación del precepto interpretado es, sencillamente, que tal condición no se exige por la letra de la norma; el argumento *literal* (cdos. 35 y 36 de la Sentencia). Se refuerza esta postura con un análisis *histórico*, fundamentado en la metamorfosis que experimentó el art. 15 del Reglamento 44/2001 respecto de su «precedente» art. 13 del Convenio de Bruselas, hacia una mayor protección de los consumidores «en consonancia con los nuevos medios de comunicación y el desarrollo del comercio electrónico» y se hace hincapié que en el propio proceso de elaboración de la norma debatida ya hubo un debate expreso sobre la conveniencia de añadir el requisito de que los contratos debieran haberse celebrado a distancia; enmienda que fue rechazada con argumentos que obran en el Informe de 18 de septiembre de 2000 de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo (cdos. 37 a 41). Por último, el argumento *teleológico* (mezclado con el histórico) cierra el círculo que se circunscribe a la regla analizada.

Quedaba, no obstante, aclarar la postura del TJ en el asunto *Pammer-Alpenhof*, que aparentemente había dicho que el art. 15.1.c) del Reglamento se aplicaba, pues contrariamente a lo que defendía el Hotel Alpenhof, el contrato sí se había celebrado a distancia. El TJ aclara que la celebración de un contrato a distancia no es en modo alguno requisito de aplicación del precepto, sino un indicio de vinculación del contrato a la actividad comercial o profesional dirigida al Estado del domicilio del consumidor (un indicio a fortiori, dice en su cdo. 44).

4. Por obvia que pueda ser la conclusión, la sentencia anotada no deja de ser interesante, especialmente desde la perspectiva de los profesionales. La confianza en sentirse cubiertos por el hecho de que el consumidor se desplace y realice todos los actos de conclusión del contrato en el Estado del profesional no es garantía de nada. La clave sigue estando en saber cuándo el profesional ha dirigido sus actividades co-

merciales o profesionales al Estado del domicilio del consumidor (y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades). La citada Sentencia *Mühlleitner-Yusufi* no aporta ningún elemento adicional a los aportados por *Pammer-Alpenhof*. Y dado que el art. 17.1.c) del nuevo Bruselas I [Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L, 351 de 20 de diciembre de 2012] tiene el mismo tenor que el que analizamos, no será descartable que nuevos casos lleguen al TJ para ir depurando la sin duda heterogénea casuística que las nuevas tecnologías plantean.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela

1.2. Reconocimiento y ejecución de resoluciones

2013-5-Pr

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS.—Reglamento (CE) 44/2001.—Orden público.—Notificación de la demanda.—Alcance probatorio del art. 54.—Falta de motivación de decisión dictada en rebeldía.

Preceptos interpretados: art. 47, párrafo segundo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; arts. 34.1, 34.2 y 54 del Reglamento (CE) 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a) de 6 de septiembre de 2012, asunto 619/10, *Trade Agency Ltd. Contra Seramico Investments Ltd.*

Ponente: A. Tizzano.

F.: *curia.europa.eu*.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: 1) El artículo 34, número 2, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al que remite el artículo 45, apartado 1, de este Reglamento, en relación con los considerandos 16 y 17 de dicho Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que, cuando el demandado interpone recurso contra el otorgamiento de la ejecución de una resolución dictada en rebeldía en el Estado miembro de origen y acompañada de la certificación, alegando que no recibió la notificación de la cédula de emplazamiento, el juez del Estado miembro requerido, que conoce de dicho recurso, es competente para comprobar la concordancia entre la información que figura en dicha certificación y las pruebas.

2) El artículo 34, número 1, del Reglamento núm. 44/2001, al que remite el artículo 45, apartado 1, de dicho Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que el juez del Estado miembro requerido no puede denegar, en virtud de la cláusula de orden público, la ejecución de una resolución judicial dictada en rebeldía y mediante la que se dirime el fondo de un litigio sin examinar ni el objeto de la demanda ni sus fundamentos y que no expone ningún argumento sobre la fundamentación de la demanda en cuanto al fondo, salvo que considere, tras una apreciación global del procedimiento y a la luz del conjunto de circunstancias pertinentes, que dicha resolución supone un menoscabo manifiesto y

desmesurado del derecho del demandado a un proceso equitativo, recogido en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, debido a la imposibilidad de interponer un recurso contra ella de manera útil y efectiva.

Nota. 1. En el litigio de base que dio lugar a la Sentencia que comentamos se invocan dos causas para rechazar el reconocimiento de una sentencia británica en Letonia: por una parte, la ausencia de notificación al demandado del proceso abierto contra él en el Reino Unido; y, por otra parte, la incompatibilidad con el orden público de Letonia de la resolución judicial británica carente de toda motivación. Formalmente, el Tribunal de Justicia utiliza las causas establecidas en el art. 34.2 y 34.1 del Reglamento Bruselas I para valorar sendas alegaciones, aunque, como voy a tratar de demostrar, la conclusión sobre la contrariedad del orden público por ausencia de motivación de una resolución judicial está estrechamente vinculada a la conducta procesal del demandado.

2. La primera cuestión prejudicial versa sobre el alcance probatorio del certificado al que se refiere el art. 54 del Reglamento Bruselas I y el consiguiente margen de apreciación de los tribunales del Estado requerido para cuestionar el contenido de la certificación y su compatibilidad con la confianza comunitaria. El Tribunal de Justicia, al igual que la Abogada General, tiene clara su respuesta al respecto: la invocación del art. 34.2 justifica la competencia del tribunal del Estado requerido para valorar las circunstancias exigidas por tal disposición sin que éste quede vinculado por el certificado emitido del citado art. 54. Tal conclusión es plenamente consecuenta, por una parte, con la función que dentro del procedimiento de declaración de ejecutividad o del reconocimiento a título principal desempeña tal certificación (argumento de procedimiento) y, por otra parte, con el limitado alcance probatorio que tal certificación proporciona en relación con las circunstancias fácticas y jurídicas a las que se refiere el art. 34.2 (argumento sustantivo).

Desde la perspectiva procedimental, la única función asignada a la certificación del art. 54 del Reglamento Bruselas I es la de simplificar y agilizar el inicio del procedimiento de declaración de ejecutividad (o del reconocimiento a título principal), eliminando la anterior obligación de aportación documental por la parte solicitante. Su valor es meramente indiciario, constituyendo una presunción *iuris tantum* de que la notificación se ha producido en la fecha señalada en el documento [GEIMER, R., y SCHÜTZE, R. A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, Múnich, 3.ª ed., C. H. Beck, 2010, p. 825; STAUDINGER, A., en RAUSCHER, T. (coord.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR (Brüssel I-VO – LugÜbk 2007)*, Múnich, Sellier, 2001, p. 875]. Como indica la propia Abogada General en sus Conclusiones (apdos. 33 y ss.), nada tiene que ver este certificado con los establecidos en los Reglamentos que instituyen títulos ejecutivos europeos. Ambos tipos de certificados son dispares en su función y en los controles exigibles a las autoridades del Estado de origen previos a su emisión; en consecuencia, son también dispares en su alcance «probatorio»: pleno en el caso de los títulos ejecutivos europeos, pudiendo ser sólo atacados ante las autoridades del Estado de origen por las vías previstas *ad hoc* en dicho Estado; de mera presunción, valorable junto con otros medios de prueba, en el caso del certificado del art. 54.

Desde una perspectiva sustantiva, la limitada fuerza probatoria del certificado del art. 54 es consecuencia directa de su concreto contenido en relación con la notificación: consta únicamente la fecha en la que ésta se produce. No acredita, por tanto, el modo concreto en el que la notificación se produjo, si el demandado pudo conocer efectivamente la notificación, el contenido concreto de lo notificado (si fue la cédula de emplazamiento o un documento equivalente, con o sin información adicional)

y ni si el destinatario disponía de plazo suficiente para recurrir, siendo todas estas informaciones claves para determinar el éxito o fracaso del motivo del art. 34.2 en función de la indefensión material del demandado (considerandos 37 y 38 de la Sentencia). Por ello, si bien la acreditación de una fecha de notificación de la demanda puede ser un indicio a los efectos de comprobar el respeto a los derechos de defensa del art. 34.2, no puede afirmarse que tal acreditación mediante el certificado sirva de base, exclusiva, para otorgar o denegar el reconocimiento de la decisión con base en dicho precepto.

En este escenario, la eliminación de la condición de la regularidad a los efectos del art. 34.2 del Reglamento Bruselas I respecto al Convenio de Bruselas de 1968 ha producido el efecto inmediato de evitar como táctica procesal la invocación de meras irregularidades formales no lesivas para el derecho de defensa efectiva del demandado, circunstancia ésta que deberá quedar acreditada por el demandante y apreciada por el tribunal a la vista de las circunstancias del caso. En este contexto, el certificado del art. 54 aligera la carga probatoria que corresponde al solicitante de la ejecución (demandante en el proceso de origen) a la hora de acreditar la regularidad y temporalidad de la notificación. Origina una presunción que deberá ser desvirtuada con los esfuerzos probatorios del demandado, sin perjuicio de que, como decimos, la fuerza probatoria estricta del art. 54 no abarca más que la constatación de que la demanda ha sido entregada en una determinada fecha. Por este motivo, frente a la eventualidad de otras posibles alegaciones del demandado (por ejemplo, falta de recepción directa de la demanda o la notificación de documentación incompleta para preparar su defensa) sería aconsejable que el demandante tuviera disponible y, en su caso, acompañara al inicio del procedimiento de reconocimiento, la correspondiente diligencia de notificación, con indicación del receptor concreto y del contenido de la documentación remitida. En todo caso, será el demandado el que, *ex art. 34.2 in fine*, asumirá la carga de demostrar que no pudo recurrir la decisión en el Estado de origen.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el supuesto planteado en el asunto *Trade Agency*, constando la fecha de notificación de la demanda en el certificado, no quedaría desvirtuada la presunción de notificación con la mera negación de la recepción por el demandado (dice que «no fue informado [...]»), aunque deberá completarse el dato suministrado por la certificación con la indicación del modo concreto en que esta notificación se produjo y cuál fue el receptor concreto de la misma.

3. Junto a la, alegada, ausencia de notificación del proceso, la parte que se opone al reconocimiento y ejecución alega el orden público de Letonia frente a una decisión judicial no motivada. Por ser más precisos: la sentencia británica se fundamenta en el hecho mismo de la rebeldía del demandado.

No debe buscarse, en la línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), una respuesta concluyente sobre el alcance del derecho a un proceso justo del art. 6 del CEDH en relación con la no motivación de las resoluciones judiciales. El mismo planteamiento debe considerarse en relación con el art. 47.2 de la Carta de Derechos Fundamentales, con el añadido del efecto limitado que este texto tiene precisamente sobre el sistema británico, Estado de origen de la decisión controvertida en el asunto *Trade Agency* (véase en este sentido el Protocolo núm. 30 a los Tratados sobre la aplicación de la Carta a Polonia y al Reino Unido). Ciertamente, la jurisprudencia del TEDH (véase Sentencia de 27 de septiembre de 2001, demanda núm. 49684/99, asunto *Hirvisaari c. Finlandia*, apdo. 30; Sentencia de 9 de diciembre de 1994, demanda núm. 18390/91, asunto *Ruiz Torija c. España*, apdo. 29) y la posición que asume el Tribunal de Justicia acusan un fuerte relativismo

y un importante grado de flexibilización: la no motivación constituye una restricción a un derecho fundamental pero que cabe admitir restricciones que respondan a un interés general y sean proporcionadas (apdo. 56 de la Sentencia). Las «matizaciones» al derecho fundamental se hacen en función de las diversas concepciones procesales existentes entre los Estados miembros, de la estrategia procesal del demandado y de las razones de economía procesal que subyacen en determinados procedimientos sumarios, regidos por el principio dispositivo.

En todo caso, la proporcionalidad y la adecuación al fin perseguido suponen que la admisión de pronunciamientos judiciales no motivados debe ser consecuente con un sistema previo de control de las garantías procesales que acrediten que la no comparecencia del demandado es voluntaria (control *ex ante*), tal y como se indica que ocurre en el sistema británico (véase el Considerando 56 de la Sentencia que comentamos) o, si falla el anterior, un sistema de impugnación posterior que permita al demandado una «revisión plena» de la decisión (control *ex post*). En ambos casos, el *test* de la proporcionalidad de la restricción al derecho fundamental al proceso equitativo se salvaría con la garantía del derecho a la contradicción procesal. Así lo muestra el modelo ya ensayado con el título ejecutivo europeo en el ámbito de los créditos no impugnados.

4. Desde la perspectiva del control *ex ante* del derecho de contradicción procesal, cobra especial relevancia la posición y actitud del demandado en el proceso. Si se tratara de una rebeldía en el proceso de origen calculada por el demandado, tendría mayores dificultades argumentar su derecho de defensa en contra del reconocimiento de una resolución no motivada (como orden público procesal en el sentido del art. 34.1) en la medida en que el derecho de contradicción hubiera quedado garantizado en esa fase procesal. De no ser así, se favorecerían las estrategias procesales del demandado de no comparecer en el proceso de origen (incluso en aquél al que fue correctamente notificado) a sabiendas del carácter claudicante de la decisión judicial que vaya a dictar. Ello supone que, en el siempre difícil equilibrio entre la tutela judicial de los derechos del demandante y los derechos de defensa del demandado, éste va a asumir una carga adicional para comparecer en el proceso abierto contra él si quiere evitar un pronunciamiento condenatorio. Por tanto, la comparecencia se convierte en la única estrategia útil para el ejercicio efectivo de la defensa, viéndose claramente «sancionada» la conducta del demandado pasivo.

Si la no comparecencia obedece a una situación de indefensión inicial (y además no subsanable en los términos del art. 34.2 *in fine*), la sentencia no motivada dictada con posterioridad simplemente confirmaría la violación del orden público por vulneración radical de los derechos de defensa del demandado, en aplicación del art. 34.2.

Ahora bien, en cualquier caso resulta imprescindible determinar cuándo la notificación del proceso ha permitido garantizar efectivamente el principio de contradicción procesal, que requiere no sólo el conocimiento genérico de la apertura de un proceso contra el demandado, sino que haya tenido la oportunidad de conocer la «demanda o documento equivalente», con la información pertinente sobre el litigio y las pretensiones del demandante, y con el tiempo suficiente a los efectos de poder preparar su defensa. Sería además coherente con la filosofía subyacente en el art. 34.2, la información adicional al demandado sobre las consecuencias procesales de su no comparecencia (en el caso de los *default judgments*, la decisión judicial condenatoria). Si todos estos requisitos se cumplen, la no motivación de la decisión judicial (en el ámbito de los procesos en los que rige el principio dispositivo) sería difícilmente invocable como contraria al orden público del art. 34.1.

5. El control *ex post* del derecho de contradicción procesal se hace imprescindible en aquellos casos en los que la incomparecencia del demandado se deba a que la demanda no le fue notificada «de modo tal y con tiempo suficiente para defenderse». Cabe subsanar, como ha explicitado el Tribunal de Justicia en el asunto *ASML* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-283/05), la notificación de la demanda por la notificación de la sentencia siempre que sea posible este control *ex post* para garantizar el principio de contradicción inicialmente vulnerado. En este contexto, la notificación de una sentencia no motivada dificulta esta vía de la subsanación. Es precisamente en esta sede en la que, con mayor probabilidad, la decisión judicial no motivada puede ser contraria al orden público (en el contexto del art. 34.2) en la medida en que tal «irregularidad» (la falta de motivación) no pueda ser invocada en un recurso en el Estado de origen y el demandado se encuentre limitado en sus posibilidades de modificación y revocación de la decisión de instancia.

A este respecto, el control *ex post* por parte de los tribunales del Estado de origen para garantizar el principio de contradicción puede revestir dos modalidades que permitan una «revisión plena» [siguiendo la terminología del art. 18.1.b) Reglamento (CE) núm. 805/2004] de la sentencia dictada: 1) puede garantizarse a través de un recurso específico de nulidad de actuaciones o de infracción procesal en el Estado de origen, en el que pueda hacerse valer la indefensión causada por la deficiente notificación y la no motivación de la resolución judicial; 2) puede garantizarse a través de un recurso de fondo que coloque al demandado en la misma posición procesal y con las mismas armas (en cuanto a alegaciones, pruebas, etc.) que tendría en la instancia (ambas opciones son defendidas por VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Navarra, 2.ª ed., Thomson/Civitas, 2007, p. 629; asimismo FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Navarra, 6.ª ed., Thomson Reuters/Civitas, 2011, p. 231). En este segundo caso, la ausencia de motivación de la sentencia limitaría las posibilidades reales de un recurso sobre el fondo en la medida en que el demandado carecería de fundamentación para atacar la resolución judicial.

6. Cabe concluir, a la vista de las consideraciones efectuadas, que en los procesos regidos por el principio dispositivo, una decisión judicial no motivada dictada en rebeldía del demandado vulnera el orden público cuando no haya quedado garantizado el ejercicio efectivo del derecho de contradicción procesal. Ésta es la idea que subyace en la Sentencia dictada en el asunto *Trade Agency*, aunque el Tribunal de Justicia no matiza su conclusión en función de las diferentes situaciones en las que puede encontrarse el demandado.

En el caso de un proceso contradictorio, con comparecencia del demandado y alegaciones sobre el fondo, la falta de motivación de la decisión judicial limitaría (o anularía) sus posibilidades efectivas de recurso y, por tanto, encajaría dentro del art. 34.1 del Reglamento Bruselas I.

Por el contrario, existirían mayores dificultades para encajar la ausencia de motivación de las decisiones judiciales como causa autónoma de denegación del reconocimiento en los supuestos de rebeldía del demandado. En los supuestos de rebeldía voluntaria, una admisión indiscriminada de la no motivación como causa de rechazo al reconocimiento favorece la estrategia procesal del demandado de no comparecer en el proceso de origen (incluso en aquél correctamente emplazado) a sabiendas del carácter claudicante de la decisión judicial que vaya a dictar. Sin embargo, en la situación de rebeldía por indefensión recogida en el art. 34.2 del Reglamento Bruselas I, la

no motivación de la sentencia dificulta las posibilidades de subsanación mediante un recurso ante los tribunales del Estado de origen y, por tanto, facilita la aplicación de esta causa de rechazo al reconocimiento.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Universidad de Oviedo

2013-6-Pr

RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIÓN EXTRANJERA.—Concepto de resolución.—Alcance de la cosa juzgada.—Efecto de la cláusula de sumisión.

Preceptos aplicados: arts. 32 y 33 del Reglamento (CE) 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de noviembre de 2012 (Sala 3.ª), asunto C-456/11 *Gothaer Allgemeine Versicherung AG*. Ponente: Sr. D. K. Lenaerts.

F.: *curia.europa.eu*.

El artículo 32 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que en su ámbito de aplicación se incluye asimismo una resolución en virtud de la cual el tribunal de un Estado miembro declina su competencia con base en una cláusula atributiva de competencia, con independencia del modo en que el Derecho de otro Estado miembro califique tal resolución.

Los artículos 32 y 33 del Reglamento núm. 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que el tribunal ante el que se invoque el reconocimiento de una resolución en virtud de la cual un tribunal de otro Estado miembro haya declinado su competencia con base en una cláusula atributiva de competencia está vinculado por la declaración relativa a la validez de dicha cláusula que figure en los fundamentos de Derecho de una resolución judicial que declare la inadmisibilidad de la acción y que haya adquirido firmeza.

Nota: 1. Comenzaremos presentando los hechos del caso: la sociedad alemana Krones AG vendió a una sociedad mexicana (la destinataria) instalaciones y equipos para la producción de cerveza. El transporte de Amberes a México lo llevó a cabo Sampskip GmbH, filial alemana de una sociedad holandesa. El conocimiento de embarque emitido en relación con dicho transporte incluía una cláusula de sumisión a los tribunales islandeses y aplicación del Derecho islandés. Las mercancías sufrieron daños durante el transporte y Krones cedió sus derechos a las aseguradoras, cuatro compañías de seguros alemanas. La destinataria y las aseguradoras presentaron frente a Sampskip una demanda ante los tribunales belgas que, si bien se declararon competentes en primera instancia, negaron dicha competencia en apelación. En los fundamentos de Derecho de la sentencia de apelación, el tribunal declaró 1) que la destinataria carecía de legitimación activa en virtud del contrato de transporte; 2) que las compañías de seguros sí estaban legitimadas activamente como causahabientes de Krones y se encontraban vinculadas por la cláusula atributiva de competencia pactada en el conocimiento de embarque; 3) que, como consecuencia de ésta, los tribunales belgas carecían de competencia judicial y 4) que la competencia correspondía a los tribunales islandeses. Posteriormente las aseguradoras y Krones plantearon en Ale-

mania dos demandas de resarcimiento de daños y perjuicios contra Sampskip. Ésta alegó que las demandas no eran admisibles porque la sentencia del tribunal belga produce efectos jurídicos no sólo en lo relativo a la falta de competencia de los tribunales belgas, sino también a la declaración contenida en los fundamentos de Derecho de que los tribunales islandeses son competentes. La alegación de la demandada chocaba con la concepción alemana del concepto de resolución y del alcance de la cosa juzgada, por lo que el juez alemán planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE en las que preguntaba esencialmente si está obligado a reconocer la sentencia belga y si tal reconocimiento alcanza a sus fundamentos de Derecho.

2. Sobre el concepto de resolución y la obligación de reconocer: que el concepto de «resolución» a efectos del art. 32 del Reglamento pueda incluir las decisiones por las que el tribunal de un Estado miembro declina su competencia no parece presentar mayores problemas si se atiende a la interpretación amplia que de este concepto se hace tradicionalmente y que recoge la definición incluida en el texto que reforma el Reglamento 44/2001, así como a las disposiciones en materia de litispendencia o de verificación de la competencia, al menos en los casos de competencias exclusivas. A partir de ahí, extender esa consideración a las resoluciones en las que el tribunal no se limita a negar su competencia, sino que afirma la de los tribunales de otro Estado, no parece más que el resultado lógico, considerando sólo la naturaleza de la resolución.

Pero el alcance de la segunda afirmación puede resultar mucho menos pacífico. Decía Miguel Amores Conradi que «es en el modo en el que se proceda a verificar, para cada concreto litigio, la competencia internacional del tribunal que conoce del asunto como mejor pueden apreciarse los presupuestos sustanciales y dogmáticos que configuran un concreto sistema de competencia judicial internacional, hasta el punto de que en ese control se determina la propia naturaleza del sistema» («La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ», *REDI*, 1989-I, p. 149). Aunque en el caso no se trataba de comprobar la CJI, la sentencia sí pone de relieve la vinculación entre la verificación de la competencia y el reconocimiento de la resolución y cómo el elemento informador de todo este sistema es la lógica de la integración. La cuestión que podemos plantearnos es si esta lógica exige efectivamente que unos tribunales estatales determinen la competencia de los de otro Estado y, en su caso, decidan con qué carácter se pronuncian al respecto. Atribuir algo más que un carácter argumentativo a la manifestación realizada por el juez de un Estado miembro de que la competencia corresponde a los de otro resulta como mínimo dudoso: ¿realmente podemos asignar la misma fuerza vinculante a ambas manifestaciones?

Si la respuesta fuera afirmativa deberíamos considerar entonces cuál es el alcance de esa afirmación: si un juez alemán se declara incompetente por entender que lo son los tribunales franceses y su declaración vincula en ambos extremos a los jueces italianos, españoles o belgas, no parece que haya motivos de relieve para decir que no vincula de la misma forma a los tribunales franceses, que no podrían analizar los requisitos que justifican su propia competencia porque eso ya lo hizo el juez alemán. Cuando éste se basó, como en la sentencia que se comenta, en una cláusula de sumisión a tribunales y a su valoración se aplica un texto que permite aplicar criterios uniformes (Reglamento 44/2001 o Convenio de Lugano, aunque incluso esto con matices, en la medida en que sólo está regulado el «núcleo uniforme» de cuestiones que determinan esa validez, pero no otras, que también pueden ponerla en duda) la respuesta afirmativa a la cuestión planteada puede resultar más sencilla. Pero en aquellos otros casos en los que la competencia se justifica en gran medida en razones de proximidad fáctica del tribunal a unos hechos (*v. gr.* los casos del art. 5 del Reglamento), vincular al tribu-

nal supuestamente cercano a los hechos por la manifestación realizada por aquél que no lo está, y que por eso negó su competencia, resulta cuanto menos dudoso.

3. Sobre el tratamiento de la cosa juzgada: el TJUE despacha rápidamente su respuesta sobre la cosa juzgada que, «en el derecho de la Unión no sólo se atribuye a la parte dispositiva de la resolución judicial de que se trate, sino que se extiende también a los fundamentos de Derecho en los que necesariamente ha de basarse el fallo y que son, por ello, indisociables de éste» (FJ 40). Sin embargo, desde el punto de vista conceptual, es uno de los pronunciamientos más relevantes de la sentencia. Pese al modo en que la presenta, esta manifestación no responde a una jurisprudencia constante del TJUE, que ha venido afirmando tanto una interpretación restrictiva de este concepto, que lo limita «a los extremos de hecho y de Derecho que han sido efectiva o necesariamente zanjados mediante la resolución judicial de que se trate» (Sentencias de 29 de junio de 2010, as. C-526/08, apdo. 27, y 29 de marzo de 2011, as. C-352/09, apdo. 123), como una interpretación amplia, que lo extiende a los «fundamentos de Derecho de la sentencia en los que necesariamente se basa el fallo, por lo que son indisociables de él» (Sentencias de 1 de junio de 2006, as. C-442/03P y C-471/03P, apdo. 44, y de 19 de abril de 2012, as. C-221/10, apdo. 87). No obstante, si la línea fijada en el asunto *Gothaer* se impone, habría que preguntarse si ello obliga a revisar las concepciones que sobre la cosa juzgada se mantienen en algunos Estados miembros, entre ellos España.

Desde la perspectiva del ordenamiento español, el art. 222 LEC no parece incluir entre las resoluciones susceptibles de producir el efecto de cosa juzgada aquéllas cuyo alcance es sólo procesal. La aproximación tradicional de la doctrina no ha sido incluir las que gozan de dicha fuerza (CORTÉS, V. y MORENO, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 299-307, aunque tampoco las excluyen expresamente). Pero no faltan quienes consideran que a la afirmación general de que las resoluciones sobre cuestiones procesales carecen de fuerza de cosa juzgada material, hay que hacer alguna excepción y, entre ellas, precisamente las de aquellas en las que se plantea la falta de competencia internacional cuando el tribunal estima que ni él, ni ningún otro tribunal de ese Estado debe juzgar el caso que se le quiere someter en la demanda (DE LA OLIVA, A., *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 42-43). En esta línea el alcance de la resolución susceptible de reconocimiento defendido por el TJUE no resulta del todo ajena a nuestro Derecho.

La segunda de las cuestiones planteadas es más compleja: nuestro sistema procesal viene considerando tradicionalmente que la cosa juzgada sólo se extiende a la decisión judicial sobre la pretensión hecha valer en el proceso y que las motivaciones de hecho o de Derecho sobre las que se basa la decisión judicial no pasan nunca en autoridad de cosa juzgada (CORTÉS, V. y MORENO, V., *op. cit.*, pp. 302-303). Desde esa perspectiva, sólo la negación de la propia competencia produciría efecto de cosa juzgada, pero en ningún caso la afirmación de la del juez extranjero, que si bien puede ser el fundamento que permita negar la propia, no resuelve directamente la pretensión hecha valer en el proceso.

4. Las consideraciones previas ponen de relieve el número de interrogantes que abre la sentencia, pero no nos impiden valorar sus consecuencias positivas. Por una parte, garantiza una mayor integración europea (esto es, refuerza la confianza recíproca y asegura la libre circulación de resoluciones judiciales); por otra, permite alcanzar la justicia del caso concreto, aspiración que, aunque el TJUE no menciona, resulta absolutamente relevante en el Derecho procesal civil. Desde esta perspectiva

al admitir el carácter vinculante —también para el juez cuya competencia se afirma— de la manifestación hecha por aquel que niega la propia se evitan los conflictos negativos de competencia y se garantiza el acceso a la justicia en el marco de la Unión Europea (y por extensión del europeo, si consideramos la aplicación al caso del Convenio de Lugano). La solución contribuye además a la seguridad jurídica y evita los comportamientos oportunistas de aquellos que, en vulneración de un compromiso de sumisión a tribunales inicialmente asumido, intentan abrir litigios en distintos Estados con el objeto de forzar al demandante a comparecer para cuestionar la competencia, si no quiere correr el riesgo de que el tribunal resuelva sin conocer sus argumentos.

En definitiva, si bien podemos estar de acuerdo con el resultado de la sentencia y los beneficios que comporta para la integración europea, no se pueden pasar por alto las implicaciones que tiene para el Derecho procesal interno de los Estados de la Unión Europea.

Elisa TORRALBA MENDIOLA
y Elena RODRÍGUEZ PINEAU
Universidad Autónoma de Madrid

1.3. Obtención de pruebas en el extranjero

2013-7-Pr

OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO.—Espacio judicial europeo.—Aplicación facultativa del Reglamento 1206/2001/CE.—Compatibilidad con las normativas nacionales sobre práctica de prueba en el extranjero.—Procedimiento ya iniciado ante una autoridad judicial de otro Estado parte.

Preceptos aplicados: arts. 1 y 10-17 del Reglamento 1206/2001; arts. 164, 165.1.º y 176.1.º, 186.1.º y 189 del Código de Procedimiento civil neerlandés.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.ª), de 6 de septiembre de 2012, asunto C-170/11, *Lippens y otros c. Kortekaas y otros*.

Ponente: M. Ilešič.

F.: *curia.europa.eu*.

36. *A este respecto, procede señalar que las circunstancias que dieron lugar a la sentencia mencionada se caracterizaban por el hecho de que la solicitud de interrogatorio provisional de testigo, presentada por una de las partes, había sido dirigida directamente al órgano jurisdiccional del Estado miembro de la residencia del testigo, que sin embargo no era competente para conocer del fondo del asunto. Pues bien, dicha solicitud podría utilizarse efectivamente como un medio de eludir las reglas del Reglamento núm. 1206/2001, toda vez que podría impedir que el órgano jurisdiccional competente, al que debería haber sido dirigida dicha solicitud, tuviera la oportunidad de llevar a cabo el interrogatorio de dicho testigo según las reglas previstas por el citado Reglamento. Por el contrario, las circunstancias del presente asunto difieren de las del asunto que dio lugar a la sentencia *St. Paul Dairy*, antes citada, en la medida en que la solicitud de interrogatorio provisional se presentó ante el órgano jurisdiccional competente.*

37. *De lo anterior resulta que el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro está facultado para citar ante él en calidad de testigo a una parte residente en otro Estado miembro e interrogarle con arreglo al Derecho del Estado miembro del citado órgano jurisdiccional.*

Nota. 1. La realización de pruebas en el extranjero adquiere cada vez mayor importancia práctica en el actual espacio europeo de justicia, creado —como se sabe— tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, como lo ponen de relieve los —cada vez más— frecuentes asuntos que se presentan ante las autoridades judiciales de los Estados partes de la Unión Europea, así como las recientes sentencias del TJUE y, muy en particular, la de 6 de septiembre de 2012 (as. C-170/11, *Lippens* y otros). Y, en concreto, una de las cuestiones que suscita mayor debate se centra en la determinación de la competencia internacional de la autoridad judicial de un país miembro de la Unión Europea, ante el que aún no se ha presentado la demanda de fondo, para que solicite la cooperación de otra autoridad comunitaria en orden a que practique una prueba en su territorio, que va a ser utilizada en un proceso que se va a incoar en el primer Estado (véase extensamente, ESTEBAN DE LA ROSA, G., *La prueba en el espacio europeo de justicia*, Saarbrücken, Editorial Académica Española, 2012, pp. 264 y ss.).

Si bien dicha cuestión no ha sido aún planteada (de forma principal) ante el TJUE y, por tanto, no contamos en este momento con un pronunciamiento específico sobre este particular, cabe mencionar una concreta frase que recoge el apdo. 26 del texto de la Sentencia, de 6 de septiembre de 2012: «las circunstancias del presente asunto difieren de las que dieron lugar a la Sentencia *St. Paul Dairy*, antes citada, en la medida en que la solicitud de interrogatorio provisional se presentó ante el órgano jurisdiccional competente». Esto es, el Alto Tribunal comunitario considera que existe una diferencia palmaria entre ambos casos, en la medida en que, en el as. *St. Paul Dairy*, no se había resuelto la cuestión de la competencia internacional de las autoridades belgas, al no haberse presentado aún la demanda de fondo. Por tanto, cabe considerar que el TJUE establece una relación entre la aplicación del Reglamento 1206/2001/CE, del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la cooperación judicial entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en material civil y mercantil (*DOCE*, Serie L, núm. 174, de 27 de junio) y la competencia internacional de la autoridad ante la que se presenta la demanda de fondo, que se comenta *infra*.

En principio, si se acude a la jurisprudencia de países del entorno europeo, la *Cour de Cassation*, en Sentencia de 11 de diciembre de 2001 (1.^a *ch. civ.*), considera incompetentes a las autoridades francesas, de conformidad con el art. 24 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para ordenar la práctica de una medida de instrucción del art. 145 del Nuevo Código de Procedimiento Civil (designación de un experto), que debía practicarse en Inglaterra, lugar en el que se había producido el accidente de avión. Los tribunales franceses no tienen competencia, al estar situados fuera del territorio francés todos los elementos sobre los que debería pronunciarse el experto (véase texto comentado por NIBOYET, M.-L. en, *Gazette du Palais, Recueil juillet-août*, 2002, pp. 986-987).

2. Como señala el TJUE, los hechos del asunto *Lippens* son distintos de los que se presentaron en el asunto *St. Paul Dairy* (C-104/03), resuelto por la STJCE, de 28 de abril de 2005, pero el parecido entre ambos conduce al Alto Tribunal holandés a plantear la cuestión prejudicial, como se verá *infra*. En el asunto *Lippens*, la deman-

da de fondo se presentó ante el *Rechtbank* de Utrecht (Países Bajos), el 3 de agosto de 2009, por Kosterkaas y otros, contra los Sres. Lippens, Mittler y Votron, residentes en Bélgica, miembros de la dirección de Ageas N. V. (anteriormente, Fortis N. V.). Los demandantes solicitaron una indemnización por los daños y perjuicios, que, supuestamente sufrieron al haber adquirido o conservado valores mobiliarios a raíz de la información difundida públicamente por Lippens y otros (durante los años 2007 y 2008) acerca de la situación financiera de Fortis y de los dividendos que iba a repartir ésta durante el año 2008. Por tanto, la demanda se había planteado en Holanda, y se había solicitado ante el mismo órgano jurisdiccional, el 6 de agosto de 2009, que se practicase el interrogatorio provisional de Lippens y otros en calidad de testigos. Éstos solicitaron que se expidiera una comisión rogatoria para que pudieran prestar declaración ante un juez francófono en Bélgica, al tratarse de su Estado de residencia.

Sin embargo, la solicitud fue denegada y ante el recurso presentado por Lippens y otros, el *Gerechthof* de Ámsterdam confirmó la decisión de instancia, mediante auto, de 18 de mayo de 2010, basándose en el art. 176.1.º del Código de Procedimiento Civil neerlandés. A juicio de la citada autoridad holandesa, dicha disposición permite, pero no obliga, a proceder por medio de comisión rogatoria al juez que debe interrogar a un testigo que reside en otro Estado (STJUE, de 6 de septiembre de 2012, apdo. 19). En concreto, esta disposición señala: «siempre que no se establezca otra cosa en un convenio internacional o reglamento de la Unión, el juez, en el caso de que un testigo resida en el extranjero, podrá solicitar a una autoridad por él indicada del Estado en el que el testigo tenga su residencia, el interrogatorio testifical, si es posible bajo juramento, o bien encargar el interrogatorio testifical al funcionario consular neerlandés del territorio en el que resida dicho testigo».

La decisión del *Gerechthof* de Ámsterdam es recurrida por Lippens y otros ante el Tribunal Supremo holandés, que considera que no puede deducirse de ninguna de las disposiciones del Reglamento 1206/2001 que los procedimientos de obtención de pruebas previstos excluyan el recurso a los establecidos por el Derecho de los Estados miembros. Ahora bien, se pregunta si de la STJCE, de 28 de abril de 2005, en el asunto *St. Paul Dairy* (Rec. p. I-3481, apdo. 23), resulta que los Estados parte están obligados a aplicar el citado Reglamento para obtener pruebas en otro Estado miembro. Ante tal duda, el Alto Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial.

3. Por tanto, al Tribunal Supremo alemán se le plantea la relación que pueda tener este caso con el resuelto por el TJCE en el asunto *St. Paul Dairy* (en concreto, lo indicado en el apdo. 23), que, por tal motivo, se comenta brevemente. Las Conclusiones del Abogado General fueron presentadas el 9 de septiembre de 2004 y cabe destacar que se trató de la primera ocasión en la que se plantea la relación entre el Reglamento 1206/2001 y el citado Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, y, en concreto, se suscitó la interpretación del art. 24 del convenio, en el sentido de si se podía considerar que el interrogatorio provisional de testigos, que prevé el art. 186, 1.º del Código de Procedimiento Civil neerlandés, puede considerarse incluido en su ámbito de aplicación. En concreto, esta disposición señala que: «en los supuestos en los que la ley admita la prueba testifical, podrá ordenarse el interrogatorio provisional de testigos sin demora antes de ejercitar una acción, a petición del interesado».

St. Paul Dairy Industries N. V. y *Unilebel Exser BVBA* eran dos sociedades con domicilio en Bélgica, en donde no se había entablado ninguna acción anterior a la petición que realiza *Unilebel* al *Rechtbank* de Haarlem holandés, relativa al examen

provisional de testigos antes de formular demanda, prevista en el citado art. 186.1.º. El Alto Tribunal considera que no responde a la finalidad perseguida por el citado art. 24 del Convenio de Bruselas, al tener por objeto permitir al solicitante evaluar la oportunidad de una acción eventual, determinar el fundamento de tal acción y apreciar la pertinencia de los motivos que pueden invocarse en este contexto. De otro lado, el TJCE señaló que, en caso contrario, podría utilizarse el referido foro «para eludir, en la fase de instrucción, las reglas de competencia establecidas en los arts. 2 y 5 a 18 del Convenio de Bruselas».

Además, el principio de seguridad jurídica requiere que las reglas de competencia que establecen excepciones al principio general del referido convenio se interpreten, de manera que permitan prever razonablemente al demandado normalmente informado cuál es el órgano jurisdiccional distinto al del Estado de su domicilio ante el que pudiera ser demandado. Si se utilizase este foro de competencia, se multiplicarían las posibilidades de litigar, ocasionándose, por ello también un perjuicio a la seguridad jurídica. Por último, sería un medio para eludir las garantías relativas a la transmisión y tratamiento de las peticiones formuladas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de conformidad con el Reglamento 1206/2001 (apdo. 23).

4. A la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo holandés, ante la duda que le suscitaba el parecido de este asunto con el resuelto por el TJCE en el caso *Unilebel* (y, en concreto, por lo dispuesto en el apdo. 23 de la Sentencia), el TJUE, en Sentencia de 6 de septiembre de 2012, considera que existen diferencias significativas entre ambos, de un lado; y, de otro, que el Reglamento 1206/2001 no ha sustituido o desplazado las normas procesales que regulan los procedimientos de instrucción existentes en los ordenamientos internos de los Estados miembros de la Unión Europea, sino que ambas reglamentaciones (comunitaria y nacional) se yuxtaponen en el (nuevo) proceso internacional (véase, en la doctrina, FRIGO, M. y FUMAGALLI, L., «Cap. II. L'assistenza giudiziaria dell'assunzione di prove all'estero», *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile, Notificazione, Assunzione di prove, Informazioni sul diritto straniero*, Padua, Cedam, 2003, pp. 101 y ss.).

Por tanto, la norma comunitaria tiene carácter facultativo, esto es, su aplicación debe ser valorada por la autoridad judicial de cada Estado miembro, en función de la oportunidad y eficacia de la obtención de pruebas en el extranjero, con la finalidad de que no se vulnere el derecho a la prueba, si el citado Reglamento limita o no permite la obtención de pruebas en el extranjero de forma más efectiva que las propias normas nacionales (véanse las Conclusiones del Abogado General, de 24 de mayo de 2012). La doctrina considera que esta interpretación deriva del art. 1.1.º del Reglamento 1206/2001.

Por ello, cada legislador nacional valorará la oportunidad de aplicarlo para la práctica de pruebas en el extranjero o bien su propia legislación, como sucede, entre otros, en el caso del procedimiento holandés, de conformidad con lo dispuesto en el citado art. 176.1.º del Código Procesal y también en el Derecho alemán, que regula la posibilidad de que el juez cite —para comparecer en calidad de parte o de testigo— a personas que se encuentran en el extranjero u ordenar la exhibición de documentos localizados en el extranjero («*Beweisbeschaffung aus dem Ausland*», véase TROCKER, N., «Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003-3, p. 669). De otro lado, se considera que el Reglamento 1206/2001 es una norma dependiente o subordinada a los ordenamientos procesales nacionales e, incluso, a las reglas de los sistemas de Derecho procesal civil internacional de cada ordenamiento (véase, GIOIA, G., «Coope-

razione fra autorità giudiziarie degli stati CE nell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale», *Nuove Leggi civile commentate*, 2001, pp. 1159 y ss.).

6. Por último, en cuanto a la diferencia entre los dos asuntos (*St. Paul Dairy y Lippens y otros*), cabe indicar que permite al TJUE considerar que la inaplicación del Reglamento 1206/2001 en el segundo caso no constituye un medio para eludir las reglas que regulan, con las mismas garantías y efectos para todos los justiciables, la transmisión y el tratamiento de las peticiones formuladas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con objeto de que se realicen diligencias de obtención de pruebas en otro Estado miembro (argumento que alega en el primero de los casos citado, en concreto, en el apdo. 23 de la Sentencia de 28 de abril de 2005). Sin embargo, no puede extraerse una conclusión acerca de la posición del Alto Tribunal con respecto a la relación entre el sector de la competencia de autoridades y el ámbito de la cooperación internacional en orden a la obtención de pruebas en el extranjero, que menciona, pero sin pronunciarse sobre ella en un concreto sentido.

Gloria ESTEBAN DE LA EOSA
Universidad de Jaén

1.4. Notificación

2013-8-Pr

NOTIFICACIONES.—Reglamento 1393/2007.—Aplicabilidad.—Nombramiento de representante procesal en el foro.

Preceptos aplicados, art. 1 del Reglamento 1393/2007.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2012, asunto C-325/11, Alder c. Orlowska.

Ponente: A. Tizzano.

F.: curia.europa.eu.

El artículo 1, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que establece que, cuando una parte con domicilio o residencia habitual en otro Estado miembro no haya designado un representante autorizado a recibir notificaciones domiciliado en el primer Estado, en el que está pendiente el procedimiento judicial, los documentos judiciales destinados a esa parte se incorporarán a los autos y se considerará que han sido notificados.

Nota. 1. Se tiene la falsa idea de que los reglamentos son autosuficientes. Por muy incisivos que sean, sin normas nacionales coordinadas con ellos no pueden funcionar, y el Reglamento 1393/2007 (o Reglamento Notificaciones, en lo sucesivo) constituye un buen ejemplo de ello. Aunque con la reforma de 2007 se le dotó de mayor fortaleza (así la supresión de las facultades de introducir modalidades o exclusión de algunos canales de comunicación), de forma consciente sigue dejando a los sistemas procesa-

les internos cuestiones cruciales (por ejemplo, el quién y el cómo de las notificaciones si se acude a la cooperación entre organismos o el sistema de recursos y la revisión prevista en el art. 19). Quedaba la duda sobre si en lo que (aparentemente) se guarda silencio debe dejarse la respuesta a la ley del foro, y éste sería el caso de la opción básica de aplicar o no el sistema reglamentario: se puede interpretar que el legislador ha disciplinado unos canales de comunicación obligatorios, pero que la decisión sobre si se notifica o no en el extranjero corresponde al sistema procesal interno. En efecto, el Reglamento Notificaciones no dice qué debe ser transmitido fuera y qué no, lo que ha llevado a concluir que esa respuesta debe ser buscada en la *lex fori* (así, SCHLOSSER, P., «Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation», *Rec des Cours*, vol. 284, 2000, p. 94; MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, 1.ª ed., Comares, 2001, pp. 39 y 63; CARELLA, G., «La disciplina delle notificazioni e comunicazioni intracomunitarie: Dalla cooperazione intergovernativa all'integrazione europea?», PICONE, P. (ed.), *Diritto internazionale privato e Diritto Comunitario*, Padua, Cedam, 2004, pp. 133 y ss.; en contra, permítaseme remitir a mi trabajo «La aplicación en España del Reglamento 1348/2000 sobre notificaciones internacionales: una mirada desde la LEC», *La Ley*, 16 de mayo de 2008).

2. Dos residentes en Alemania interpusieron una demanda ante los tribunales polacos frente a dos ciudadanos domiciliados en Polonia. El art. 1135 del Código de Procedimiento Civil polaco (CPC) dispone que «1. La parte del procedimiento cuyo domicilio, residencia habitual o sede se encuentre en el extranjero y no hubiere nombrado un representante procesal en Polonia deberá designar en este Estado un representante autorizado a recibir notificaciones. 2. En caso de no designarse un representante autorizado a recibir notificaciones, los documentos dirigidos a dicha parte se incorporarán a los autos y se considerará que ha tenido lugar la notificación de los mismos. La parte deberá ser instruida al respecto en el marco de la primera notificación. Asimismo se informará a la parte sobre la posibilidad de contestar al escrito de incoación del procedimiento y de presentar observaciones escritas, así como sobre a favor de quién puede hacerse el nombramiento». En su virtud, se les concedió un plazo de un mes para nombrar representante, lo que no hicieron. La citación para la vista y la contestación a la demanda se notificaron según la forma prevista en la disposición citada, no compareciendo. En el acto del juicio se practicaron las pruebas y el mismo día se dicta sentencia desestimatoria de sus pretensiones. Cuando ya había adquirido firmeza, los demandantes presentan ante el mismo tribunal un escrito pidiendo la reapertura del procedimiento y solicitando la anulación de la sentencia, al amparo del art. 401 del CPC, que lo permite —entre otros casos— cuando una parte no hubiera estado debidamente representada. Argumentaban que se había infringido el Reglamento 1393/2007 y se había violado el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 18 TFEU). Tras diversas vicisitudes procesales cuyo detalle consta en la Sentencia del TJ, el tribunal polaco, aun estimando que el citado Reglamento entra en funcionamiento sólo cuando de acuerdo con la normativa procesal nacional un documento deba ser trasladado al extranjero, formula la siguiente cuestión prejudicial: «¿Deben interpretarse el artículo 1, apartado 1, del Reglamento [...] núm. 1393/2007 [...], y el artículo 18 del TFUE en el sentido de que admiten que, cuando una persona con domicilio o residencia habitual en un Estado miembro distinto al Estado miembro en que está pendiente el procedimiento judicial no haya designado a un representante autorizado a recibir notificaciones domiciliado en este último Estado miembro, los documentos dirigidos a dicha persona se incorporen a los autos y se considere que ha tenido lugar la notificación o traslado de los mismos?».

3. La argumentación del Tribunal se basa en cuatro grandes proposiciones:
a) Los supuestos en los que el Reglamento Notificaciones declara explícitamente no

ser aplicable se reducen a aquéllos en los que se desconoce el domicilio del notificando y cuando se ha designado un representante en el foro; *b*) confiar la decisión sobre aplicabilidad del Reglamento a los Derechos nacionales compromete su aplicación uniforme; *c*) los únicos medios de transmisión de documentos judiciales son los previstos, con carácter exhaustivo, en su articulado, por lo que no cabe un traslado ficticio como el previsto en la ley polaca; *d*) los objetivos de mejora y celeridad de la transmisión de documentos no pueden alcanzarse a costa del derecho de defensa de los destinatarios. Acierta a nuestro juicio, por lo demás, al apartarse de alguna de las conclusiones del Abogado General construidas con referencia a desafortunadas lecturas del Convenio de La Haya de 1965 favorables a su carácter facultativo.

4. No hay demasiado que apostillar, salvo para evidenciar la endeblez de algunas afirmaciones, hijas de la acumulación de argumentos superfluos: *¿Quid* si el nombramiento de representante es obligatorio, como en el caso litigioso? *¿Acaso* no entraría en la hipótesis de no funcionamiento del Reglamento 1393/2007? Se olvida además que aunque los canales de comunicación previstos sean todo lo tasados que se desee, operan cuando funciona el citado Reglamento, de modo que se deja sin responder a la cuestión previa. Con esos argumentos permanece intacta la pregunta de si se puede predisponer en la ley del foro instrumentos de nacionalización obligatoria del procedimiento y, en caso de respuesta afirmativa, en qué casos. Probablemente lo más fácil era evidenciar que para el viaje propuesto por el sistema polaco no hacían falta las alforjas de reglamento alguno, y podíamos seguir incluso dando gritos en la frontera, según relata Capatina en su curso de la Academia de La Haya al hablar del sistema medieval de notificaciones internacionales. En la propia génesis y finalidad del Reglamento Notificaciones se halla el aseguramiento de los derechos de los litigantes internacionales con el mismo nivel de exigencia y rigor que si se tratara de un litigio interno (incluyendo entre esos derechos el interés en no generar dilaciones indebidas, con lo que se respondería a la observación del tribunal polaco que justifica la exigencia de nombrar representante procesal en la finalidad de garantizar el buen desarrollo del procedimiento, habida cuenta de las dificultades, costes y/o imposibilidad de practicar la notificación en el extranjero: gracias al sistema europeo, ni es desproporcionadamente más costoso practicarlas ni son fuente de dilaciones indebidas; sería algo así como pasar normas de ese tenor por el filtro del test de Gebhard). El TJ ha dejado de lado, además, una idea tan potente como la incidencia del efectivo conocimiento de los actos procesales en la eficacia transfronteriza de las resoluciones, imprescindible para tutelar los derechos de los actores y contribuir a la integración de los mercados.

5. Siendo la regla en el Reglamento la notificación en el domicilio real del litigante, y resultando diáfano que el sistema es imperativo —o sea, tampoco puede el juez apreciar discrecionalmente la pertinencia de su uso— cuando los domicilios de demandante y demandado se encuentren en Estados miembros diferentes y se pretenda notificar en ellos (otra cosa es que en las relaciones con terceros Estados pueda seguir funcionando el modelo nacionalizador, como destaca el gobierno portugués en sus observaciones, o que las partes pacten lo que les plazca en el marco de un arbitraje), queda excluida cualquier tentativa de nacionalización forzosa del procedimiento. Claro que la pieza clave es el concepto de domicilio, y qué se entienda por tal sigue en manos de los Derechos nacionales, mas la coherencia del sistema presidido por el Reglamento 44/2000 exige respetar el principio de imputación del riesgo de internacionalidad a quien lo crea o consienta, *ex art. 60*, así como los límites jurisprudencialmente marcados para la operatividad del art. 5.5 (incluyendo la protección de la apariencia: STJCE de 9 de diciembre de 1987, as. 218/86, *SAR Schotte GmbH c. Parfums Rothschild SARL*). Así las cosas, no se puede obligar a un operador a con-

vertir en artificialmente interno el proceso imponiéndole la elección de un domicilio o un representante procesal en el foro (apuntaremos el caso bien distinto en que sea legítimo condicionar la realización de actividades en éste a la previa fijación de un establecimiento en él), con lo que quedan excluidas del sistema normas como la polaca o similares a la polaca (como el párr. 184 *ZPO* —aunque su aplicación ha quedado circunscrita al ámbito del Convenio de La Haya— o el art. 855 del *Nouveau Code de Procedure civile* francés). En homenaje a la efectividad de las comunicaciones, tampoco es admisible unir indefectiblemente un foro de competencia con el lugar idóneo para trasladar un acto (sólo así cabe salvar la legitimidad del art. 8.15 del Reglamento 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea).

Ulterior derivación de la sentencia comentada es la incompatibilidad con el sistema europeo del *descubrimiento* inopinado de un representante en el foro, idóneo para recibir comunicaciones judiciales (caso de los consignatarios de buques o de los distribuidores). Nótese que el considerando octavo del Reglamento 1393/2007 no es regla sustantiva, sino que se limita a recordar lo obvio, sin pronunciarse sobre quién puede ser considerado representante autorizado, a quién se le puede entregar el acto y en qué lugar, extremos que quedan a los sistemas internos. Hay que corregir la tendencia detectada en alguna jurisprudencia española —denunciada por la Red judicial española— a notificar a una persona jurídica por medio de sus representantes, agentes o delegados en el tráfico mercantil, prescindiendo de la solución general (domicilio social): siguiendo la poderosa doctrina sentada por la STS de 10 de febrero de 1953, SSAP de Madrid de 6 de abril de 2006, Valencia de 28 de marzo de 2000, Santa Cruz de Tenerife de 4 de diciembre de 1989, del TS de 18 de octubre de 1988 y AAP Alicante de 13 de mayo de 1996 (elocuente expresión de las incertidumbres, en sentido opuesto las SSAP Barcelona de 1 de febrero de 2000, AP Pontevedra de 31 de enero de 2001; implícitamente, AP Guipúzcoa de 14 de junio de 2006; AP Vizcaya de 15 de octubre de 1999. Por encima de todas, AAP Zaragoza de 11 de octubre de 2007 y SAP de Guipúzcoa de 21 de septiembre de 2007, impecables).

Luis CARRILLO POZO
Universidad de Girona

1.5. Procedimientos concursales

2013-9-Pr

PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA.—Ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000 en Estados que han adquirido su estatus de miembros en 2004.—Coordinación de procedimientos de insolvencia, principal y secundario, cuando el primero es de saneamiento.

Preceptos aplicados: arts. 1, 2, 3, 4, 5, 16, 17, 25-38, 43, 47 Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

Supuesto 1

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 1.^a, de 7 de julio de 2012, asunto C-527/10, ERSTE Bank Hungary Nyrt c. Magyar Állam, BCL Trading GmbH, ERSTE Befektetési Zrt.

Ponente: A. Tizzano.

F.: curia.europa.eu.

El artículo 5, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, esta disposición también resulta aplicable a los procedimientos de insolvencia abiertos antes de la adhesión de la República de Hungría a la Unión Europea si, a 1 de mayo de 2004, los bienes del deudor sobre los que recaía el derecho real controvertido se hallaban en el territorio de dicho Estado, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Supuesto 2

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 1.^a, de 22 de noviembre de 2012, asunto C-116/11, *Bank Handlowy w Warszawie SA PPHU «ADAX»/ Ryszard Adamiak c. Christianapol sp. z o.o.*

Ponente: M. Berger.

F.: curia.europa.eu.

1) *El artículo 4, apartado 2, letra j), del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, según su modificación por el Reglamento (CE) núm. 788/2008 del Consejo, de 24 de julio de 2008, debe interpretarse en el sentido de que corresponde al Derecho nacional del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia determinar en qué momento se produce la conclusión de ese procedimiento.*

2) *El artículo 27 del Reglamento núm. 1346/2000, según su modificación por el Reglamento núm. 788/2008, debe interpretarse en el sentido de que permite la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia en el Estado miembro en el que se encuentra un establecimiento del deudor, siendo así que el procedimiento principal persigue una finalidad protectora. Incumbe al tribunal competente para abrir un procedimiento secundario tomar en consideración los objetivos del procedimiento principal y tener en cuenta el sistema del Reglamento, con observancia del principio de cooperación leal.*

3) *El artículo 27 del Reglamento núm. 1346/2000, según su modificación por el Reglamento núm. 788/2008, debe interpretarse en el sentido de que el tribunal que conoce de una solicitud de apertura de un procedimiento secundario de insolvencia no puede examinar la insolvencia del deudor contra el que se ha abierto un procedimiento principal en otro Estado miembro, aun si ese último procedimiento persigue una finalidad protectora.*

Nota. 1. En los diez años que lleva en vigor el Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante, RI), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse varias veces sobre el mismo versando la mayoría de sus decisiones sobre la relación entre procedimientos, de insolvencia o con otras acciones, como ocurre en las sentencias aquí comentadas. Este dato también tiene impacto en la Propuesta de revisión del Reglamento puesta a disposición del público por la Comisión el 17 de diciembre de 2012 [COM(2012) 744 final. En adelante, PRRI], donde se incorporan al RI reglas específicas sobre *vis attractiva concursus* y presentación de créditos, que examinamos al hilo de la decisión de 7 de julio de 2012, *ERSTE Bank* (as. C-527/10) (2), y otras sobre información y coordinación entre procedimientos cuya necesidad ilustra la Sentencia de 22 de noviembre de 2012, *Bank Handlowy* (as. C-116/11) (3); esta última decisión permite, además, cerrar esta nota con una pequeña referencia a los grupos de so-

ciudades y su tratamiento en el Reglamento vigente y cuál puede ser en un futuro si prospera la revisión propuesta (4).

2. *ERSTE Bank* gira en torno a un depósito judicial y su condición de garantía de dos créditos documentarios que el demandante, un banco húngaro, había concedido a BCL Trading, sociedad sobre la que existe concurso abierto en Austria desde diciembre de 2003. Hungría no entra en la Unión Europea hasta mayo de 2004 pero, una vez que lo hace, también debe reconocer automáticamente todos los concursos abiertos en un Estado miembro (art. 16 RI), con independencia de la fecha de su apertura (apdo. 36). *Ergo*, todos los bienes sitos en territorio magiar pasan a formar parte del concurso principal que pueda existir sobre el deudor propietario y es el juez concursal el que debe decidir sobre su inclusión en la masa o su afectación a un determinado crédito. Así, el pleito que se entabla en Hungría en enero de 2006 no puede escudarse en el lugar de situación de los bienes del deudor en el momento de la apertura del concurso (en un Estado no miembro) para su persecución ante un tribunal distinto del concursal, sino que debe ser tratado en coherencia con los postulados de *Deko Marty Belgium* (as. 339/07) y en un futuro del art. 3.b) PRRI. A la PRRI cabe criticarle que no incluya una relación no exhaustiva de qué litigios se derivan directamente del procedimiento de insolvencia y guardan una estrecha relación con éste, como el aquí discutido (véase CARBALLO PIÑEIRO, L., «La *vis attractiva concursus* nel Diritto concorsuale europeo», *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, maggio-agosto 2011, núm. 3-4, pp. 360-379). Aunque ha de alabarse el que se detalle un procedimiento de presentación de créditos (art. 41), al hilo del que han de discutirse cuestiones como la aquí analizada.

El fallo del TJUE se pronuncia, sin embargo, sobre la aplicabilidad del art. 5 RI que sirve para especificar que los efectos del concurso no alcanzan a los derechos reales inmobiliarios de terceros, esto es, que no se les aplica la *lex fori concursus*, ni tan siquiera las reglas concursales de la *lex rei sitae* (apdo. 42). La cuestión prejudicial no atañe, por tanto, al problema jurídico subyacente al caso, en el que ha de determinarse a quién compete decidir sobre la adscripción de bienes pertenecientes al deudor concursado sitos en Estado distinto de dónde se abre el concurso. El tribunal húngaro de instancia obra correctamente al señalar la aplicabilidad del Reglamento y que ha de decidir el tribunal concursal en una cuestión que concierne a la masa concursal. Pero la instancia superior acaba planteando la cuestión prejudicial errada, como señala el Abogado General Sr. J. Mazák en sus Conclusiones (apdos. 43-46), quizás pretendiendo deducir el *forum* del *ius*. Son, sin embargo, dos problemas diferentes e independientes, aunque aquí haya que dejar claro que no existen cuestiones de Derecho intertemporal ni en un sector (se aplica el RI cuando está en vigor y hay un concurso abierto en un Estado miembro, a todos los pleitos que entren en su ámbito de aplicación) ni en el otro (compuesto de normas de conflicto que se pronuncian sobre los efectos del concurso, *ergo*, una vez abierto éste en las condiciones reseñadas. STJUE de 7 de julio de 2012, apdos. 45 y 46).

3. *Bank Handlowy* destapa los problemas que suscita, de una parte, la ausencia de un tratamiento específico de la insolvencia del grupo de sociedades dentro del RI y, de otra, la coordinación entre un procedimiento principal de saneamiento con otro secundario de liquidación. Christianapol es una sociedad polaca controlada en un 90 por 100 por una sociedad alemana, a su vez controlada en su totalidad por la matriz francesa de modo que, cuando surgen problemas financieros, los administradores del grupo deciden ampararse en la legislación francesa para lograr su saneamiento. Tras la apertura de concurso universal en Francia, los acreedores principales de Christianapol quieren abrir otro del mismo carácter en su domicilio social, en Polonia, y allí

se plantea la cuestión de si el procedimiento francés ha terminado o no con la aprobación de un plan de reestructuración de la empresa: si lo hubiera hecho, el juez polaco opina que podría abrir concurso principal, si no, sólo uno secundario. La respuesta del TJUE es que la *lex fori concursus* decide sobre la terminación del procedimiento de insolvencia [art. 4.2.f) RI], puntualizando que, en todo caso, no cabría abrir otro procedimiento principal una vez que hubiera terminado el iniciado en otro Estado miembro (apdo. 43). Y ello a pesar de que, como se desprende de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott (apdo. 43), muy probablemente el centro de los intereses principales de la deudora siempre haya estado en Polonia. Los principios de confianza comunitaria y de reconocimiento mutuo amparan aquella conclusión.

Lo que sí pueden hacer los tribunales polacos es abrir un concurso secundario, siempre y cuando el principal todavía esté abierto (art. 3.3 RI). Pero este concurso sólo puede ser de liquidación, lo que pondría en peligro los fines del procedimiento principal de saneamiento. La duda está, entonces, en si es posible denegar su apertura o mejor, abrirlo con fines de saneamiento. El TJUE indica que, tomando en consideración el tenor literal del RI y los fines perseguidos a la hora de perfeccionar el modelo de insolvencia transfronteriza aquí plasmado, sólo cabe abrir un concurso en los términos allí reseñados y que persiguen objetivos muy concretos: proteger a acreedores locales, y mejorar la eficiencia y eficacia del principal en insolvencias muy complejas; el que no se acomode al caso concreto no puede implicar descartar el modelo, sino a intensificar sus correctores, esto es, los mecanismos de coordinación entre procedimientos que obligan a los órganos de los respectivos concursos a comportarse de acuerdo con el principio de cooperación leal, tal y como está previsto en el art. 4.3 Tratado de la Unión Europea (STJUE de 22 de noviembre de 2012, apdos. 58-62). Precisamente, la PRRI pasa a acentuar el papel de este principio en la medida en que ya no sólo obliga a los síndicos a cooperar, sino que allí esta obligación se extiende también a los tribunales concursales en el bien entendido de que son claves en el éxito de, por ejemplo, un plan de reestructuración.

La última cuestión resuelta por el TJUE presentaba el aliciente de darle pie a una posible interpretación del RI adecuada a la evolución legislativa experimentada por los distintos Estados miembros, en el sentido de que han aumentado los mecanismos de reestructuración del patrimonio del deudor. Estos procedimientos se ponen por regla general en marcha cuando existe un desequilibrio en el patrimonio del deudor, que no una insolvencia propiamente dicha. Sin embargo, el art. 27 RI fue redactado en otro contexto, con apertura cuasiautomática del concurso territorial porque no parecía necesario analizar el estado de insolvencia, dado que estaba abierto un concurso universal donde ya se habría evaluado el mismo. El contexto legal actual y el caso concreto revelan que esta ecuación no es tal, como apunta la Sra. Kokott (apdos. 76-80); sin embargo, el TJUE no devuelve al juez del concurso territorial la facultad de hacer esa evaluación subrayando que «la insolvencia debe ser objeto de una apreciación global, [...], y no de apreciaciones aisladas, limitadas a la consideración de los activos situados en un territorio singular» (apdo. 71). Pero sí ordena que, «cuando determine las consecuencias de la constatación de la insolvencia en el procedimiento principal, el tribunal que conozca de una solicitud de apertura de un procedimiento secundario debe tomar en consideración los objetivos de ese procedimiento principal y tener en cuenta el sistema del Reglamento y los principios en los que éste se sustenta» (apdo. 73), esto es, ha de optarse siempre por aquellas medidas que favorezcan los fines del procedimiento principal (véase Conclusiones Abogada General, apdos. 66-68). En este contexto, ha de darse la bienvenida a la PRRI, donde se potencia el papel de los mecanismos de reestructuración en tanto que ya no es obligatorio abrir un

concurso territorial siempre que lo pidan los acreedores locales, ni que el concurso secundario sea necesariamente de liquidación de modo que también puede servir a otros fines como el saneamiento del patrimonio del deudor.

4. Para terminar, un breve apunte sobre el tratamiento de los grupos de sociedades. En *Bank Handlowy* todo apunta a que se ignoraron las lecciones de *Eurofood* (as. C-341/04), en tanto que el domicilio social estaba en Polonia y no se apuntan argumentos para entender que se trataba de una sociedad fantasma. Así, los administradores del grupo de sociedades toman la decisión de traer la reestructuración de la empresa polaca a la jurisdicción de la sociedad matriz con base en la unidad económica del grupo, pero sin atender a su independencia jurídica que sustenta la máxima «una sociedad, un concurso». Ello no deja de tener sus riesgos como aquí queda claramente demostrado, puesto que todos los bienes de Christianopol se localizan en Polonia y la apertura de un concurso territorial en este país dejaría sin objeto al procedimiento principal en Francia. Sin embargo, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el TJUE realiza una interpretación en el caso que refuerza la posición del juez del concurso principal: el principio de confianza comunitaria blinda el examen de su competencia judicial internacional y el de cooperación leal ha de informar la intervención de otros órganos jurisdiccionales en la ordenación de la insolvencia del deudor.

En la misma línea, la PRRI no acaba de condenar la práctica de concentrar la insolvencia del grupo ante los tribunales de la matriz, puesto que reconoce su utilidad cuando las sociedades están estrechamente interconectadas: la heterogeneidad de estos grupos obstaculiza un criterio positivo de jurisdicción, pero no la interpretación de los existentes para acomodar la realidad jurídica a la económica. Ello no obsta a que la PRRI cubra la laguna hoy existente en la definición del centro de los intereses principales del deudor y refuerce la presunción que obliga a atender al domicilio social para determinar dónde se localiza el primero, además de recordar que los interesados han de poder impugnar esta decisión; igualmente, se introducen nuevas obligaciones de coordinación que atañen a concursos abiertos sobre sociedades pertenecientes al mismo grupo. Por último, novedad destacable es la creación de un registro electrónico a través del que el público en general, y los órganos jurisdiccionales en particular, podrían acceder a información clave sobre procedimientos de insolvencia abiertos en los distintos Estados miembros evitando conflictos de jurisdicción, pero sobre todo mejorando la tan necesaria coordinación entre procedimientos de la que las decisiones aquí comentadas son buen ejemplo.

Laura CARBALLO PIÑEIRO
Universidad de Santiago de Compostela

2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

2.1. Competencia judicial internacional

2013-10-Pr

MATERIA CONCURSAL.—Exclusión del Reglamento Bruselas I.—Aplicación del Reglamento 1346/2000.—Acción de resolución contractual ejercida por una sociedad concursada.

Preceptos aplicados: arts. 1.2 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y del Reglamento (CE) 44/2001, art. 11 de la Ley Concursal.

Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 14 de marzo de 2012. Ponente: Íñigo Elizburu Aguirre.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2012/187658.

Tercero. Lo que sucede, en el presente caso, es que la demandada, ahora apelada, es holandesa.

El artículo 11 de la Ley Concursal establece que en el ámbito internacional, la jurisdicción del juez del concurso comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso. A efectos de la aplicación de este precepto, y aun cuando coincida en su regulación, debe precisarse que sólo se aplica fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) núm. 1346/2000. Examinado el contenido de tal Reglamento, que resulta de aplicación en el presente caso, puede decirse que en el mismo se atribuye competencia para abrir procedimientos colectivos de insolvencia, pero guarda silencio respecto del contenido material de la competencia, por lo que ha de relacionarse con el Convenio de Bruselas de 1968, y actualmente con el Reglamento 44/2001, de forma que no se modifica el criterio sentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El artículo 1.2.b) del Convenio de Bruselas (que coincide con el mismo artículo del Reglamento 44/2001) excluye de su ámbito de aplicación «la quiebra, los convenios ente quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos» y ha sido interpretado en la Sentencia TJCE de 22 de febrero de 1979, estableciendo como criterio delimitador que las acciones cuyo fundamento jurídico inmediato o directo se encuentre en el Derecho concursal y que inserten estrechamente en un procedimiento de insolvencia no entran en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas (ni del Reglamento 44/2001). Como puede comprobarse, este mismo criterio se sigue en el artículo 11 de la Ley Concursal. Según autorizada doctrina, la competencia del juez del concurso en el ámbito internacional, comprende, entre otras, las acciones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden inmediata relación con éste. Conforme a una interpretación acorde con la referida sentencia, se defiende que se trate de acciones que desde un punto de vista material, deban tener su fundamento en el Derecho concursal, y desde el punto de vista procesal, debe tratarse de acciones que se conecten de modo directo con el procedimiento concursal. La sentencia citada señala seis criterios de vinculación, que son: a) que la competencia funcional venga atribuida al juez de la quiebra (lo cual ha de entenderse concurrente en el presente caso por lo ya expuesto); b) que se modifique la legitimidad procesal, y corresponda no al deudor sino al síndico (se ha requerido a la concursada, antes de dar curso a la demanda, a fin de que aportase la conformidad de la administración concursal para la interposición de la misma, en aplicación del artículo 54.2 de la Ley Concursal); c) que se modifiquen las reglas generales de la prescripción; d) que la beneficiaria de la acción sea la masa de acreedores, no un acreedor (lo cual, en el presente caso, es indiscutible); e) que se modifiquen las reglas generales sobre la carga de la prueba, y; f) que se modifiquen las propias reglas de insolvencia, concurrencia de criterios parcial pero suficiente para concluir que la competencia corresponde al Juez del concurso, al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de esta ciudad, máxime cuando el proceder de la demandada, y conforme a la documentación aportada juntamente con la demanda, viene determinada, aunque no sea exclusivamente, por la situación de Coplastik, manteniendo que se dice claramente en la sección 9/sub3/B que pueden terminar directamente el acuerdo sin derecho a ninguna compensación, y sin consecuencias legales en caso de que la parte contraria esté en suspensión de pago, o se enfrente a un proceso de bancarrota, haciendo tal punto que la sección 9/ sub.2 no sea válido.

Nota. 1. *Ceplastik*, sociedad con domicilio en España, demanda a *CRH Roofing Materials*, sociedad domiciliada en Países Bajos, solicitando la resolución de un contrato del que ambas son partes, así como la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Dicha acción se ejerce a través de un incidente concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, que estaba conociendo del concurso de la demandante. Mientras que este Juzgado se declara incompetente por auto, la Audiencia Provincial revoca en apelación esta decisión y afirma la competencia de dicho Juzgado.

2. La cuestión discutida es el alcance competencial de los tribunales del Estado de apertura del concurso, es decir, la *vis attractiva concursus*, respecto de la que no existe una regulación clara en el Derecho procesal de la Unión Europea. Esta carencia ha sido suplida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia destacando que el alcance competencial de los tribunales del Estado de apertura del concurso abarca las cuestiones de desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia, y también las fundamentadas en la legislación concursal que guarden una estrecha relación con el procedimiento de insolvencia (véanse, por todas, STJCE de 12 de febrero de 2009, asunto C-339/07, *Seagon*, Rec. pp. I-767 y ss., apdo. 21, *REDI*, 2009-3-Pr, pp. 190-192, con nota de S. Álvarez; STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-213-10, *F-Tex SIA c. Jadecloud Vilma*, apdo. 27, *REDI*, 2012-19-Pr, pp. 224-227, con nota de S. Álvarez). Sin embargo, la acción ejercida en este caso no reúne estos requisitos y, por tanto, no puede calificarse como materia concursal. La acción entablada cuestiona la dinámica ordinaria —y no concursal— del contrato, en concreto, la falta de preaviso por parte de la sociedad neerlandesa demandada en su intento de resolver el contrato. Nada que ver con los efectos del concurso sobre los contratos [aspecto estrictamente concursal conforme a las normas de ley aplicable, véase art. 4.2.e) Reglamento 1346/2000], ni con la resolución de contratos basada en motivos específicos de la legislación concursal, en España, el art. 61 de la Ley Concursal, que prevé la resolución contractual de acuerdo con los intereses del concurso y, por tanto, con la finalidad de saneamiento y liquidación de éste.

Si no existe en esta *causa petendi* una relación directa con la legislación sobre insolvencia, yerra la Audiencia al afirmar la competencia del Juzgado de lo Mercantil conforme al Reglamento 1346/2000. En ausencia de cláusula arbitral, la competencia de los tribunales españoles debería determinarse conforme al Reglamento núm. 44/2001, sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I). Concorre su ámbito material, pues la demanda no es concursal y, por tanto, no está afectada por la exclusión de dicha materia (art. 1.2). También, el ámbito espacial de sus normas de competencia, pues el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro, Países Bajos (art. 3). Igualmente concorre su ámbito temporal: la fecha de interposición de la demanda, aunque no consta, es posterior a la fecha de aplicación del Reglamento —basta observar que los juzgados de lo mercantil nacieron con posterioridad a la fecha de aplicación de este Reglamento—, siendo excesivo, por tanto, el protagonismo que la Audiencia atribuye al Convenio de Bruselas de 26 de septiembre de 1968. En consecuencia, y en aplicación del Reglamento Bruselas I, una demanda como la analizada se debería haber interpuesto ante los tribunales elegidos por las partes (art. 23) y, en su defecto, ante los tribunales del domicilio del demandado (art. 2) o ante el tribunal del lugar donde se tiene que cumplir la obligación que sirve de base a la demanda (art. 5.1). Quizá este último criterio de competencia sea el de más difícil aplicación en el caso, pero, dado que la resolución se basa en la falta de preaviso por el demandado, podría interponerse la demanda ante el tribunal del lugar donde se tenía que realizar dicho preaviso. De no haberse pactado tal lugar, cabrían dos hipótesis: a) si se trata de un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios, lo que no consta en el Auto, se estaría al tribunal del lugar

donde se entregaron las mercancías o se prestaron los servicios; *b*) si se trata de otro tipo de contrato, su ley rectora determinará el lugar donde debió realizarse el preaviso. Estas previsiones no impedirían el juego de una hipotética sumisión tácita al juez del concurso, conforme al Reglamento Bruselas I (art. 24), lo que no ocurre en el caso.

3. Ninguno de los argumentos esgrimidos por la Audiencia alteran la conclusión expuesta sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I en detrimento del Reglamento 1346/2000. La Audiencia centra su análisis en la jurisprudencia *Gourdain c. Nadler* (STJCE de 22 de febrero de 1979, asunto 133/78, *Rec.* pp. 733 y ss.), que establece ciertos indicios para calificar como concursal una acción. Obvia, no obstante, que los indicios citados eran meros ejemplos *ad hoc* y que existen múltiples diferencias entre la acción allí enjuiciada, relativa a la responsabilidad concursal de los administradores, y la aquí tratada, referida a la resolución de un contrato.

Es verdad que, en este caso, la demanda afecta a la composición de la masa activa, que se incrementaría en más de cuatrocientos mil euros de prosperar la acción; también, que, en consecuencia, se beneficiaría a la masa de acreedores y no a un acreedor individual (FJ 3). Pero estos hechos son insuficientes para calificar la acción como concursal; cualquier reclamación en la que el demandante sea el concursado puede afectar a la composición de la masa. Por poner un ejemplo, si el concursado persona física presenta una reclamación por daños y perjuicios derivados de un accidente de circulación, no existe duda, en el ámbito internacional, de la desvinculación de la acción respecto del procedimiento aunque la masa de activos se pueda ver incrementada. Igualmente es cierto que el concurso afecta a la tramitación procedimental de la acción. Así, la administración concursal se muestra conforme con la demanda instada por la sociedad concursada, el juez del concurso tiene competencia judicial interna y la acción se sustancia a través de un incidente concursal (FJ 3). Pero estas circunstancias tampoco son suficientes como para afirmar una estrecha vinculación entre la acción y el procedimiento concursal. Un test de temporalidad prueba la desvinculación de la acción respecto del proceso concursal: así, una acción de resolución contractual por falta de preaviso como la del objeto de análisis podría ejercerse antes o después, luego «al margen», del procedimiento de insolvencia, e independientemente de que existiera o no tal proceso (véase, no obstante, algunas vacilaciones en la aplicación de este test en la STJCE de 2 de julio de 2009, asunto C-111/08, *SCT Industri, Rec.*, pp. I-5655 y ss., *REDI*, 2009-19-Pr, pp. 477-480, con nota S. Álvarez).

4. En definitiva, la afectación de los intereses del concurso no implica, en términos jurídicos, una estrecha relación con el procedimiento de insolvencia, ni que la demanda se fundamente en la legislación concursal. En las acciones de resolución contractual por motivos generales y no específicos de legislación concursal, la competencia judicial internacional se ha de fundamentar en el Reglamento Bruselas I y no en el Reglamento 1346/2000.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

3.1. Persona física: incapacitación y tutela

2013-11-Pr

TUTELA.—Protección de mayores incapaces.—Ley aplicable: art. 9.6 CC.—Irrelevancia de la situación administrativa de extranjería del incapaz.—Nom-

bramiento de institución pública y orden de internamiento en un centro de protección.—Necesidad de protección tutelar urgente.

Preceptos aplicados: arts. 9.1, 9.6 y 242 CC; art. 15 LRC; arts. 231 y ss. del Código Marroquí (*Al Mudawana*); arts. 49.1, 24 y 27 del Estatuto de la CAV; art. 109 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; art. 14.3 de la LO 4/2003 y a los arts. 31 y 32 de la Ley 11/2003 de 11 de abril de la Generalitat Valenciana sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2.ª), núm. 132/2011 de 19 diciembre de 2011. Ponente: José Luis Antón Blanco.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2012/76294.

Desde la visión o enfoque puramente civil que nos compete, y de acuerdo con el art. 242 del CC, no cabe entrar en materia de óbices sanitarios-administrativos que nos presenta la recurrente, sin exponer alternativa alguna a la situación de desamparo y evidente necesidad de tutela que el caso exige, y a lo que supone la normativa estatutaria aludida.

El cargo, en la situación detenidamente estudiada de Augusto, solo puede recaer en la Generalitat, ello sin perjuicio de que la propia institución abogue por la más probable conveniencia estancia del incapaz en su entorno familiar de Marruecos, iniciando los trámites oportunos para llevar al incapaz a su país, iniciando el expediente de representación legal que el Código marroquí contempla a favor del nombramiento de algunas de las personas llamadas a la tutela en los imperativos términos que prevé el art. 231 de la Al Mudawana.

Y ha de ser así, porque al margen de las previsiones de limitada cobertura asistencial o social que han sido invocadas por la Consellería apelante, se trata de un caso donde, al no haber sido expulsado Augusto por su estancia irregular con el oportuno nombramiento de defensor judicial para la tramitación del expediente sancionado, y sin embargo haberse iniciado la incapacidad judicial en cuyo procedimiento debe aplicarse la ley marroquí por ser la personal de acuerdo con el art. 9.1, al no haberse podido oír a los parientes del incapaz que estaban llamados a la tutela tal y como rescribe el art. 231 de la Al Mudawana, solo cabe dar tratamiento de provisionalidad al cargo tutelar, o sea al modo que prevé art. 9.6 del CC a la protección tutelar urgente en que deberá aplicarse la norma española.

El caso de Augusto, por la aparente inhibición de su familia, puede asimilarse al de incapaces abandonados en territorio español que contempla el art. 9.6, párrafo 3.º, lo que supone la aplicación de la norma española para «tomar las medidas de carácter protector y educativo», es decir el art. 242 del CC, mas sin perjuicio —se insiste— de que la Consellería tome iniciativa para derivar el cargo tutelar de forma efectiva a la familia del incapaz, puesto que su nombramiento debe entenderse en los términos de residualidad que se desprende del art. 9.6 CC.

Nota. 1. El art. 9.6 CC es uno de esos preceptos que parecen condenados al ostracismo ante la avalancha de normas convencionales o institucionales que por activa y por pasiva se dirigen a la protección del incapaz. La vorágine normativa convierte en muchos casos la selección de la normativa aplicable en un intento similar al de demostrar la conjetura de Goldbach. Sin embargo, la protección de los incapaces ma-

yores sigue siendo en España una cuestión del art. 9.6 CC, como pone de manifiesto el interesante caso resuelto por la AP de Castellón en la Sentencia que anotamos, en la que Derecho «privado» y Derecho «público» pugnan por llevarse el gato al agua en defensa de intereses contrapuestos.

Los datos que podemos entresacar del magro relato de la sentencia atestiguan la existencia de un nacional marroquí, presuntamente mayor de edad (se especifica su incapacitación para el ejercicio del sufragio activo y para otorgar testamento), que se encuentra en España en situación de «irregularidad» (es decir, al margen de lo preceptuado por la legislación de extranjería) y que a petición del Ministerio Fiscal fue declarado incapaz por el Juez, al tiempo que se constituyó institución tutelar a cargo de la Generalitat Valenciana y se autorizó el internamiento del incapaz en un centro. La sentencia se comunica al Registro Central de Extranjeros (donde probablemente el extranjero no está inscrito, pero que el Juez considera pertinente a los efectos de que se anote el «cambio de estado civil»), al Registro Civil español (puesto que se trata de un acto de estado civil acaecido en territorio español) y al Consulado de Marruecos.

El recurso de apelación procede del tutor (Generalitat Valenciana), que considera que debe revocarse el nombramiento, dado que el extranjero incapaz carece de permiso de residencia, necesario para gestionar la solicitud en un centro de internamiento. La apelación se desestima.

2. La AP contempla el conflicto en toda su extensión, toma partido y llega a proponer a la Generalitat unas pautas de comportamiento profuturo. Y todo ello lo adereza con el recurso a una ley aplicable que dice ser la marroquí en virtud del art. 9.1 CC, pero que no aplica; para pasar al art. 9.6 CC donde encuentra una más confortable (para la AP) cobertura en la ley española. No está claro el trayecto que realiza la AP entre el art. 9.1 y el art. 9.6 CC: si el primero lo aplica a la mera declaración de incapacitación o también a la adopción de la medida de protección; o simplemente, si se trata de una mención tópica ante la evidencia de la incapacidad del interesado; algo que en lo que se hace hincapié sin mencionar ley alguna («Sobradamente sopesada ha sido la situación especial del demandado [...] una vez que se muestra incuestionable su enfermedad o deficiencia que le impide absolutamente gobernar su persona y bienes [...]»), reflejando la trascendencia de hecho o meramente forense que tienen estas actuaciones (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Madrid, 6.^a ed., Thomson-Civitas, 2011, pp. 332-333). Sí lo está que expresamente aísla la solución del caso de cualquier tipo de componente vinculado a la normativa de extranjería y a la reguladora de los supuestos y condiciones necesarios para ser acreedor de la prestación social consistente en internamiento en un centro público para el cuidado de la persona y bienes del incapaz. Que sea extranjero irregular no puede influir en nada a la obligación de proteger su persona y bienes, al considerarse plenamente incapaz de hacerlo por sí mismo. Con ello, el fundamento jurídico de la apelación queda enervado.

También está claro cómo la AP llega a la aplicación del Derecho español, sorteando una de las dificultades típicas en la aplicación de la ley nacional del incapaz: los llamados a la tutoría según la *Al Mudawana* residen en el extranjero (véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Comentario al art. 9.6 CC», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, p. 262) y además parece ser que se acredita que no tienen ninguna intención de hacerse cargo del incapaz. La AP colige de la situación que nos encontramos ante el supuesto del art. 9.6, regla segunda, en cuanto a la ley aplicable a las «medidas provisionales o urgentes de protección», por lo que «solo cabe dar tratamiento de provisionalidad

al cargo tutelar, o sea al modo que prevé art. 9.6 del CC a la protección tutelar urgente en que deberá aplicarse la norma española». No conforme con esta calificación conducente a la aplicación de la ley de la residencia habitual del incapaz (que en el caso era efectivamente la española) y por si hubiese aún algún tipo de reticencia especulativa, la AP da un nuevo giro de tuerca al art. 9.6 CC y remacha la aplicación de la ley española equiparando la situación del incapaz a la de «incapaces abandonados en territorio español que contempla el art. 9.6, párrafo 3.º» dada la inhibición probada de su familia (la solución es también propuesta por MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2009, pp. 217-218).

3. Como señalamos más atrás, la AP no sólo ratifica la tutela de la entidad pública, sino que al declararla provisional, insinúa la conveniencia de que la propia Generalitat inicie los trámites oportunos para trasladar al incapaz a su país, «iniciando el expediente de representación legal que el Código marroquí contempla a favor del nombramiento de algunas de las personas llamadas a la tutela en los imperativos términos que prevé el art. 231 de la *Al Mudawana*». No está claro si la AP está pensando en que tales trámites puedan realizarse ante los juzgados españoles o si está previendo la necesidad de que se lleven a cabo en Marruecos. La situación de incapacidad del mayor de edad extranjero parece no interesar a la legislación de extranjería (al contrario de lo que ocurre con la situación de los menores), por lo que no es descartable (aunque no sé hasta qué punto, deseable) que esta dimensión «civil», por utilizar los términos de la AP, se acompañe de un procedimiento de expulsión con una incierta incidencia sobre la extinción de la tutela y lo que la AP niega a la Generalitat se lo dé un expediente administrativo. La SAP de Huesca (Sección 1.ª) núm. 29/2008 de 31 enero (JUR 2008/131773) alerta de esta extraña situación cuando tras ratificar la tutela de extranjero incapaz a cargo de persona perteneciente a Comisión de Tutela de Adultos de la Diputación General de Aragón, advirtiendo que será en el momento de la expulsión del pupilo cuando deba valorarse si la tutela ha quedado o no extinguida por imposibilidad de cumplimiento... aun suponiendo el carácter personal y no territorial de las obligaciones que recaen en el tutor.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela

3.2. Filiación derivada de gestación por sustitución y derechos sociales

2013-12-Pr

FILIACIÓN.—Gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero.—Reconocimiento en España de determinados efectos sociales.—Prestaciones por maternidad.—Orden público atenuado.—Equiparación a la prestación derivada de adopción o acogimiento.

Supuesto núm. 1

Preceptos aplicados: art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); art. 9.3 CE; art. 23 LRC; art. 9.4 CC; art. 10 de la Ley 14/2006 de Reproducción Asistida; arts. 2 y 14 del RD de 6 de marzo de 2009 sobre las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural; arts. 81 y 85 RRC.

Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012. Ponente: María Cristina García Fernández.

F.: La Ley 57783/2012.

El caso de la actora es equiparable a los demás porque existe un hecho indubitado que es la maternidad, que fue declarada en la sentencia americana e inscrita en el Registro Civil español y si en los restantes supuestos distintos de la maternidad natural, se reconoce el derecho al subsidio para procurar la atención del menor, incluso cuando tiene seis años, la misma causa existe en el presente en que el menor ni siquiera tiene un año y se trata de una filiación no de un acogimiento temporal que también está amparado por la norma.

El hecho de que la maternidad por sustitución no esté reconocida en España, es más, esté prohibida, no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio, porque en otras situaciones ilegales o irregulares, existe la protección del sistema para los afectados. Así sucede en el caso de la pensión de viudedad de las esposas de un causante de nacionalidad extranjera, natural de un país que reconoce la poligamia, institución que en el Derecho español está tipificada como delito. O en los casos de trabajadores en situación irregular en la que tanto la jurisprudencia como la ley de extranjería del año 2000 y sus sucesivas modificaciones, consagran la protección a los trabajadores extranjeros en materia de Seguridad Social (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio y de 7 de octubre de 2003 y de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2006, y de Madrid de 5 de septiembre de 2002).

Supuesto núm. 2

Preceptos aplicados: art. 4.1 CC; arts. 38.c), 133 bis, 133 ter y 133 sexies LGSS; art 48.4 ET; art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Reproducción Asistida; arts. 951 y ss. LEC 1881; arts. 15 y 17.2 RD de 6 de marzo de 2009 sobre las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Sentencia TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4.^a), de 18 de octubre de 2012. Ponente: Miguel Ángel Luelmo Millán.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR, 2012/374571.

Quinto. Queda por determinar si existe otra posición en la que poder incluir o entender incluido el supuesto en el que se encuentra el demandante dentro del derecho prestacional que demanda.

Como se ha dicho, junto a la maternidad por parto existe la maternidad por adopción y acogimiento familiar, donde los sujetos beneficiarios son los que la norma identifica como «progenitores» de esa clase. Ciertamente, el demandante y su pareja no han acudido a esta figura jurídica para establecer la relación familiar con su hijo y, por tanto, parece que no podría entenderse, en principio, que les fuera de aplicación ese régimen.

Ahora bien, parece igualmente evidente que la posición del demandante, a los efectos litigiosos, es similar a la que, también como «progenitores», ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar y cubriendo de igual manera la finalidad que persigue la norma, y ello en virtud de lo que establece el art 4.1 del CC,

porque aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro Civil y en virtud de una gestación como la que se contempla en el caso presente no está contemplada en la LGSS, ni, en consecuencia, desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, los supuestos guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos.

Por otra parte, tampoco sería posible entender que la norma realmente no quiere reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es posible inferir que se está ante una laguna legal, y la identidad de razón concurre desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación.

Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman.

En todo caso y si no, la interpretación extensiva de la norma se impondría en una situación como la presente en virtud de lo que dicho concepto supone de inclusión en una norma de casos no expresos en ella pero virtualmente insertos en su espíritu, de tal modo que tiene lugar cuando el sentido hallado es más amplio que la letra de la norma, lo que ocurre si la fórmula verbal empleada por ésta dijo menos de lo que realmente quería decir, esto es, que el texto legal es extendido mediante esa clase de interpretación a supuestos comprendidos en su verdadero sentido, aunque no en su estricta dicción.

De manera, pues, que por cualquiera de ambas vías, se llega a la misma conclusión acogedora del recurso, como si de una adopción se tratase.

Nota. 1. Los dos supuestos que dan cobijo a la presente nota tienen un común denominador y algunas concomitancias, si bien el enfoque del problema es claramente distinto en cada una de las sentencias. Tienen en común el hecho de que en ambos casos se pide una prestación por maternidad derivada de un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero; tienen en común también el hecho de que en ambos casos el nacimiento y la filiación habían sido objeto de inscripción en el Registro Civil español. La impronta de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 17 de septiembre de 2010, ratificada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de noviembre de 2011 (JUR 2011/420242, y mi Nota en *REDI*, 2012-13-Pr., pp. 213-216) no ha impedido una práctica administrativa en la que la DGRN ha procedido a estimar recursos contra la negativa a inscribir en un buen número de casos (véanse las resoluciones estimatorias 1/2011, de 3 de mayo, JUR 2012/107637; 4/2011, de 6 de mayo, JUR 2012/110698; 6/2011, de 6 de mayo JUR 2012/147776; 1/2011, de 9 de junio, JUR 2012/151437; 2/2011, de 9 de junio, JUR 2012/151438; 3/2011, de 9 de junio, JUR 2012/151439; 1/2011, de 27 de junio, JUR 2012/151441; 4/2011 de 23 de septiembre, JUR 2012/168313; 5/2011, de 23 de septiembre, JUR 2012/168314; 1/2011, de 12 de diciembre, JUR 2012/307191; y 4/2011,

de 22 de diciembre, JUR 2012/307190), con alguna denegación basada siempre en el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones establecidas por la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 (Resoluciones 5/2011, de 6 de mayo, JUR 2012/114782 y 2/2011, de 23 de septiembre, JUR 2012/168312). Tienen en común, en fin, que en los dos casos, el recurrente (progenitor «comitente») ve estimadas sus pretensiones.

La diferencia sustancial es que mientras que en la primera de las resoluciones (Juzgado de lo Social de Oviedo) el tema subyacente de la existencia de la relación de filiación es un tópico esencial, la segunda lo da por liquidado y se vuelca en mayor medida en el análisis de la legislación sobre seguridad social y su interpretación a la luz de un supuesto no contemplado expresamente. Analizaré sucesivamente ambas sentencias.

2. La *Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012*, concedió a una madre por subrogación (madre comitente) el permiso por maternidad y el derecho a percibir un subsidio por maternidad, en relación con su hijo nacido en California mediante gestación por sustitución. Como he señalado, existía en este caso el soporte de una inscripción del nacimiento y filiación respecto de los comitentes en el Registro Civil consular de Los Ángeles. El proceso se siguió por la vía de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y de ahí que el Juzgado incidiese especialmente en el principio de igualdad.

En cualquier caso, lo más interesante de la sentencia, sobre todo, a la luz de los precedentes judiciales que ven en este título de legitimación de la filiación (la derivada de una gestación por sustitución) un claro atentado al orden público español, es cómo el juzgador no dudó en apelar al conocido expediente del orden público atenuado para afirmar que «el hecho de que la maternidad por sustitución no esté reconocida en España, es más, esté prohibida (*sic*), no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio, porque en otras situaciones ilegales o irregulares, existe la protección del sistema para los afectados». El juzgado ejemplifica con la pensión de viudedad que se viene otorgando a las viudas de un causante poligámico o la protección que se otorga en materia de Seguridad Social, a los trabajadores en situación irregular. Y concluyó que siendo la «maternidad por sustitución» equiparable a las demás *situaciones de hecho protegidas*, la denegación del subsidio solicitado vulneraría el principio de igualdad. Un razonamiento ortodoxo, que no sería necesario, puesto que, a mi juicio, la gestación por sustitución no vulnera *per se* el orden público español (y cosa distinta es que pueda haber supuestos concretos en los que tal vulneración se produzca).

3. La *Sentencia del TSJ de Madrid (Social) de 18 de octubre de 2012* es mucho menos proactiva en cuanto a la existencia de la filiación derivada de la gestación por sustitución llevada a cabo también en California y por un matrimonio compuesto por dos varones españoles. En el supuesto concreto la inscripción del nacimiento respecto de ambos varones (progenitor A y progenitor B, de acuerdo con lo que consta en las actuaciones) se considera un punto de partida sólido e inatacable a pesar de los intentos de la Administración por poner en tela de juicio la existencia de vínculo de filiación. El TSJ se centra fundamentalmente en lo que se le pide, determinar si el solicitante tiene derecho a una prestación por maternidad (el INSS había ya reconocido al otro progenitor su prestación por paternidad), y concluye con una respuesta positiva.

Desde un punto de vista práctico, más que teórico, interesa destacar cómo los problemas para el solicitante comenzaron con la imposibilidad de aportar la «documentación» necesaria para tramitar la prestación «inscripción preceptiva de su maternidad en el Registro Civil español» o el «documento legal exigible como ciudadano español que pruebe su maternidad» (antecedentes primero y segundo de la Sentencia).

Mas tras la efectiva inscripción en el Registro Civil, consecuencia de la estimación del recurso ante la DGRN que se planteó contra la primitiva negativa del Encargado del Registro Civil para practicar la inscripción, el TSJ lo ve claro: no cabe «plantearse si la maternidad por subrogación debe admitirse o no, puesto que tal cuestión ha sido ya resuelta por la DGRN» (FD 1); y, de forma igualmente contundente, cuando señala que el demandante ostenta «legalmente esa condición [la de progenitor] aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman» (FD 5).

El resto no es más que razonar si el afirmado vínculo de filiación válido para nuestro «ordenamiento jurídico» según el TSJ es título suficiente para generar la prestación por maternidad. El análisis del art. 133 bis LGSS se convierte en el leitmotiv del razonamiento que está claramente condicionado por el resultado: no puede tratarse de una prestación por maternidad derivada del parto, con la que no existiría la suficiente analogía. Esta analogía sí existiría con la prestación de maternidad derivada de adopción o acogimiento. El TSJ no se muestra muy fino en la argumentación técnica, oscurecido por la cuestión de fondo: en el FD 5 afirma tanto la existencia de una laguna legal con concurrencia de identidad de razón entre el caso planteado y los supuestos de adopción y acogimiento, cuanto la «interpretación extensiva» del mencionado art. 133 bis LGSS. Probablemente al solicitante le dé igual; o probablemente no, si tenemos en cuenta el factor psicológico y reivindicativo que hay detrás de cada caso como el presente. Baste recordar el interés de las parejas que recurren a la gestación por sustitución en no proceder a una adopción por parte del cónyuge. No sólo se quiere la relación de filiación, sino que se reivindica un título propio y distinto del de la adopción.

En todo caso, la lección de este supuesto, es tanto lo que se falló cuanto lo que no se puso en tela de juicio: la existencia de la filiación. Es tanto el fuero, como el proceso: el Ministerio de Justicia pidió a los promotores de la inscripción de nacimiento y filiación (denegada en un principio) que se pertrechasen de una «resolución judicial dictada por el Tribunal Competente en la que se determine la filiación del nacido» (Antecedente de Hecho Cuarto). Las sentencias valencianas no parecen haber tenido más efecto que el circunscrito al caso concreto que resolvieron. Cabe preguntarse ahora, si la práctica administrativa que claramente se orienta hacia la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución está aplicando correctamente el ordenamiento jurídico español (todo el ordenamiento jurídico y no la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010) o no.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela

3.3. Registro de la propiedad

2013-13-Pr

EFICACIA REGISTRAL DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES EXTRANJEROS.— Compraventa de inmueble situado en España.—Escritura pública autorizada por autoridad extranjera.—Anterior la doctrina de la DGRN.—Revocación.

Preceptos aplicados: arts. 56 a 60 del Tratado; arts. 9, 10.1, 11, 12.1, 608, 609, 1280, 1094 y 1462 del Código Civil; arts. 3, 4, 18, 99, 100 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; art. 11 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo,

de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; arts. 33, 34, 36 y 127 del Reglamento Hipotecario.

STS (Sala 1.^a) de 19 de junio de 2012. Ponente: Antonio Salas Carceller.

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2012/8008.

En primer lugar, antes de entrar en el detalle de las infracciones que denuncia el Abogado del Estado recurrente, es preciso señalar que la decisión del Sr. Registrador de la Propiedad y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyos argumentos defiende el Abogado del Estado en el presente proceso, parten de un entendimiento de la normativa vigente que cuestiona el principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea (artículos 56 a 60 del Tratado); y la necesidad de intervención en todo caso de un notario español significaría la imposición de una limitación a la libertad de transmisión de bienes, en cuanto a su plenitud de efectos, que no resulta justificada en el estado actual de los ordenamientos comunitario y español.

[...] no puede desconocerse que el Reglamento 593/2008 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio (ley aplicable a las obligaciones contractuales —Roma I—) dispone en su artículo 11 que «un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado»; disposición que igualmente aparece en el artículo 11.1 del Código Civil y que claramente quedaría vacía de contenido si la observancia de la forma así prevista fuera insuficiente para la producción de los efectos jurídicos propios del contrato.

Además, el artículo 10.1 del Código Civil dispone que «la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen», lo que en este caso determina la aplicación de la ley española a la transmisión del dominio sobre el bien de que se trata.

No puede desconocerse que el Reglamento 593/2008 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio (ley aplicable a las obligaciones contractuales —Roma I—) dispone en su art. 11 que «un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado»; disposición que igualmente aparece en el artículo 11.1 del Código Civil y que claramente quedaría vacía de contenido si la observancia de la forma así prevista fuera insuficiente para la producción de los efectos jurídicos propios del contrato.

Además, el artículo 10.1 del Código Civil dispone que «la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen», lo que en este caso determina la aplicación de la ley española a la transmisión del dominio sobre el bien de que se trata.

Nota. 1. La decisión del Tribunal Supremo confirma la doctrina establecida por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006 y por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.^a) núm. 391/2006 de 22 de noviembre (*REDI*, 2006-16-Pr, pp. 484-488, con nota de R. Arenas); contraria a la establecida por la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005 (*REDI*, 2005-12-Pr, pp. 373-378, con nota de R. Arenas, doctrina reiterada en la Resolución de 20 de mayo de 2005), que proceden a anular.

El Tribunal Supremo reitera la incorrección de la doctrina de la DGRN al negar acceso como título inscribible a las escrituras públicas de compraventa otorgadas ante un notario alemán. El abogado del Estado había fundado su recurso de casación en la falta de equivalencia de la intervención del notario alemán a la luz del art. 4 de la LH, en la medida en que no estaba obligado a informar a las partes del Derecho español pertinente ni controlaba la legalidad del acto conforme al Derecho español; en segundo lugar, argumentaba que, además de un contrato, la escritura pública debía ser un título traslativo de dominio, cosa que no era ni a la luz del Derecho alemán ni del español.

2. El Tribunal Supremo comienza poniendo de relieve que la exigencia de intervención de un notario español vendría a suponer una restricción a la libre prestación de servicios en el marco del Derecho europeo. A partir de aquí lleva a cabo una serie de precisiones muy pertinentes en torno a las cuestiones de Derecho aplicable:

1) En primer lugar, en cuanto a la «forma» del contrato, recuerda con razón la validez formal de conformidad con la ley alemana, correspondiente al lugar de celebración del contrato, en virtud tanto del art. 11 del CC como del art. 11 del Reglamento Roma I.

2) En cuanto a los efectos reales o de transmisión del dominio, declara la aplicación de la ley española como ley del lugar de situación del inmueble en virtud del art. 10.1.º CC. En su interpretación, los supuestos de *ficta traditio* contemplados en el art. 1462 CC no se limitan a las escrituras públicas otorgadas ante notario español. Y confirma esta interpretación asimismo en la necesidad de evitar «duplicidades» en el ámbito de la libre prestación de servicios en el seno de la Unión Europea. Consecuentemente, niega que el efecto traslativo de la escritura pública pueda medirse conforme al Derecho alemán, que no rige esta cuestión.

3) El Tribunal Supremo reconduce la eficacia registral del documento notarial extranjero al hecho de que se cumplan las condiciones para que despliegue en España su eficacia probatoria (art. 323 de la LEC) y exista una equivalencia funcional entre la intervención del notario extranjero y español, que en el caso alemán «resulta evidente». Aclara que la equivalencia no implica vulnerar el principio *auctor regit actum*, en virtud del cual cada notario, obviamente, aplica al otorgamiento su propio Derecho notarial. La equivalencia es de formas (documento público) y no de leyes notariales con requerimientos y menciones diversas.

Sobre la base de los argumentos anteriores rechaza el recurso y confirma la sentencia de apelación, por lo que la Resolución de la DGRN queda definitivamente anulada y su doctrina modificada. En tal sentido, cabe afirmar la conformidad y la coincidencia de la decisión del Tribunal Supremo con la nueva línea interpretativa seguida en la Resolución de la DGRN de 22 de febrero de 2012 (véase mi Nota en *REDI*, 2012-29-Pr.)

3. Los magistrados Rafael Gimeno-Bayón Cobos y José Ramón Ferrándiz Gabriel emiten un Voto Particular de indudable interés. Conviene indicar que dicho voto no altera en realidad la doctrina establecida por el Tribunal Supremo por lo que se refiere al reconocimiento y eficacia de los documentos públicos extranjeros ni en lo que atañe a las soluciones de Derecho internacional privado, debidamente acotadas por el Tribunal. El voto se limita a establecer si, conforme al Derecho español, dicha escritura en particular es en realidad un título traslativo de dominio, llegando a una conclusión negativa.

Para evitar confusiones, conviene adelantar que los magistrados disidentes no argumentan sobre la pretensión del Abogado del Estado en torno a la aplicación del Derecho alemán, que no atribuye efectos reales a la escritura pública de compraventa,

sino que en todo caso parecen moverse en torno al Derecho español, aplicable a dicha cuestión. En concreto, plantean una interpretación disidente en torno a los efectos del art. 1462 CC. Entienden estos magistrados, con razón, que la regla de *facta traditio* contenida en dicho precepto es una regla disponible por las partes, no imperativa, como de hecho pretendía la propia Resolución de la DGRN impugnada, y que dicho efecto traslativo sólo se producirá con el otorgamiento de la escritura si de ella no «resultare o se dedujere claramente lo contrario».

La disidencia parte de la idea de que las partes no han querido otorgar a la escritura efecto traslativo, y dicha deducción se toma del mero hecho de optar dos ciudadanos alemanes por otorgarla ante un notario alemán, lo que implicaría tácitamente aceptar la consecuencia característica de dicho sistema que es simplemente obligacional y no traslativa. De este modo, los magistrados incorporan el Derecho alemán no como Derecho aplicable, sino como un mero «hecho» determinante de una circunstancia fáctica: la voluntad de las partes de no trasladar el dominio con la escritura en el sentido del art. 1462 CC.

4. El argumento es interesante, pero comprometido. El mismo argumento puede utilizarse para entender que, convenientemente asesorados, las partes no ignoran que los efectos reales de la escritura se regirán por lo previsto en la ley española, como ley de la situación del inmueble, donde la escritura tiene efectos traslativos, y que, en consecuencia, en términos de estricta legalidad no están obligados a declarar que atribuyen a dicha escritura un efecto traslativo que ya viene establecido *ex lege*.

En suma, el mero hecho de acudir a un notario alemán no ampara a nuestro modo de ver una deducción «clara» de que las partes no han querido trasladar el dominio, sino en todo caso muy discutible, y que en ningún caso permitiría asumir la doctrina de la DGRN impugnada y mucho menos, como pretenden los magistrados disidentes, amparar una intervención perentoria de los notarios españoles para otorgar escrituras de compraventa que recaigan sobre inmuebles situados en España.

En cuanto a las dudas de los magistrados disidentes sobre la aplicación de las normas comunitarias acerca de la condición de funcionario público del notario y la aplicación de las normas europeas sobre la libre prestación de servicios, necesitadas a su juicio de mayor debate, basta con indicar la claridad con que pronuncia la Sentencia TJUE (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011 (as. C-61/08: *Comisión/Grecia*).

5. En todo caso, no está de más recordar que la eficacia transfronteriza de los documentos públicos, al igual que la de las sentencias (en que claramente los jueces ejercen el poder público y se excluyen de la libre prestación de servicios), no quedaría tampoco impedida por el mero hecho de que los notarios fueran considerados como titulares directos del ejercicio público, pues la clave del obstáculo comunitario no es al ejercicio activo de la prestación de servicios por las autoridades, sino la libertad pasiva, mucho más amplia, de los consumidores a realizar actos jurídicos sin que sea exigible una duplicidad de formalidades o intervenciones de dichas autoridades.

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO
Universidad de Granada

2013-14-Pr

MODIFICACIÓN DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL.—Resolución extranjera de disolución de matrimonio.—Registro de la propiedad.—Modificación de asientos.—Normativa aplicable.

Preceptos aplicados: arts. 37 y 52 Reglamento 2201/2003; arts. 2, 3, 4, 18, 99, 100, 103, 257 y 322 ss. LH; arts. 83 y 84 RRC.

Resolución de la DGRN de 27 de julio de 2012. Ponente: Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

F.: BOE, 5 de octubre de 2012, núm. 240, pp. 71054 y ss.

[...] quedan fuera de los instrumentos comunitarios, y por ende sometidos a los respectivos ordenamientos nacionales, la denominada «ejecución impropia» mediante el acceso a los registros públicos jurídicos de las resoluciones judiciales extranjeras declarativas o constitutivas, que como tales no requieren de un procedimiento de ejecución posterior «stricto sensu». Por tanto, corresponde a la legislación del Estado del que depende el registrador, como autoridad encargada de la llevanza del Registro, determinar el procedimiento, requisitos y efectos de la inscripción de dicha resolución extranjera, si bien la aplicación de la normativa interna tendrá el límite, como se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, de no poder anular el denominado «efecto útil» de los instrumentos europeos.

[...] dado que los Reglamentos europeos no establecen normas propias relativas al procedimiento a través del cual las autoridades nacionales ante las que se invoque una resolución extranjera deban llevar a cabo el control incidental de éstas en cuanto a los requisitos de reconocimiento impuestos por aquellos, este control se ha de desenvolver dentro del propio procedimiento en que la resolución extranjera se invoca, y con sujeción a sus propias reglas.

[...] la competencia para el reconocimiento de una sentencia o resolución extranjera que contenga pronunciamientos que excedan de la mera declaración de divorcio está atribuida, en cuanto a aquellos, salvedad hecha de lo que puedan disponer convenios internacionales, a los Tribunales de Justicia y más concretamente a los Juzgados de Primera Instancia por disponerlo así el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 vigente en este aspecto (si bien con la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre y por la Ley 11/2011, de 11 de mayo). En tanto no recaiga resolución firme de reconocimiento dictada por juez español la resolución extranjera no puede desplegar sus efectos y por tanto no puede ser tenida como título inscribible en el Registro de la Propiedad a los efectos de los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria.

Determinados los requisitos de reconocimiento de una resolución extranjera de divorcio que contenga pronunciamiento sobre el destino del patrimonio de los cónyuges, procede analizar los requisitos para que pueda producir una alteración del contenido del Registro de la Propiedad. Al respecto es preciso tener en cuenta, por un lado, la normativa relativa a la inscripción de resoluciones judiciales y la doctrina de este Centro Directivo sobre calificación de documentos judiciales y por otro las normas hipotecarias sobre requisitos para proceder a la modificación del contenido del Registro. Respecto de la primera cuestión será la resolución firme de reconocimiento del juez español la que será objeto de presentación en el registro correspondiente y a la que le son de aplicación las normas (artículos 18 y 257 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento esencialmente) y doctrina de aplicación correspondiente. Respecto de la segunda cuestión, es indudable que cualquiera que sea el título que se presente a inscripción el mismo debe reunir los requisitos previstos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto de nuestro Código Civil que así lo establecen para los bienes inmuebles sitos en España (cfr. artículo 10.1).

En el supuesto de hecho que ha provocado el presente expediente, la única cuestión suscitada es si la instancia que complementa la documentación presentada, debe llevar

la firma legitimada o no. Alega el recurrente que el art. 52 del Reglamento 2201/2003 exime de legalización y de cualquier otra formalidad semejante a la documentación a que se refiere el artículo 37, es decir, a la copia de la resolución de divorcio y al anexo I a que se refiere el artículo 39 (a efectos de determinar la firmeza de la resolución), pero olvida que dicho precepto es de aplicación exclusiva a los documentos sujetos a dicho Reglamento y no a aquellos otros que les puedan acompañar, y que lo que pide el registrador en su calificación no es la legalización de la documentación presentada u otra formalidad equivalente (como sería la apostilla), sino la legitimación notarial de la firma que figura en la instancia presentada, o bien su ratificación ante el registrador, que es concepto distinto y que cumple una función igualmente diferente. En el caso presente, la instancia presentada tiene la evidente finalidad de completar la resolución judicial presentada, en la que funda inmediatamente su derecho el solicitante representado, a fin de reunir los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para proceder a la inscripción. Como tal es un documento sujeto a la Ley española y a los requisitos exigidos por ésta para acreditar su autoría.

Nota. 1. Comenzaremos por los hechos del caso: tras el divorcio de un matrimonio de ingleses (ante los tribunales ingleses), éstos pretenden que se modifique la inscripción registral relativa al inmueble adquirido en Moraira (España) de modo que refleje la decisión judicial por la que la esposa transfiere sus derechos sobre la citada propiedad al esposo. Planteada la solicitud en el correspondiente registro, el registrador deniega la modificación invocando la falta de cumplimiento de las formalidades previstas en el art. 3 de la Ley Hipotecaria. En concreto se indica que sólo se ha presentado documento que acredita la firmeza de la sentencia de divorcio —pero no ésta— en un documento cuya firma no está notarialmente legitimada. Los demandantes plantean recurso indicando que, de conformidad con la normativa del Reglamento 2201/2003, los documentos aportados son los correctos y que el art. 52 de dicha norma exime de cualquier legalización. El registrador confirmó la imposibilidad de proceder a la modificación registral por un defecto de falta de legalización de la firma.

2. Planteado el asunto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, ésta confirma la calificación impugnada. Para ello se basa en unos extensos fundamentos jurídicos que en ocasiones casi sugieren una auténtica lección de Derecho registral internacional. Son varias las ideas que se desprenden de esta «lección»: primera, para acceder al Registro es preciso que el título extranjero que se invoca sea susceptible de producir efectos en España, lo que se comprueba en la calificación de conformidad con las reglas de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Este reconocimiento puede ser automático o incidental en los supuestos en los que resulte de aplicación un texto comunitario, como el Reglamento 2201/2003, sin que ello signifique una ausencia de control (FD 3). Segunda: admitido que la resolución puede producir efectos en España, el registrador prosigue con la calificación analizando si dicha resolución reúne las condiciones para acceder al Registro español, para lo que será preciso que sea conforme a las disposiciones concretas de la legislación hipotecaria. Este acceso al registro es lo que se denomina «ejecución impropia» de la resolución, *i. e.* el modo y las condiciones a las que se supedita el reflejo registral de una resolución que requiere publicidad registral para producir plenamente sus efectos (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. y HEREDIA CERVANTES, I., «Acceso al Registro de resoluciones judiciales extranjeras en el marco europeo», *Noticias de la UE*, 2013 en prensa) (FD 4). En el caso de que se trate de una resolución proveniente de un Estado miembro de la Unión Europea, dichas condiciones no pueden suponer un obstáculo al efecto útil del Reglamento, exigiendo requisitos que no estén previstos en éste. Si así sucediera, la aplica-

ción de dicha norma debería ser descartada. Tercero: la normativa comunitaria sólo resulta aplicable en tanto el supuesto sea subsumible en su ámbito de aplicación. No siendo esto así, procede recurrir a las normas de Derecho autónomo de cada Estado miembro en materia de reconocimiento y ejecución (FD 6).

3. Llama la atención que, después de haber analizado todos estos elementos, la DGRN no pueda proyectarlos sobre el caso que está llamada a resolver pues el objeto de análisis de la resolución resulta mucho más anodino. Como indica la resolución, «la única cuestión suscitada es si la instancia que complementa la documentación presentada debe llevar la firma legitimada o no» (FD 8). Aclara la Dirección que no se trata de un problema de legalización del documento (esto es, la instancia por la que se solicita la modificación del registro) sino de verificación de la identidad del solicitante, para lo que se exige la legitimación notarial de la firma. No existiendo ésta, se confirma la calificación impugnada.

Al haberse planteado el recurso contra la nota de calificación y, dado que ésta «no hace referencia alguna a la idoneidad del documento presentado para producir efectos en España como tampoco hace referencia al contenido real del mismo [...] (la DGRN) no puede hacer pronunciamiento alguno al respecto dada la limitación objetiva de este procedimiento» (FD 8). Sin embargo, el deseo de abordar, siquiera incidentalmente estas cuestiones, no deja de aflorar a lo largo de los Fundamentos de Derecho previos. Así, la Resolución había apuntado que el Reglamento 2201/2003 no era aplicable al caso pues las cuestiones relativas a la distribución de los bienes del matrimonio no se incluyen en su ámbito de aplicación. Por tanto, el reconocimiento de la sentencia inglesa debería quedar sujeto a la normativa autónoma de reconocimiento y ejecución (LEC 1881) (FD 6). Adicionalmente había indicado que, para acceder al Registro, habría que haber respetado las condiciones previstas por el ordenamiento español para la inscripción de resoluciones judiciales —lo que habría exigido la presentación de la resolución firme de reconocimiento del juez español (arts. 18 y 257 LH) y que, a todas luces, no se había aportado al invocar la aplicabilidad del Reglamento Bruselas II *bis*— y las normas hipotecarias sobre requisitos para proceder a la modificación del Registro (FD 7). Por otra parte, sobre el contenido [jurídico] real de la documentación presentada, la Resolución había adelantado la flexibilidad del sistema español que permite el acceso al Registro de derechos reales no específicamente previstos por la legislación española (art. 2.2 LH) y también que se altere el contenido típico de los derechos previstos (arts. 11, 23 y 37 LH), eso sí, respetando los límites y principios esenciales y de orden público del ordenamiento español en relación con la transmisión del dominio, del régimen de publicidad registral o de las modalidades de realización de los bienes y derechos del deudor (FD 5).

4. En esencia, la Resolución no aporta ningún elemento relevante en cuanto a la respuesta al supuesto planteado, de carácter meramente comprobatorio de un requisito formal. Más bien su valor radica en todo el equipamiento argumentativo y la claridad con la que se distinguen las normas aplicables, la prelación entre las reglas y los supuestos que ha de valorar el registrador. Esta aportación es especialmente valiosa si tenemos en cuenta las escasas contribuciones de la doctrina internacional privatista sobre este sector del ordenamiento, de gran actualidad y trascendencia práctica. En definitiva, la resolución constituye una excelente guía para ulteriores supuestos en los que se planteen cuestiones ante la DGRN... si es que estos recursos no resultan afectados por las inminentes propuestas de reforma integral de la normativa registral.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU
Universidad Autónoma de Madrid

3.4. Sucesiones

2013-15-Pr

SUCESIÓN INTERNACIONAL.—Testamento privado sujeto a ley extranjera.—Ausencia de *Grant of Probate*.—Imposibilidad de su consecución por ausencia de competencia del Juez de origen.—Escritura pública autorizada por notario español.

Preceptos aplicados: arts. 9.8 y 11 CC; arts. 1 y 6 del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961; arts. 3, 4, 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; art. 36 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de la DGRN de 26 de junio de 2012. Ponente: Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

F.: BOE, núm. 225, de 18 de septiembre de 2012.

Para saber si el testamento cumple los requisitos exigidos por la ley australiana, ley personal del causante, es necesario previamente que se pruebe de modo muy patente y claro el derecho extranjero y, por tanto, que los documentos que se presentan reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado. Para ello hay que atender a los documentos que se le presentaron al registrador en el momento de calificar y las normas que en ellos constaban. Todo con el fin de acreditar, conforme al artículo 36 del Reglamento Hipotecario, la observancia de las formas y solemnidades extranjeras; por ello la registradora en su nota de calificación insiste en la validez formal del testamento conforme a la ley personal, así como la aptitud y capacidad legal necesaria para el acto.

Con el fin de probar el derecho extranjero se presenta una declaración o «Statement» del abogado-notario (solicitor y notario público) en la que hace constar que el «Grant of Legal Probate» es el documento legal emitido por la división correspondiente del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur «el cual confiere al albacea testamentario la capacidad para recibir las propiedades del caudal hereditario, abonar deudas y distribuir los bienes del mismo a los beneficiarios de acuerdo con las disposiciones del testamento» y después afirma que los tribunales de Nueva Gales del Sur «otorgan validez a las disposiciones testamentarias del testador tal y como aparecen en el testamento». Esta declaración o «Statement» no contiene una prueba del derecho extranjero, pues en él ni se transcribe el contenido de la norma sobre sucesiones ni tampoco consta en él su vigencia. Ni siquiera tras referirse al «Grant of Probate» explícita por qué no puede obtenerse en el presente caso. Ni hay prueba del texto literal del derecho extranjero ni tampoco una determinación del alcance de este basado en las decisiones de los tribunales [...].

*Tampoco, en ningún momento el abogado-notario australiano se refiere a las normas de Derecho Internacional Privado del Estado de Nueva Gales del Sur, lo que es relevante en orden a establecer la aplicación como *lex successionis* de un ordenamiento diferente al australiano mediante el mecanismo del reenvío [...].*

Por otra parte, el notario autorizante de la escritura de manifestación y aceptación de herencia emite una declaración genérica de conocer la legislación australiana en materia de sucesiones. Esta declaración es una peculiaridad que permite tanto a notarios como a registradores aplicar derecho extranjero en base a su propio conocimiento (Resoluciones de 14 de diciembre de 1981 y 5 de febrero y 1 de marzo de 2005). Este conocimiento por

parte del notario dispensa a los particulares que solicitan sus servicios de la necesidad de probar el derecho extranjero pero en modo alguno dispensa de probar dicho derecho y, en especial, los extremos a los que se refiere el artículo 36 del Reglamento Hipotecario ante el registrador. En el presente caso la declaración del notario de conocer el derecho extranjero sin que éste sea probado no cumple con lo establecido en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario como ha declarado esta Dirección General en la Resolución de 2 de marzo de 2012 (2.^a).

No puede sostenerse que la simple afirmación del notario de conocer el derecho extranjero pueda vincular al registrador y le obligue a pasar por ella, como pretende el notario autorizante, pues se trata de dos funciones distintas que operan en momentos también diferentes. Los fuertes efectos que derivan de la inscripción registral, artículos 1.3.º, 34, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria exigen que el registrador realice su calificación teniendo en cuenta las normas de Derecho Internacional Privado [...].

En definitiva, no sólo no se ha probado el contenido y la vigencia del Derecho sucesorio australiano, concretamente, el del Estado de Nueva Gales del Sur, sino que tampoco se ha hecho lo propio con su sistema de Derecho Internacional Privado, que, tal como ya se ha dicho, es determinante en orden a conocer la existencia de un posible reenvío al ordenamiento español [...].

En virtud de lo anterior, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Nota. 1. El presente supuesto trata de una escritura de adjudicación de herencia en la que el título de la sucesión es un testamento otorgado por el causante, conforme a su ley personal australiana y como se trata de bienes inmuebles sitos en España, la registradora exige para su inscripción que se acredite la validez de ese título sucesorio. Se trata de un testamento «privado» «otorgado o suscrito» ante abogado, según resulta de copia del citado testamento, legitimada por notario público de Sydney (Australia), quien certifica la concordancia con el original, copia apostillada. En dicho testamento, el testador nombra heredera universal y albacea a su esposa.

La nota de calificación a la que se ciñe el recurso dice que no se acredita la validez del testamento otorgado conforme a la ley personal del causante, ya que supone una excepción a la necesidad de documento público que exige la legislación española para poder ser inscrito (arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 36 de su Reglamento).

A diferencia del testamento abierto autorizado por notario de corte latino que tiene inmediata eficacia tras el fallecimiento del testador, sin aditamento y complemento alguno, en los sistemas de *common law* se desconoce el documento público tal como nosotros lo entendemos y se controla a posteriori la validez del testamento, que ha de ser averdado por medio del *Grant of Probate*, documento judicial que asevera la autenticidad del documento y le confiere eficacia.

En el caso objeto de comentario, parece que no se pudo obtener el *Grant of Probate* al no existir bienes del causante en el territorio de competencia de la Corte por lo que el notario hace una escritura complementaria en la que los hijos del causante, herederos abintestato con arreglo a Derecho australiano y legitimarios y herederos abintestato con arreglo a Derecho español, si se estima que puede proceder el reenvío, prestan su conformidad y consentimiento, asumen la validez del testamento y la eficacia de las operaciones de adjudicación de la herencia.

La Resolución se centra únicamente en la prueba del Derecho extranjero en los términos reproducidos en el texto y no considera ni que los documentos aportados

precedentes del *solicitor* extranjero sean suficientes, ni que el Registrador pueda dar por probado dicho Derecho extranjero por el hecho de que la escritura del Notario afirme conocerlo.

En la presente Nota dedicaré una mera mención al tema de la prueba del Derecho extranjero (2) para profundizar en los aspectos sustantivos que el supuesto planteaba y que la DGRN no trató (3-4) y concluir con una visión prospectiva a la luz del nuevo Reglamento comunitario (5).

2. Para probar Derecho extranjero es necesario acreditar su contenido y vigencia y su común interpretación jurisprudencial en el país de proveniencia, cuestión obvia, que sostienen numerosos pronunciamientos judiciales y resoluciones de la Dirección General (Resoluciones de 18 de enero de 2005, 20 de enero y 7 de julio de 2011 y 2 de marzo de 2012, entre otras). A veces, llegará con la cita del texto de la Ley y, a veces, no será suficiente por la complejidad de la interpretación del Derecho a aplicar. La DGRN no lo considera probado en este caso. Incluso llega a decir que «En la hipótesis de que se hubiera probado el derecho extranjero [ante el Notario] se podría exigir que si el registrador disiente tuviese, en los fundamentos de derecho de su calificación, tener que desvirtuar los hechos y motivar la discrepancia en cuanto la interpretación del derecho».

En mi opinión, acreditado de forma adecuada el derecho extranjero, contenido, vigencia y en su caso, su sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del país, por persona capacitada, y el notario español lo es, su aseveración o informe debe vincular al Registrador (arts. 168 del Reglamento Notarial y 36 del Reglamento Hipotecario) pues, de otra manera, el usuario se vería sometido a una profunda incertidumbre e inseguridad jurídica.

3. En el supuesto aquí planteado podemos apreciar de forma nítida la diferencia existente entre testamento que puede ser válido formalmente como *documento sucesorio* pero que ha de ser «probado» y testamento *eficaz y ejecutable, título sucesorio* (testamento probado —adverado— *Grant Probate*).

En materia de forma de los testamentos nuestra norma de conflicto es el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, por lo que una disposición mortis causa es válida formalmente si responde a cualesquiera de las leyes internas señaladas en el art. 1.

En los Ordenamientos incardinados en sistemas de raíz jurídica latina, la copia autorizada del testamento notarial es título sucesorio; lo es la adverbación, protocolización o depósito de otras formas testamentarias (ológrafo, secreta, cerrada) sin que esta aseveración quede desvirtuada por el hecho de que haya de ir acompañada de otros documentos, certificado de defunción y certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad. Sin embargo, en otros Ordenamientos jurídicos, el título sucesorio puede ser el testamento —incluso otorgado ante notario— más el cumplimiento de trámites adicionales tras el fallecimiento del disponente: por ejemplo, testamento notarial alemán con protocolo de apertura judicial; y existen también Ordenamientos que prevén la sustitución de todo ello por un acta de notoriedad o por un certificado sucesorio (Alemania, Suiza, Austria) o por una resolución judicial (*Grant Probate*).

Estos trámites adicionales participan de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria y su reconocimiento extrajudicial en España descansa en términos de equivalencia de funciones de la Autoridad que interviene en ellos y de equivalencia de garantías en el procedimiento. En nuestro Ordenamiento no participa de la misma naturaleza un documento calificado como documento público, porque en su confección, perfeccionamiento y efectos ha intervenido la Autoridad pública como autor del

mismo, que un documento privado con testimonio de legitimación de firmas o con testimonio de cotejo con un original.

El cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley aplicable a la forma de las disposiciones de última voluntad ha de ser íntegro. El que un testamento sea válido formalmente como disposición mortis causa no conlleva necesariamente que sea título sucesorio «bastante» para que con base en el mismo se puedan adjudicar válidamente los bienes entre beneficiarios en él designados (RDGRN de 1 de marzo de 2005). Por otro lado, no se puede dotar de mayor valor a un documento en el Estado de recepción del que tiene en su Estado de origen.

4. Como es bien sabido, en los sistemas del *Common Law* se supedita la administración y la liquidación de la herencia a la investidura de un administrador-ejecutor por una Autoridad de dicho Estado. Se aúna en la práctica la homologación judicial del testamento y el acto judicial de concesión de la administración de todo el caudal al liquidador, representante personal del causante.

El problema es que si el causante no ha dejado bienes en el Estado del Tribunal que ha de «probar» el testamento, la obtención del auto de homologación es difícil, cuando no imposible. Los regímenes de influencia anglosajona, como el del caso comentado, parten de la territorialidad y consiguiente fraccionamiento de la sucesión y de la adecuación de las normas formales a las de la Ley o Leyes que rigen el fondo de la sucesión —lugar de situación de los inmuebles— por lo que el problema es candente al colisionar su sistema con el nuestro de unidad de la herencia. ¿Qué hacer en el supuesto de imposibilidad de obtención del *Grant of Probate*?

A mi juicio, la solución dada por el notario en el supuesto de la Resolución que comentamos, consentimiento de todos los posibles interesados, es una vía intachable de resolver la sucesión de manera extrajudicial. Estamos en presencia de un contrato, los interesados unánimemente crean una situación de plena y absoluta eficacia en defecto de personas que puedan válidamente atacarla (STS de 27 de mayo de 1909 y 7 de noviembre de 1935 y Resoluciones de 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959 y 4 de mayo de 1999, así como la reciente RDGRN de 19 de octubre de 2011, *BOE* 1 de diciembre).

5. Con el Reglamento Europeo de Sucesiones, ciudadanos británicos con residencia habitual en España harán uso de la *professio iuris* —en la práctica ya lo vienen haciendo—, para que el conjunto de su sucesión se rija por la Ley de su nacionalidad-*domicile*; el proyecto del Reglamento nos recordaba que «Cuando se utilice el concepto de “nacionalidad” para determinar la ley aplicable, conviene tener en cuenta el hecho de que determinados Estados, cuyos sistemas jurídicos se basan en el *Common Law*, utilizan el concepto de «domicilio» (*domicile*) y no el de “nacionalidad” como criterio de vinculación equivalente en materia de sucesiones».

Si residen habitualmente en España donde, por hipótesis, se ubica todo su patrimonio ¿Cómo encauzar la administración y liquidación de la sucesión de un británico residente en España, con todo su patrimonio en España, que ha optado por la Ley de su nacionalidad-*domicile*? Como en el caso comentado, nos podemos encontrar sin Tribunal competente en el Reino Unido.

La administración y ejecución de la herencia en el *Common Law*, es institución necesaria, de Derecho público, de índole procesal y estrechamente vinculada a la competencia y Jurisdicción del Tribunal del que dimana la autoridad del *Executor* —*Personal Representative*—, lo cual no impide que en la esfera extrajudicial sus facultades sean reconocidas con relación a bienes sitos en España por nuestra concepción

universal del fenómeno sucesorio que se traduce en el plano internacional en unidad de ley reguladora del fondo de la sucesión. No obstante, no es fácil distinguir entre las cuestiones concernientes al fondo, a la sustancia de la sucesión, de las atinentes al procedimiento de liquidación, regulado por la *lex fori*.

Soy consciente de que el legislador, del Estado que sea, al resolver la cuestión de la adquisición de la propiedad o posesión de los bienes hereditarios lo hace en íntima conexión con la concepción que su Ley tiene del fenómeno sucesorio. Las leyes que transfieren la posesión o propiedad del patrimonio en bloque a los herederos se encaminan a fortalecer la posición de los propios herederos que se encuentran en una situación similar a la de su causante pero tampoco hemos de olvidar que ningún beneficiario de una disposición mortis causa está indemne ante la acción de un acreedor de la herencia, responderá al menos, con los bienes o por el valor de los bienes dispuestos a su favor, si los ha enajenado. Es principio general, «pagar antes que heredar».

La persona beneficiaria por la disposición mortis causa de un causante británico residente en España y con patrimonio en España, el cual ha hecho uso de su legítimo derecho a optar por la Ley de su nacionalidad-*domicile* como rectora del conjunto de su herencia puede resolver la sucesión de forma extrajudicial, el Reglamento europeo lo potencia (véase considerando 29). Nuestro Ordenamiento jurídico descansa en la Seguridad Jurídica preventiva, que se asienta en el Notariado y en el Sistema Registral con sus principios hipotecarios y su protección a terceros y nos ofrece múltiples vías, con el objeto de evitar costes y dilación de trámites y situaciones claudicantes. Así, por ejemplo, el otorgamiento de testamento ante Notario español es buen comienzo y mejor fin; el designado en testamento español se adjudicará los bienes del causante sitos en España con base al mismo; se puede prever en testamento el nombramiento de albacea —que puede ser el propio beneficiario o un tercero— con las facultades que le confiere la Ley sucesoria, y en el marco de la revitalización de la Jurisdicción voluntaria se puede hacer uso eficaz del beneficio de inventario a través de cauce notarial, con el fin de que la herencia persista unida en garantía de los acreedores hasta la puesta a disposición y entrega del remanente al beneficiario, ello sin merma de la activación de mecanismos de publicidad a los que alude el considerando 46 del Reglamento.

Inmaculada ESPÍNEIRA SOTO
Notaria de Santiago de Compostela