

B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA 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 EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—1.1. Derecho a un proceso justo.—1.2. Derecho al respeto de la vida privada y familiar y derecho a la intimidad personal.—2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—2.1. Competencia externa de la Unión Europea.—2.2. Ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001.—2.3. Competencia judicial internacional.—2.4. Reconocimiento y ejecución de resoluciones.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—3.1. Competencia judicial internacional.—4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—4.1. Menores. Responsabilidad parental.—4.2. Procesos matrimoniales.—4.3. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: accidente de circulación.—4.4. Sucesiones internacionales.—4.5. Dimensión interna del sistema de DIPr:

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1.1. Derecho a un proceso justo

2015-1-Pr

EXEQUÁTUR—Sentencia en rebeldía.—Derecho a un proceso justo.—Presunción de equivalencia (test *Bosphorus*).—Art. 34.2 Bruselas I y margen de apreciación de las autoridades nacionales.—Relaciones UE/CEDH.

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2014-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas durante el año 2014. Colaboran en la presente crónica: Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Ángel Espiniella Menéndez, Josep Fontanellas Morell, Carmen García Mirete, Cristina González Beilfuss, Mónica Guzmán Zapater, Lerdys Heredia Sánchez, Mónica

STEDH de 25 de febrero de 2014, Avotiņš c. Letonia (demanda núm. 17502/07).**F.: hudoc.echr.cie.int.**

Normas aplicadas: Art. 6 CEDH; art. 34.2 Reglamento Bruselas I

47. [...] el solicitante alega la violación, por parte del Tribunal Supremo, del art. 34.2 del Reglamento [...]. En este sentido el Tribunal recuerda que en virtud del art. 19 del Convenio su competencia se limita a asegurar el respeto de los derechos y libertades garantizados por el Convenio mismo y sus Protocolos [...] la competencia del TEDH se limita al control del respeto de las exigencias del art. 6.1 del Convenio en el caso concreto. Por lo demás, el Tribunal ha establecido que la protección que ofrece la UE a los derechos fundamentales es equivalente a la que garantiza el Convenio (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [GC], no 45036/98, §§ 160-165, CEDH 2005-VI).

49. [...] conforme al Preámbulo del Reglamento Bruselas I, el texto se fundamenta en el principio de «confianza mutua en la justicia» en el seno de la UE, lo que implica que la declaración de exequátur deba ser otorgada de forma quasi automática, tras un simple control de los documentos presentados, sin que el tribunal requerido pueda apreciar de oficio algún motivo de no ejecución de los previstos en el Reglamento. En este contexto, el Tribunal subraya que la ejecución por los Estados de las obligaciones que derivan de su pertenencia a la UE es de interés general [...]; el Tribunal Supremo debía, en consecuencia, asegurar un rápido reconocimiento y ejecución de la decisión chipriota en Letonia.

51. [...] el solicitante ni siquiera ha intentado recurrir con la decisión de 24 de mayo de 2004 del tribunal de distrito de Limassol. Las razones que argumenta no convencen al Tribunal. [...] el requirente, asesor en materia de inversiones, es prestatario de una sociedad chipriota; ha firmado un documento de reconocimiento de deuda regido por el Derecho de Chipre, con una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de Chipre. Ya que ha asumido esta responsabilidad contractual voluntariamente, debía esperar de él que se informara [...] de las consecuencias jurídicas de un impago, incluyendo las reglas procedimentales vigentes en Chipre [...] en estas condiciones el Tribunal estima que el solicitante ha perdido en virtud de su propios actos la oportunidad de alegar el desconocimiento del derecho chipriota, y que le competía a él aportar la prueba de la inexistencia o de la ineficacia de cualquier recurso —cosa que no ha hecho ni ante el Tribunal Supremo letón ni ante este Tribunal—.

Nota. 1. La pregunta por el respeto de los requisitos del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH o Convenio) por parte de los Estados miembros de la UE en el contexto del Reglamento Bruselas I es ya un tópico en la aplicación de este último. De él se ha ocupado el TJUE en diversas ocasiones. La sentencia que comentamos también la aborda. El TEDH ha seguido el enfoque conocido como *Bosphorus* (REQUEJO ISIDRO, M., «On Exequatur And The ECHR: Brussels I Regulation Before The ECtHR —ECtHR, 25.2.2014— n.º 17502/07», pendiente de publicación en *IPRax*), adoptado al hilo del caso *Bosphorus v. Ireland*, de 30 de junio de 2005, en el que el

Herranz Ballesteros, Pilar Jiménez Blanco, Raúl Lafuente Sánchez, Nerea Magallón Elósegui, Javier Maseda Rodríguez, Pedro A. De Miguel Asensio, Cristian Oró Martínez, Alfonso Ortega Giménez, Marta Requejo Isidro, Elena Rodríguez Pineau, de las Universidades de Alicante, Barcelona, Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid, Deusto, Miguel Hernández de Elche, Oviedo, Santiago de Compostela, Lleida y UNED, y del *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*.

TEDH sentó una presunción de adecuación entre la normativa de la UE y el Convenio. En *Avotiņš* el TEDH concluyó la ausencia de violación del art. 6 CEHR. La decisión fue adoptada por una mayoría de cuatro jueces contra tres. La opinión disidente se apoya en varios argumentos, de los que sólo abordaremos algunos, relativos al test *Bosphorus* (2) y a la relación entre el sistema del Convenio y el de la EU (3).

2. El test *Bosphorus* parte de la premisa de que los Estados miembros de una organización internacional, a la que transfieren poderes soberanos, siguen siendo responsables por los actos de sus órganos con independencia de que los mismos sean consecuencia de su Derecho nacional o de la necesidad de respetar los compromisos adquiridos con la organización. Sin embargo, en la medida en que se entienda que esta última ofrece protección de un modo cuando menos equivalente a la que provee el CEDH, se desencadena una presunción de cumplimiento con el Convenio por los Estados, siempre que éstos carezcan de margen de discrecionalidad al satisfacer las obligaciones derivadas de su pertenencia a la organización. En *Avotiņš* es la cuestión del margen de discrecionalidad lo que discuten por los jueces disidentes, en concreto en relación con el art. 34.2 RBI.

Si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TJUE sobre dicho precepto, las dudas sobre si queda o no cierto margen de acción a las autoridades nacionales tienen cierto fundamento. El art. 34.2 es una norma compuesta; su aplicación requiere tres condiciones: una resolución dictada en rebeldía (no se discute en el presente caso), la entrega al demandado de la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, y que el demandado no haya recurrido la resolución cuando hubiera podido hacerlo. El juez requerido mantiene cierto poder de decisión en lo que se refiere a la entrega de la cédula o equivalente, en la medida en que conforme al TJUE (*Pendy Plastic*, STJ de 15 de julio de 1982, asunto 228/81) no está vinculado por las apreciaciones del juez de origen en este sentido. La diferencia entre esta situación y la que subyace a la decisión del TEDH en el caso *Po-lyse v. Austria*, de 18 de junio de 2013, no puede ser ignorada.

Por lo que se refiere a las consecuencias de la falta de recurso de la decisión dictada en rebeldía, el TJUE ha señalado en *Apostolides* (STJ de 28 de abril de 2009, asunto C-420/07) que «el reconocimiento o la ejecución de una sentencia dictada en rebeldía no puede denegarse, conforme al art. 34, núm. 2, del Reglamento núm. 44/2001, cuando el demandado ha podido interponer un recurso contra la resolución dictada en rebeldía y dicho recurso le ha permitido alegar que la cédula de emplazamiento o el documento equivalente no le habían sido entregados de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse». En otras palabras, lo que cuenta es el remedio existente en el Estado de origen. El TJUE ha aportado también pautas sobre circunstancias que impiden a un demandado recurrir en origen y que son relevantes para el art. 34.2: en concreto, es preciso que se notifique al deudor la decisión a fin de que tenga conocimiento de su contenido, por cuanto sólo eso le permite preparar su defensa; el demandado no está obligado a llevar a cabo nuevas actuaciones que vayan más allá de la diligencia normal en la defensa de sus derechos, tales como informarse del contenido de una resolución dictada en otro Estado miembro (STJ de 10 de diciembre de 2006, asunto C-283/05, *ASML*). En este contexto también hay cierto margen de apreciación para el juez del Estado requerido: de entrada, porque lo mismo que ocurre con la condición de entrega de la cédula o similar notificando la demanda, lo que se requiere ahora es que la resolución judicial haya sido comunicada en tiempo suficiente y de un modo que haya permitido al demandado preparar su defensa; y eso se valora por el juez requerido sin estar vinculado por lo que opine el de origen. Por

otro lado, en *ASML*, el TJUE ha ofrecido un ejemplo de lo que es una «diligencia normal» del demandado, pero más allá de ello hoy todavía será cada autoridad nacional la que deba fijar el estándar a la luz de las circunstancias del caso concreto.

La conclusión de lo expuesto es que el art. 34.2 RBI, desde la perspectiva de la discrecionalidad o margen de acción dejado a los Estados miembros en su aplicación, es un precepto de carácter mixto. Por este motivo la opinión minoritaria en *Avotiņš* tenía razón en sus dudas sobre la aptitud del caso para la aplicación del test *Bosphorus*. El TEDH debería al menos haber aportado una explicación sobre este punto.

3. Tanto el TJUE como el TEDH trabajan hacia una coexistencia armoniosa de los sistemas europeos de protección de los derechos fundamentales. Ambas instituciones tratan de promover la convergencia: el TJUE lo hace incorporando la jurisprudencia del TEDH en la suya (véase STJ de 8 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*). Por su parte, el TEDH se hace eco de preocupaciones que son propiamente europeas (de la UE) considerándolas como intereses generales aptos para actuar como límites de los derechos individuales. En *Avotiņš* el TEDH da el visto bueno a la decisión de los tribunales letones, a la luz del art. 6 CEDH, apoyándose en la decisión *Apostolides* del TJUE. Actuando de este modo, el TEDH parece expresar su voluntad de adherirse a los estándares de la UE con el fin de evitar incoherencias. Ahora bien, si esto es así, hay que lamentar que haya sido elegida *Apostolides*, cuyos hechos subyacentes eran muy diferentes a *Avotiņš*. El TEDH conocía otras resoluciones del TJUE que habrían sido más pertinentes, como la recaída en el caso *ASML*: en ella el TJUE se refiere al grado de diligencia exigido al deudor en rebeldía en el marco del art. 34.2 RBI y, además, menciona expresamente jurisprudencia del TEDH.

En esta línea crítica también hay que acudir a la opinión disidente en *Avotiņš*, en el sentido de que cuando el TEDH acepta la ausencia de motivación de la decisión letona está haciendo una lectura del art. 6 CEDH que no se corresponde con la habitual: es menos garantista. Conforme a los jueces disidentes, el TEDH estaría aprobando la aplicación del Derecho de la UE (*in casu*, del art. 34.2 Bruselas I) por un Estado miembro contraria a la interpretación correcta en el seno del sistema al que pertenece la norma. Todo lo cual nos conduce inmediatamente a otra observación, típica en la doctrina y confirmada por la práctica: la Carta de derechos fundamentales de la UE, en particular su art. 47, ofrece un nivel de protección del derecho de tutela efectiva superior al que provee la jurisprudencia del TEDH. El caso *Avotiņš* parece ser otro ejemplo más en la misma línea.

4. En 2005 el test *Bosphorus* fue saludado como una forma de evitar y de resolver, en su caso, potenciales conflictos entre las obligaciones de los Estados miembros de la UE en tanto que tales, y los compromisos que pudieran haber asumido como partes en el CEDH. Sin embargo numerosas cuestiones quedaron abiertas, como por ejemplo qué margen de apreciación en manos de las autoridades nacionales en la implementación del Derecho de la UE determina la inaplicabilidad de la presunción. Casi diez años después las incertidumbres se mantienen; aunque el TEDH ha aportado alguna luz a través de sus pronunciamientos, otras decisiones poco claras han conducido al resultado contrario. En este contexto, *Avotiņš* parece pertenecer a este segundo grupo.

Avotiņš suscita también algunas reflexiones sobre el sistema de libre circulación de decisiones del Reglamento Bruselas I (también del Reglamento Bruselas I *bis*). El TEDH ha realizado una lectura contextualizada del derecho a la tutela judicial efectiva en casos transfronterizos en el seno de la UE, aceptando que la rápida y efectiva

ejecución de las resoluciones de unos Estados miembros en otros es un interés general válido en tanto que límite al derecho contemplado en el art. 6 CEDH. La diferencia de trato en relación con la decisión *Pellegrini c. Italia*, de 20 de julio de 2001, no necesita ya mayor explicación. En cambio, es menos seguro que quepa extraer de *Avotiņš* otras enseñanzas para el sistema del Reglamento Bruselas I bis: en particular, por lo que se refiere a la concentración de los controles procedimentales en el Estado de origen y la supresión del exequátur. Creemos que es demasiado osado ver en la referencia del TEDH a la decisión *Apostolides* una aceptación de la concentración de las garantías del art. 6 en el Estado de origen. Igualmente, el hecho de que la no violación del art. 6 se ligue en *Avotiņš* a la falta de diligencia del deudor no debe ser entendido como aprobación implícita por parte del TEDH de que en el futuro todo freno al reconocimiento/exequátur descansará sobre la parte interesada.

Finalmente, *Avotiņš* refleja una actitud muy tolerante del TEDH, que de manera clara intenta evitar poner en riesgo una disposición europea, prefiriendo adherirse una vez más a los esfuerzos por facilitar la coexistencia de los dos sistemas. Es posible que esto sea lo mejor para lograr una relación fluida entre ambos, pero es discutible que sea lo óptimo desde la perspectiva de la protección del derecho de tutela efectiva de los individuos.

Marta REQUEJO ISIDRO
Max Planck Institute Luxembourg
for International, European and Regulatory Procedural Law
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.01>

1.2. Derecho al respeto de la vida privada y familiar y derecho a la intimidad personal

2015-2-Pr

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.—Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

Preceptos aplicados: art. 8 del CEDH.

Sentencia del TEDH (Sección 3.^a), de 3 de junio de 2014. *López Guió c. Eslovaquia*.

F.: *hudoc.echcr.cie.int*.

En relación al sistema procesal existente en Eslovaquia para el Convenio de La Haya bajo el que se siguió e presente asunto como resultado de la Sentencia del Tribunal Constitucional, la Corte destaca en particular la opinión expresada por el Presidente del Tribunal de Distrito de Bratislava [...] que puede ser entendida como una sugerencia de que existe un problema sistémico en las apelaciones y las apelaciones extraordinarias sobre cuestiones de Derecho que se permiten en los procedimientos de retorno, con el subsiguiente efecto de negar el objetivo y propósito del Convenio de La Haya.

La remisión del presente caso a los tribunales ordinarios implicó un mayor tiempo para su resolución, lo que en este tipo de asuntos es de importancia para el buen fin de los procesos. La desestimación definitiva de la pretensión del demandante en aplicación del Convenio de La Haya da fe de esta premisa, como, de hecho, lo hace [también] la parte relevante de los argumentos del Gobierno [planteados] ante la Corte.

Como consecuencia de todo ello, el estatus del niño no ha sido establecido por ningún tribunal, los de Eslovaquia sin competencia para hacerlo y los de España sin tener la posibilidad práctica de hacerlo; un estado de cosas que no puede decirse que haya sido en favor del interés superior del niño.

Las consideraciones anteriores son suficientes para que la Corte concluya que el Estado demandado no ha asegurado al demandante el derecho al respeto de su vida familiar dotándole de procedimientos para el retorno del niño en el marco del Convenio de La Haya, de conformidad con las exigencias del art. 8 del Convenio.

[...] Las anteriores consideraciones son suficientes para que el Tribunal concluya que el Estado demandado no garantizó al demandante el derecho al respeto a la vida privada y familiar proporcionándole los procedimientos para la restitución del menor al amparo del Convenio de La Haya en cumplimiento de los requisitos del art. 8 del CEDH.

Nota. 1. De nuevo un supuesto de sustracción internacional de menores llega al TEDH con motivo de la reclamación por el demandante de la violación del respeto a su vida privada y familiar recogido en el art. 8 del CEDH. Los datos del caso son: un matrimonio entre un español y una nacional eslovaca establece su residencia en España donde tienen un hijo. La madre se traslada a su país de origen junto con el menor cuando éste contaba con catorce meses de edad con la intención de no regresar a España. El progenitor inmediatamente denuncia la sustracción del menor ante la Autoridad central española, a través de los mecanismos del Convenio de La Haya de 1980, y posteriormente inicia el procedimiento de restitución ante las autoridades eslovacas. Por su parte la progenitora presenta una demanda ante la autoridad eslovaca para que resuelva en relación a la patria potestad y a la responsabilidad sobre el menor.

En el supuesto, que finalmente llega al TEDH, se diferencian dos bloques de actuaciones: la intervención de las autoridades nacionales eslovacas en relación a la solicitud de restitución del menor a España y la posición del TEDH.

2. Los procesos ante las autoridades eslovacas pueden dividirse en dos fases: *a)* En una primera fase estarían comprendidos los procedimientos que finalmente derivaron en la orden de devolución del menor a España. Desde nuestra perspectiva el conocimiento mostrado por dichas autoridades en relación a los textos y su aplicación merece una valoración positiva. A lo largo de los procesos llevados a cabo en Eslovaquia el Tribunal subsana el error que comete en cuanto a la audiencia de la madre, quien finalmente y a través de su abogada hace extensas alegaciones; si bien, no se procede a escuchar al menor (entonces no llegaba a los dos años) al no comparecer en el proceso el departamento social, designado como representante legal del niño. *b)* En la segunda fase estarían incluidos tanto los recursos e instancias a los que la madre acude, como finalmente el proceso que, tras anular la orden de devolución anterior, desembocaría en una orden de no restitución del menor a España. Esta última decisión se produce con motivo de la remisión del asunto al Tribunal de primera instancia para que estableciera las opiniones del menor según su edad y madurez (el menor había cumplido los tres años), todo ello por mandato del Tribunal Supremo al tener en cuenta las valoraciones recibas por el Tribunal Constitucional. Es evidente que para la nueva decisión del Tribunal de primera instancia eslovaco el factor tiempo transcurrido, la integración y la importancia de que la madre no pudiera regresar a España con el menor, por su precaria situación económica, fueron elementos claves para determinar, conforme expresa el Tribunal, que en este caso se producía la causa de excepción al retorno contenida en el art. 13.2 (b) del Convenio de La Haya. Y esto último aunque se hayan propuesto las medidas que vendrían a garantizar el regreso

seguro del menor a España, en base al art. 11.4 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003; dichas medidas se estimaron insuficientes por las autoridades eslovacas (muy bien explicada la evolución del contexto actual en el que se aplica el Convenio de La Haya de 1980 y sus consecuencias véase RODRÍGUEZ PINAU, E., «El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (Nota a X. Letonia)», *RGDE* 33 (2014); HERRANZ BALLESTEROS, M., «Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción de menores», *REDE*, 44, 2012, pp. 41-60).

3. Llegados a este punto es cuando el progenitor demanda ante el TEDH para que se pronuncie en torno a si las autoridades nacionales del Estado demandado garantizaron o no con su actuación el respeto a la vida familiar, derecho establecido en el art. 8 del CEDH. El demandante específicamente se queja de que los procesos de restitución arbitrados por el Convenio de La Haya de 1980, y que como se ha analizado transcurren en el Estado al que el menor ha sido trasladado, son interferidos por la actuación del Tribunal Constitucional eslovaco, siendo privado del contacto con su hijo durante un periodo largo de tiempo.

4. Frente a la obligación negativa de no injerencia por parte de las autoridades públicas en la vida privada y familiar del individuo, el TEDH recuerda el necesario cumplimiento de las obligaciones positivas impuestas a los Estados contratantes para el efectivo respeto del art. 8 del CEDH. Obligaciones que deben de ser interpretadas a la luz del Convenio de La Haya de 1980 y de los Convenios sobre derechos del menor. En los supuestos de sustracción, y conforme al Convenio de La Haya de 1980, la *celeridad* es una obligación primordial en la resolución de estos casos. En este asunto en concreto revisada en varias instancias la orden de restitución adoptada por las autoridades judiciales nacionales, abiertos recursos ante el Tribunal Supremo, e incluso interrumpida la orden de ejecución de restitución en varias ocasiones, es cuando a instancia de la sustractora interviene el Tribunal Constitucional. Y aunque su pronunciamiento no fuera sobre la pretensión de fondo del ahora demandante —la restitución—, sí que influyó posteriormente en la decisión final que ordenara la permanencia del menor en Eslovaquia. En este sentido recuerda el TEDH que en la justa ponderación de los intereses en conflicto —los del menor, los de los progenitores y el orden público—, «[...] el mejor interés del menor es la consideración primordial, y que los objetivos de prevención y restitución inmediata corresponden a un concepto específico de mejor interés del menor».

En esa justa ponderación de intereses hay que tener en cuenta que el procedimiento ante el Tribunal Constitucional transcurre sin la posible comparecencia del progenitor dado que incluso no había medio o canal por el cual éste —que no era ni demandado ni demandante— pudiera tener conocimiento de tal procedimiento. Es evidente que un tercero con un interés legítimo, como lo era el progenitor, no pudo intervenir en el citado procedimiento.

5. Desde nuestra perspectiva hay dos ideas finales: primera, la decisión del TEDH en el asunto *López Guió* se une a un nutrido grupo de sentencias en las que el TEDH ha venido a mejorar en interpretación del CEDH la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en los Estados contratantes estableciendo, por ejemplo, cómo la falta de reglas para asegurar el retorno de los menores, la obligación de actuar de oficio por parte de las autoridades, o las dilaciones en los procedimientos que venían a consolidar situaciones ilícitas por el transcurso del tiempo, eran contrarios a la filosofía del Convenio y vulneraban el art. 8 del CEDH [asuntos como *Ignaccolo Zenide (RIZ) c. Rumanía*, *Marie c. Portugal*, *Iglesias Gil y A.U.A. c. España*]. Ahora bien, como segunda

idea, habría que reflexionar si el recurso al TEDH en estos casos no se ha hecho más habitual de lo deseado.

6. En definitiva, en este caso concreto los mecanismos arbitrados por el sistema interno eslovaco no permiten canalizar un sistema adecuado de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980 —obstaculizando su efecto y propósito— y no garantizando al demandante el respeto a su vida privada y familiar contenido en el art. 8 del CEDH.

Mónica HERRANZ BALLESTEROS
UNED

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.02>

2015-3-Pr

FILIACIÓN.—Gestación por sustitución.—Inscripción en el Registro Civil.—Orden público internacional.—Derecho a la vida familiar.—Derecho a la vida privada.

Preceptos aplicados: art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.^a), de 26 de junio de 2014, asuntos núm. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, y núm. 65941/11, *Labassee c. Francia*. Presidente: Mark Villiger.

F.: *hudoc.echr.cie.int*.

Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire [...]. Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.

Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des [...] requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu.

Nota. 1. El primer semestre de 2014 marca diversos hitos jurisprudenciales en el ámbito de la gestación por sustitución que, si bien próximos en el tiempo, son distantes en la solución. En España, la STS de 6 de febrero de 2014 invocó el orden público internacional para rechazar la filiación establecida por esta vía (*REDI*, 2014-28-Pr, pp. 273-277, con nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ). Poco después, se dictan las sentencias del TEDH objeto de este comentario que limitan esta invocación como causa de rechazo a las filiaciones ya determinadas conforme a una ley extranjera. En el origen de dichas decisiones se encuentra la negativa de las autoridades francesas a la inscripción en el Registro civil de aquel país de las niñas nacidas en Estados Unidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución y cuya filiación había sido establecida por los tribunales norteamericanos a favor de dos matrimonios franceses. Se cuestiona

ante el TEDH la supuesta vulneración que esta decisión produce en el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, mostrándose el Tribunal Europeo contrario a admitir una violación del derecho a la vida familiar de los padres intencionales, pero admitiendo que sí se produce una infracción en el derecho a la vida privada de los menores.

Frente a su jurisprudencia anterior (Sentencia de 28 de junio de 2007, asunto *Wagner c. Luxemburgo* y en la Sentencia de 3 de mayo de 2011, asunto *Negrepontis-Giannissi c. Grecia*), basada en la protección de la vida familiar y la protección de las expectativas legítimas para el reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero, el TEDH toma ahora otro referente: no el de los padres intencionales y sus derechos, sino el interés del menor en el caso concreto y la protección de su derecho a la vida privada.

2. El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución en el extranjero no produce una vulneración del derecho a la vida familiar de los padres intencionales, en la medida en que, en todo caso, los menores permanecerán con los padres intencionales y se mantendrá, por tanto, la convivencia habida hasta la fecha. Tal conclusión es plenamente consecuente con la consolidada línea jurisprudencial del TEDH basada en una concepción fáctica de las relaciones familiares. Siendo, por tanto, el objeto del art. 8 CEDH la familia de facto, no resulta necesario ni exigible, desde la perspectiva de la protección de la vida familiar, el reconocimiento de un vínculo jurídico de filiación, siendo posible cualquier otra vía que no conlleve la separación de los menores de los padres intencionales con los que lleva conviviendo desde el principio. En este mismo contexto se sitúa también la STS de 6 de febrero de 2014, que expresamente trata de salvar la situación generada *ex post* con la situación del menor buscando medidas alternativas que, de hecho y de Derecho, acaben posibilitando el mantenimiento del menor en el ámbito de la «familia» intencional. Por ello, es difícil derivar automáticamente una vulneración del derecho a la vida familiar por el rechazo al reconocimiento de la filiación por gestación por sustitución.

3. El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución sí produce, sin embargo, una vulneración en el derecho a la vida privada de los menores. Tal es la principal conclusión del TEDH. Se parte de la filiación como uno de los elementos que integran la identidad y, desde esa perspectiva, el tratamiento que se le dé al vínculo jurídico sí resulta relevante en esta sede. En esta vertiente del derecho a la identidad, la aproximación ya no se realiza desde la perspectiva de los padres intencionales sino desde la del interés del menor. Y es aquí donde se evidencian las dificultades derivadas del rechazo al reconocimiento de la filiación ya establecida en Estados Unidos: los mismos menores serán considerados hijos de los padres intencionales desde la perspectiva del Derecho norteamericano (conforme a la legislación de California o de Minnesota, según los casos) y, sin embargo, verán negada tal cualidad en el Estado de acogida (Francia, en el asunto *Menesson*, o España, en el asunto del TS). Este hecho determina una infracción del derecho a la identidad única del que se derivan diversas consecuencias, tal y como expone el propio TEDH, entre ellas en relación con la adquisición de la nacionalidad o los derechos sucesorios. Es cierto que en los casos *Menesson* y *Labassee* concurre la circunstancia de que uno de los padres intencionales es, además, padre biológico, lo que acentúa la vulneración del derecho a la identidad de los menores si se rechaza el reconocimiento del vínculo jurídico de la filiación. Ahora bien, tal circunstancia no justifica una lectura reduccionista de esta nueva jurisprudencia, que limite su alcance a un mero refrendo de la filiación por gestación por sustitución cuando ésta tiene un

origen biológico. Debe hacerse y está justificada una lectura más ambiciosa de estas sentencias, dado que el criterio sentado del derecho a la identidad única se establece como categoría general y con manifestaciones concretas, por ejemplo para el ámbito de los derechos sucesorios de los menores, al margen de la existencia o no de vínculo biológico con los menores.

4. Pero el impacto de esta nueva línea jurisprudencial también supone una «desactivación» de las consecuencias del posible fraude cometido por los padres intencionales cuando escapan de su Derecho para ir a la búsqueda de un paraíso gestacional. Es cierto, y así ha sido destacado, que de la jurisprudencia del TEDH se derivaba hasta ahora una protección del reconocimiento de las relaciones constituidas en otros Estados, pero en las que subyacía el condicionante de una expectativa legítima de las partes en que dicho reconocimiento fuera a poder producirse [KINSCH, P., «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad - Private International Law Rules and European Human Rights Law», en BOELE-WOELKI, K. *et al.* (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr*, Países Bajos, Eleven International Publishing, 2010, pp. 259-275, especialmente pp. 272 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en FORNER DELAYGUA, J. *et al.* (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90, p. 89]. Con la jurisprudencia *Menesson* pierde fuerza el criterio de la expectativa legítima de los padres intencionales como condición para el reconocimiento de las relaciones ya constituidas. El TEDH entiende que la sanción por una filiación creada en fraude de ley por los padres intencionales no puede suponer un rechazo al reconocimiento de dicha filiación en el Estado de acogida, en la medida en que ello afecta directamente a la vida privada de los menores.

5. Esta jurisprudencia puede suponer un cambio de paradigma en materia de gestación por sustitución en el Derecho europeo pues, si bien no se deduce de ella que deba permitirse o regularse tal práctica en la normativa estatal, sí parece claro que la libertad legislativa de los Estados tiene límites que el Tribunal puede controlar a efectos de proteger el interés de los hijos nacidos por estas prácticas (PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P., «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *REDE*, 2014, núm. 51, pp. 9-44, pp. 38 y ss.).

El primer impacto evidente de esta jurisprudencia se ha hecho ya notar en un «retorno» a la Instrucción DGRN, de 10 de octubre de 2010, a partir de las directrices establecidas por el Ministerio de Justicia en julio de 2014 (VELA SÁNCHEZ, A. J., «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español», *La Ley*, núm. 8415, de 6 de noviembre de 2014), asumiendo expresamente la incidencia de la jurisprudencia del TEDH y neutralizando una posible consolidación de la línea abierta por el TS en su Sentencia de 6 de febrero de 2014.

El segundo impacto se verá en relación con la tramitación de la, enésima, reforma del Registro Civil que reitera un planteamiento restrictivo respecto al reconocimiento de la filiación por gestación por sustitución (el art. 44, apdo. 7 de la Ley de Registro Civil en la versión del Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, *BOCG*, núm. A-101-1, de 23 de junio de 2014). La analizada jurisprudencia *Menesson* también incidirá, sin duda, en la tramitación de este Proyecto y así parece haberse asumido por el Ministerio de Justicia que ha anunciado una «autoenmienda» a este Proyecto precisamente para

adecuarlo a la jurisprudencia TEDH (cfr. Diario de Sesiones, *BOCG*, núm. 248, de 11 de diciembre de 2014, p. 30).

La realidad de los hechos, el contexto social, la tendencia en Derecho comparado y ahora también la jurisprudencia del TEDH conducen al mismo resultado, que es la inevitable asunción de la gestación por sustitución también en nuestro Derecho. Ahora sólo queda por decidir el cómo.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.03>

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

2.1. Competencia externa de la Unión Europea

2015-4-Pr

CONVENIOS INTERNACIONALES.—Competencia exclusiva de la UE.—Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.—Aceptación de la adhesión de nuevos Estados parte.

Preceptos aplicados: arts. 3.2, 218.1, 218.11, 258 TFUE; Reglamento 2201/2003.

Tribunal de Justicia (Gran Sala), Dictamen 1/2013, de 14 de octubre de 2014.
Ponente: J. Malenovský.

F.: *curia.europa.eu*.

La aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, es competencia exclusiva de la Unión Europea.

1. De nuevo un Dictamen del Tribunal de Justicia que afecta a un Convenio de DIPr vuelve a ofrecernos una oportunidad singular para valorar el reparto concreto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros respecto de relaciones con terceros Estados. Un tema jurídico y político se ha resuelto en términos poco jurídicos o, por ser más ajustado a la valoración que me propongo hacer, poco convincentes en términos jurídicos. Se trata del Dictamen 1/13 del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 14 de octubre de 2014, por el que el TJ estableció que la aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980, es competencia exclusiva de la Unión Europea. La respuesta y los argumentos que la sustentan no son en modo alguno originales. El Dictamen del Tribunal 1/03, de 7 de febrero de 2006, sobre Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano, había abierto una gran puerta a respuestas de este estilo.

La Comisión había adoptado ocho propuestas de Decisión del Consejo relativas a las declaraciones de aceptación por parte de los Estados miembros de otras tantas adhesiones de terceros Estados al citado Convenio de La Haya. Dado que se trata de un Convenio al que la Unión no puede adherirse, pues esta posibilidad no se contempla, y dado que la Unión habría regulado la materia contemplada a través del Reglamen-

to 2201/2003, la Comisión entendía que existía una competencia externa exclusiva de la UE. El Consejo, por contra, consideró que no estaba obligado a adoptar tales propuestas, pues la UE no tenía competencia exclusiva sobre el tema. En este punto, la Comisión solicitó el pronunciamiento del TJ.

Será éste, como aquel Dictamen sobre el nuevo Convenio de Lugano, objeto de análisis sin duda más pausados de los que en el estrecho marco de esta nota voy a realizar, aunque la brevedad y la urgencia no creo que desmientan el balance de que la voluntad claramente expansiva de las competencias exclusivas de la UE que confirma el TJ se aprecia tanto en cómo liquida las potenciales razones de inadmisibilidad de la solicitud (2), cuanto en con qué ligereza aborda las razones de fondo (3 a 5).

2. El art. 218.11 TFUE señala que «un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier *acuerdo previsto...*». El Consejo y otros Estados miembros consideraron que este precepto no autorizaba la presentación y la admisión de la solicitud de dictamen, pues ésta no se refiere ni a un «acuerdo», ni a un acuerdo «previsto», ni a un acuerdo previsto de la «Unión» (dice el art. 218.1 TFUE que «para la negociación y celebración de acuerdos *entre la Unión y terceros países* u organizaciones internacionales se aplicará el procedimiento siguiente») y sólo pretendería utilizar una puerta falsa para eludir la vía del recurso por incumplimiento del art. 258 TFUE frente a las singulares aceptaciones que se vendrían produciendo por parte de Estados miembros ante las adhesiones de terceros Estados a este Convenio (300, según el Dictamen, desde la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003).

El TJ rechaza las cuatro objeciones a la admisibilidad del Dictamen, en los puntos 37 a 55 del mismo. Lo hace asumiendo una interpretación abiertamente amplia y no formalista de los requisitos previstos en el reproducido art. 218 TFUE con la que puede estarse de acuerdo o no (puesto que, a mi juicio, también caben interpretaciones más estrictas) pero que es una de las posibles. Desde un punto de vista estrictamente literal, la mayor objeción sería aquella que se refiere a que, en puridad, el Dictamen no versa sobre ningún acuerdo de la Unión Europea con un tercer Estado. Sin embargo, una perspectiva funcional nos dice que ello no debería ser un obstáculo, puesto que lo que se pretende es deslindar la competencia entre Estados miembros y UE para otorgar un consentimiento internacional respecto de concretas obligaciones (las del Convenio de La Haya), en relación con terceros Estados (los nuevos adherentes, o alguno de ellos), y el hecho de que esta obligación pueda ser asumida de forma inmediata o directa por la UE o de forma mediata, a través de sus Estados miembros, no creo que sea decisivo. En otras palabras, que un convenio internacional prevea o no la participación de la UE (o genéricamente de una «organización regional de integración económica»), no puede cambiar ni quién ostenta la competencia, ni la posibilidad de que, ante la duda, se pronuncie el TJ. Si damos por buena esta idea, una aceptación contiene un acuerdo y en tal acuerdo está previsto que hay que aceptar.

Y, por último, que la Comisión pretenda desnaturalizar el procedimiento del Dictamen para tapar las vergüenzas de no haber incoado 300 procedimientos de infracción contra otras tantas aceptaciones singulares de los Estados miembros en relación con terceros Estados y el convenio controvertido, tampoco me parece causa de inadmisibilidad; los dos procedimientos tienen su propia vida y no son en modo alguno incompatibles, como señala el Dictamen en su punto 54.

Recuérdese, por último, que 11 Estados miembros más el Consejo abogaban por la inadmisibilidad.

3. Entrando en el fondo, el marco jurídico viene fijado por el art. 3.2 TFUE, a cuyo tenor y en lo que interesa a este caso, «la Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional [...] en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas». A mi juicio, el TJ no ofrece ninguna prueba de que cuando un Estado miembro acepta la ratificación del Convenio sobre secuestro de menores por parte de un tercer Estado se pueda estar afectando o alterando normas comunes, como en este caso serían las del Reglamento 2201/2003. Tan sólo aprecio un supuesto *hipotético* relevante. Es el que cierra, precisamente, el razonamiento del TJ en el punto 89 del Dictamen: hay un riesgo de menoscabo de aplicación uniforme y coherente del Reglamento 2201/2003 cuando la situación de sustracción internacional afecte a un tercer Estado y a *dos Estados miembros*, uno de los cuales hubiera aceptado la adhesión del tercer Estado y el otro no. Lamentablemente, ni el Dictamen ni la más detallada opinión del abogado general ofrecen ningún ejemplo en el que se produzca esta afectación. Además, me interesa destacar que se trata de un supuesto hipotético que en modo alguno es resultado del previo razonamiento del TJ sobre el fondo en los puntos 65 a 88 del Dictamen, donde se analizan secuencialmente la concordancia de los ámbitos afectados (4) y el susodicho riesgo de afectación de normas comunes (5).

4. El TJ se siente cómodo aplicando la plantilla de la afectación, que pasa, según su propia jurisprudencia (que no según la letra del art. 3.2 TFUE), por analizar si el contenido de los acuerdos fiscalizados están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de las normas potencialmente afectadas. El hecho de que el Reglamento de forma inequívoca reciba el contenido del Convenio, lo incorpore (y lo modifique en las relaciones *ad intra*), es una evidencia que no admite discusión, aunque no sé si es suficiente para derivar la conclusión que le apareja el TJ: hay que estar de acuerdo con que las reglas (en especial del art. 11 del Reglamento) constituyen un «conjunto normativo indivisible» junto a las reglas del Convenio (punto 78 del Dictamen), aunque, no debe olvidarse —y el TJ lo soslaya—, aplicables a los procedimientos de menores «trasladados ilícitamente dentro de la Unión» (mismo punto 78).

A los efectos tópicos, estéticos, si se quiere, yo hubiese concluido ahí el análisis. No es de recibo seguir enumerando, en opinión del TJ, «reglas de base análogas», que no lo son: el tratamiento del derecho de visita no tiene nada que ver en uno y otro instrumento, como nada tiene que ver el supuesto específico del art. 11.8 del Reglamento en relación con el art. 42 del mismo, o la previsión del art. 41 para el Derecho de visita (punto 82 del Dictamen). Digamos, sin más, que el Convenio no prevé ningún tipo de reconocimiento de resoluciones (ni con procedimiento ni sin procedimiento intermedio como en el caso de las dos últimas normas citadas); digamos también, que el Convenio no prevé ninguna norma de competencia judicial internacional (presupuesto básico del art. 11.8 del Reglamento).

Si al analizar la «concordancia de los ámbitos [potencial o presuntamente] afectados», en los términos empleados por el Tribunal, nos quedamos con las materias tratadas, no cabe duda de que existe esa concordancia. Pero eso es fiscalizar solamente el ámbito material o sustantivo; quizá fuese necesario profundizar en el resto de los ámbitos y, más concretamente, en los «supuestos de hecho» regulados por la norma comunitaria y el Convenio. Quedarnos en este tipo de visiones genéricas podría llevarnos a construcciones categóricas, en función de las cuales cualquier tipo de regulación de cualquier materia por parte de la Unión (con independencia de su extensión, profundidad, mayor o menor limitación de supuestos...) quedaría fuera de la competencia de los Estados miembros. No digo que sea el caso: aquí claramente

existe un solapamiento nítido de materia (supuestos de traslado ilícito de menores) y tipo de acción (cooperación orientada al retorno).

5. En todo caso, mi disconformidad con el Dictamen se encuentra, como adelanté, en el test de afectación de las normas del Reglamento. Salvo la hipótesis no concretada del punto 89, los «argumentos» contenidos en los puntos 84 a 88 del Dictamen, a mi juicio, no lo son. Lo más concreto que encontramos es que debido al solapamiento entre las disposiciones del Reglamento y del Convenio, las disposiciones de este segundo pueden afectar a las del primero (punto 85). Esto sí es una construcción apodíctica. Y no hay ninguna otra que nos diga cuándo, cómo, por qué, las disposiciones del Reglamento se verán afectadas por «aceptaciones heterogéneas» de nuevos Estados por parte de Estado miembros (punto 88). Hay que dar por buena esta afectación porque, sencillamente, el TJ lo dice; podría haber dicho lo contrario con la misma fuerza argumental.

La opinión del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen en este punto muestra un déficit argumental similar en el fondo, aunque más detallado en la forma. No puedo dejar de señalar en lo que atañe al ámbito regulado (sobre la concordancia de los ámbitos afectados), que el abogado general incluye al art. 10 del Reglamento entre el común denominador (recordemos, es el precepto que regula la competencia judicial internacional en el caso de traslado ilícito y que no tiene parangón en el Convenio) junto con los inefables arts. 41 y 42 del Reglamento (sobre los que hay que decir lo mismo). Pero en lo que ahora nos interesa (supuestos reales de afectación), la Opinión del abogado general no se aleja de la espumosa inconcreción del Dictamen; de afectaciones hipotéticas y genéricas que no se acreditan: puntos 96, 97, 98 y 101; de hacer hipótesis de la cuestión: puntos 99, 102 y 103; o de sobrepasar el concepto de evolución *previsible* del Derecho de la Unión para fabular sobre un futuro igual de incierto que su contrario (punto 100).

Téngase en cuenta que 19 Estados miembros y el Consejo consideraban que no había competencia exclusiva externa de la UE en este caso.

6. Como dije antes, el Dictamen es digno de mayor atención que la aquí depurada. Hay, además, un dato fundamental que he deslizado en los últimos párrafos de los puntos 2 y 5: nos encontrábamos ante un nuevo pulso entre la Comisión y los Estados miembros; uno más que ha ganado la Comisión. La valoración que he hecho no es positiva, pero tampoco puede sorprender. Es una consecuencia previsible de los antecedentes; un *déjà vu* que permite no innovar al decir que se trata de un dictamen «impreciso, vago y poco razonado» [era la vieja valoración crítica de BORRÁS, A., «Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero de 2006)», *RGDE*, núm. 10, mayo de 2006; crítica que reitera al Dictamen actual en «La aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores: el Dictamen del TJUE de 14 de octubre de 2014», *La Ley Unión Europea*, 2014, núm. 21, pp. 42-46]. Pero es claro en su toma de postura. Por ello sí permite advertir de algunas consecuencias prácticas y preguntarnos por algunas incógnitas. Entre las primeras, habrá que ver la diligencia de la UE para moverse al ritmo de las adhesiones de terceros Estados, so pena de hacer un flaco favor al éxito del Convenio... y al interés de los niños. Ante un nuevo Estado parte habrá que poner en marcha el mecanismo de la autorización a los Estados miembros para que procedan a su aceptación: respecto de este Convenio esto está sucediendo continuamente. Y lo mismo habrá que prever para supuestos similares que afecten a otros Convenios. Entre

las segundas, me pregunto qué pasa con las 300 aceptaciones realizadas por Estados miembros en contravención —hoy ya lo sabemos— de la competencia exclusiva externa de la Unión. ¿Qué ocurre con esos 300 actos ilícitos? Pero ahí no acaba la cosa: es razonable pensar que esta competencia se extiende también a cualquier otro tipo de vicisitud que afecte al Convenio (por ejemplo el resto de las declaraciones previstas en sus arts. 38 y ss.) y frente a cualquier otro Convenio. Confiemos en que los deberes que lleva aparejada esta competencia se ejecuten con lealtad y con la eficiencia que requiere el dinamismo de nuestros días.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
 Universidad de Santiago de Compostela
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.04>

2.2. **Ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001**

2015-5-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Acción de reclamación de un crédito dimanante de un transporte internacional ejercitada por el síndico de una empresa en liquidación.—Delimitación entre el ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 y el del Reglamento 1346/2000.—Relación entre el Reglamento 44/2001 y los Convenios sobre «materias particulares».—Aplicación del Convenio CMR: compatibilidad de sus reglas de competencia judicial con los principios que inspiran la cooperación judicial europea en materia civil y mercantil.

Preceptos aplicados: arts. 1 y 71.1 Reglamento 44/2001; art. 31.1 Convenio CMR.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), de 4 de septiembre de 2014, asunto C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH c. «Kintra» UAB*. Ponente: M. Berger.

F.: *curia.europa.eu*.

32. [...] el art. 1, apartado 1, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se incluye en el concepto de «materia civil y mercantil», a efectos de dicha disposición, una demanda que tiene por objeto el cobro de la deuda derivada de una prestación de servicios de transporte y que ha sido formulada por el síndico de una empresa en liquidación, designado en el marco de un procedimiento de insolvencia incoado en un Estado miembro contra el beneficiario de los servicios de transporte, establecido en otro Estado miembro [...].

42. [...] el art. 71 del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que un litigio esté comprendido tanto en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento como en el ámbito de aplicación del Convenio CMR, un Estado miembro podrá aplicar, de conformidad con el art. 71, apartado 1, del mismo Reglamento, las normas en materia de competencia judicial previstas en el art. 31, apartado 1, del Convenio CMR.

Nota. 1. El caso que da pie al pronunciamiento del TJ puede resumirse como sigue: una sociedad domiciliada en Lituania —«Kintra» UAB— presta una serie de servicios de transporte a otra radicada en Alemania —Nickel & Goeldner Spedition GmbH—, que ésta no paga. Antes de reclamar judicialmente la deuda, la compañía

lituana se ve inmersa en un procedimiento de liquidación, en el curso del cual el síndico de la quiebra presenta en Lituania una demanda contra la empresa alemana por el importe debido. Ésta contesta la competencia de los tribunales lituanos —que, no obstante, se declaran competentes sobre la base de las reglas nacionales y europeas relativas a la insolvencia empresarial—, por considerar que, en un litigio de este tipo, la competencia judicial internacional debe fijarse a partir del Reglamento Bruselas I y del Convenio CMR. Recurrido en casación el veredicto del tribunal de apelación, el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* plantea al TJ, en esencia, dos cuestiones prejudiciales que abordaremos por su orden. Primera: una acción como la entablada por el síndico de la sociedad acreedora ¿cabe subsumirla en el ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 o en el del Reglamento 1346/2000? Segunda: en el supuesto de que la acción que motiva el presente comentario caiga dentro del campo de actuación del Reglamento 44/2001, ¿la aplicación que, por razón de especialidad, éste permite de las normas de competencia del Convenio CMR puede implicar una vulneración de los principios informantes de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión Europea?

2. En los dos últimos años, una parte significativa de la jurisprudencia más interesante del TJ con respecto al RBI se ha ocupado de su art. 1. Los esfuerzos para definir el ámbito material de aplicación del instrumento comunitario han ido en una doble dirección: por un lado, procurando identificar las reclamaciones que concierne a la materia civil y mercantil, por no ser de índole administrativa o fiscal (*Sapir, Sunico, flyLAL*); por el otro, tratando de precisar qué asuntos aun siendo de naturaleza civil y mercantil se ven afectados (*Schneider*) o no (*ÖFAB, Nickel*) por el catálogo de exclusiones del art. 1.2 RBI. Es evidente que el caso que nos incumbe se inscribe en esta segunda problemática, toda vez que, siendo indudable el carácter civil y mercantil de la demanda presentada, la discusión se centra en la calificación exacta de la acción ejercitada para determinar si ésta se halla dentro de la esfera de influencia del Reglamento 44/2001 o fuera de ella, al resultar absorbida por el Reglamento 1346/2000. La delimitación *ratione materiae* entre ambos instrumentos europeos es, como se ha señalado recientemente, un «*Dauerbrenner*» [MANKOWSKI, P., «Erbringung von Beförderungsdienstleistungen -Begriff der "Klage, die an ein Insolvenzverfahren anknüpft"», *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht*, 17 (2014), p. 922], esto es, un tema de debate permanente, sobre el que se ha ido pronunciando el TJ con una cierta asiduidad. Con el llamativo olvido de la Sentencia *SCT Industri* (asunto C-111/08), la resolución anotada no deja de recordarnos (apdos. 24 y 25) que el TJ ha adoptado sus decisiones en función de las hipótesis contempladas: así, ha entendido que una acción para la cobertura del pasivo ejercitada, conforme a la Ley francesa, por un síndico contra el administrador de hecho de una sociedad al objeto de exigirle responsabilidad por las deudas sociales (asunto 133/78, *Gourdain*) o que una acción revocatoria ejercitada, a tenor del Derecho alemán, por el administrador concursal para impugnar los actos realizados en perjuicio de los acreedores antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (asunto C-339/07, *Seagon*) no quedaban comprendidas en el ámbito de aplicación del CB/RBI; mientras que, por el contrario, ha estimado que una acción ejercitada contra un síndico y dirigida a la restitución de unos bienes sobre los que se había constituido una reserva de dominio (asunto C-292/08, *German Graphics*) o que una acción ejercitada por el cesionario de un crédito —resultante de una transmisión a título oneroso efectuada a su favor por un síndico como consecuencia de haber instado éste, gracias a la acción revocatoria prevista por la legislación alemana, la devolución de una cantidad abonada por la sociedad insolvente— contra el cedido —beneficiario del pago controvertido— (asunto

C-213/10, *F-Tex*) sí que estaban cubiertas por el Reglamento 44/2001. Para decantarse en uno u otro sentido, el TJ se ha basado en un «doble criterio» —apuntado en la Sentencia *Gourdain* (apdo. 4), incluido en el Reglamento 1346/2000 (cdo. 6) y recogido por la jurisprudencia comunitaria de los últimos tiempos (*Seagon*, apdo. 21; *SCT Industri*, apdo. 21; *German Graphics*, apdos. 24 y 26; *F-Tex*, apdo. 29; *ÖFAB*, apdo. 24)— según el cual solamente procede una calificación concursal respecto de las acciones que emanen directamente de un procedimiento de insolvencia y que estén estrechamente relacionadas con el mismo. En otras palabras, para reputar una acción como concursal ha de merecer dicha calificación tanto desde la perspectiva sustantiva —debe fundamentarse en la normativa concursal— como desde la perspectiva procesal —tiene que estar vinculada intensamente al procedimiento de insolvencia— (véase ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *REDI*, 2012-19-Pr, p. 227). No obstante, como reconoce la propia Sentencia *Nickel* (apdos. 26-27), el TJ normalmente ha prestado más atención al plano sustantivo que al procesal (*Gourdain*, apdos. 4-6; *Seagon*, apdo. 16; *SCT Industri*, apdos. 27-28; *German Graphics*, apdos. 31-32; *F-Tex*, apdo. 46; *ÖFAB*, apdo. 25), cosa que, en el caso que nos concierne, le lleva a indagar, antes de nada, cuál es «el fundamento jurídico de la demanda» para «dilucidar si la fuente del derecho o de la obligación que sirve de base a la demanda son las normas generales del Derecho civil y mercantil o normas especiales, propias de los procedimientos de insolvencia» (apdo. 27). Una vez identificada la acción como una que está dirigida al «cobro de la deuda derivada de una prestación de servicios en cumplimiento de un contrato de transporte» (apdo. 28), y comprobado que el derecho de crédito que la sustenta se sujeta a la normativa general y no a la concursal (apdo. 29), la conclusión va de suyo: la acción no está incluida en el ámbito material de aplicación del Reglamento 1346/2000 y sí que, en cambio, lo está en el del Reglamento 44/2001. Aun compartiendo la solución del TJ (véase NOURISSAT, C., «CMR, règlement “Bruxelles I” et règlement “insolvabilité”: petit exercice de politesse entre instruments internationaux», *Procédures*, 2014-11, *commentaire* 295), no estaría de más reflexionar, como hace MANKOWSKI, P. (*loc. cit.*, pp. 292-293), sobre los déficits del actual método resolutorio de esta clase de problemas de delimitación competencial, que, a su juicio, además de estar desfasado —data, básicamente, de 1979—, genera, por su enfoque casuístico, mucha inseguridad jurídica. En su opinión, una respuesta más sistemática sería posible si la noción de «acción vinculada al procedimiento de insolvencia» se perfilara tomando como referencia el contenido del estatuto concursal que describe el art. 4.2 del Reglamento 1346/2000.

3. La segunda cuestión en la que profundiza la sentencia comentada es la relación entre el Reglamento 44/2001 y el Convenio CMR, que ya había sido examinada por el TJ con anterioridad [as. C-148/03 (*Nürnberg Allgemeine Versicherungen*), aún en interpretación del art. 57 del CB; as. C-533/08 (*TNT Express Nederland*); y as. C-452/12 (*Nipponkoa Insurance*)]. Si bien en estos litigios se habían dirimido aspectos procesales diversos —el control de la competencia, la litispendencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones— relativos al transporte internacional de mercancías por carretera, pasando por el tamiz de los textos comunitarios todos los apartados del art. 31 CMR, nunca hasta ahora el TJ había tenido ocasión de confrontar los criterios de competencia judicial del Convenio con los de los instrumentos comunitarios en la materia. Para llevar a cabo su análisis, el TJ vierte sus argumentos uno a uno. En primer lugar, plantea la entrada en liza del CMR, prioritaria con arreglo a lo dispuesto en el art. 71.1 RBI, evocando su doctrina —sentada en la Sentencia *TNT Express Nederland* (apdos. 49-51) y reiterada en la Sentencia *Nipponkoa Insurance* (apdos. 36-38)— conforme a la cual «la aplicación, en las materias

reguladas por convenios especiales, de las normas previstas por dichos convenios no puede menoscabar los principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión Europea» (apdo. 38) [para una valoración negativa de esta condición fijada por el Tribunal que subvierte la letra del precepto, véase BORRÁS, A., «El papel del TJUE en la evolución de la Legislación y la Jurisprudencia: el caso del Reglamento Bruselas I», en ARECES PIÑOL, M. T. (coord.), *Los retos jurídicos ante la crisis*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 149-151]. En segundo término, pasa revista a las reglas de competencia judicial del Convenio con la finalidad de verificar si se ajustan a los referidos principios comunitarios, pues, a diferencia del RBI, que, en ausencia de sumisión de las partes, prevé, en materia contractual, la concurrencia del foro general del domicilio del demandado con el especial del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, el art. 31.1 CMR faculta al demandante para ejercitar alternativamente su acción ante los órganos jurisdiccionales del país de residencia habitual del demandado, los del país en el que el transportista se hizo cargo de la mercancía y los del país designado para la entrega de la misma. Sin embargo, esta discrepancia no pone en riesgo, según el TJ, el correcto funcionamiento del mercado interior, porque la divergencia regulatoria entre el RBI y el CMR es más aparente que real, como, camino de la fase conclusiva de su razonamiento, intenta demostrar a partir de las siguientes premisas: primera, el contrato de transporte es un contrato de prestación de servicios regulado por el art. 5.1.b) RBI, de forma que el lugar de cumplimiento de la obligación es el lugar de prestación del servicio (apdo. 40, que trae a colación los apdos. 29-30 de la Sentencia de 9 de julio de 2009, asunto C-204/08, *Rehder*); segunda, en esta resolución, el TJ sostuvo que, en ciertos supuestos de transporte aéreo de personas, el lugar de prestación del servicio podía ser, a elección del actor, tanto el lugar de salida como el de llegada del vuelo (*Rehder*, apdo. 43); tercera, no se advierte inconveniente en exportar esta pauta interpretativa al transporte de mercancías por carretera (*Nickel*, apdo. 41). El corolario de esta línea argumental salta a la vista: la opcionalidad jurisdiccional consagrada en el CMR es acorde con los principios —proximidad, previsibilidad, seguridad jurídica— que inspiran la cooperación judicial europea en materia civil y mercantil (*Nickel*, apdo. 41). Con todo, este planteamiento encierra, a nuestro entender, un punto de particular debilidad, porque se asienta sobre la discutible doctrina elaborada por el TJ a raíz del asunto *Color Drack* (C-386/05) —véase al respecto, ARENAS GARCÍA, R., «Tribunal competente en un contrato de compraventa cuando las mercancías son entregadas en distintos lugares del mismo Estado miembro», *AEDIPr*, VII (2007), pp. 925-929—, que la Sentencia *Rehder* luego trasplantó acertadamente [JIMÉNEZ BLANCO, P., «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte de pasajeros», *La Ley*, XXX (2009-5), D-369, p. 1569] de un contrato de compraventa de mercancías a uno de prestación de servicios —en concreto, uno de transporte aéreo de viajeros—, y que ahora se extiende a un contrato de transporte de mercancías sin tener presente que, en el asunto *Rehder*, la lectura realizada por el TJ se apoyaba en que el transporte litigioso consistía en *un solo* servicio prestado «de manera indivisible y unitaria desde el lugar de partida al lugar de llegada» (apdo. 42), en tanto que la Sentencia *Nickel* habla vagamente de «servicios de transporte [...] [prestados] [...] en Francia y en Alemania» (apdo. 15), sin especificar el número y las características de los mismos. A la vista de las diferencias entre ambos casos, ¿está justificada la extrapolación de soluciones? Para llegar al mismo resultado, ¿no hubiera sido más adecuado apelar simplemente a la razonabilidad de los foros contenidos en el art. 31 CMR, análogos a los existentes en la inmensa mayoría de sectores del transporte internacional, que

no parecen conculcar ninguna de las bases de la cooperación judicial europea en la materia?

Josep M. FONTANELLAS MORELL*

Universidad de Lleida

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.05>

2.3. Competencia judicial internacional

2015-6-Pr

INSOLVENCIA.—Reglamento 1346/2000.—Procedimientos de insolvencia secundarios.—Apertura.—Competencia judicial internacional.—Legitimación activa.—Condiciones de apertura.—Oportunidad.

Preceptos aplicados: arts. 2.^h), 3 y 29 Reglamento (CE) núm. 1346/2000.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), de 4 de septiembre de 2014, asunto C-327/13, *Burgo Group c. Illochroma*. Ponente: M. Berger.

F.: *curia.europa.eu*.

1) *El art. 3, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de la liquidación de una sociedad en un Estado miembro distinto de aquel en el que tiene su domicilio social, dicha sociedad puede ser también objeto de un procedimiento secundario de insolvencia en el otro Estado miembro en el que tenga su sede social o esté dotada de personalidad jurídica.*

2) *El art. 29, letra b), del Reglamento n.º 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que la cuestión de qué persona o autoridad está facultada para solicitar la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia debe apreciarse conforme al Derecho nacional del Estado miembro en cuyo territorio se solicite la apertura de dicho procedimiento. No obstante, el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia no puede limitarse únicamente a los acreedores que tengan su residencia o domicilio social en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el establecimiento en cuestión, o a los acreedores cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento.*

3) *El Reglamento n.º 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que, siendo el procedimiento principal de insolvencia un procedimiento de liquidación, la toma en consideración de criterios de oportunidad por el órgano jurisdiccional ante quien se ha solicitado la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia se rige por el Derecho nacional del Estado miembro en cuyo territorio se haya solicitado la apertura de dicho procedimiento. No obstante, cuando los Estados miembros establecen los requisitos para la apertura de tal procedimiento deben respetar el Derecho de la Unión, y, en particular, los principios generales de éste y las disposiciones del Reglamento n.º 1346/2000.*

Nota. 1. A partir de una valoración un tanto dudosa del art. 3.1 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, el Tribunal comercial de *Roubaix-Tourcoing* declaró en quie-

* La presente colaboración se enmarca en los Proyectos de investigación MINECO DER2012-36920 y DER2012-37898-C02-01, y en el Grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya 2014SGR483.

bra a la sociedad *Illochroma*, entendiendo que su centro de intereses principales se hallaba en Francia, pese a tener su domicilio social en Bruselas. Ello no impidió que un acreedor (*Burgo Group*) solicitara la apertura de un procedimiento secundario en Bélgica en referencia a los bienes situados en el territorio de este Estado (*ex art. 3.2 del Reglamento europeo*). Sobre esta estrategia procesal se pronuncia el Tribunal de Justicia, analizando la competencia judicial, la legitimación activa y el principio de oportunidad procesal en relación con dichos concursos secundarios.

2. Por lo que respecta a la competencia judicial, el Tribunal de Justicia considera admisible abrir un procedimiento secundario en el Estado del domicilio social del deudor, siempre y cuando, como era el caso, tenga allí un establecimiento. Para ello recurre a la literalidad del art. 2.h) del Reglamento europeo de insolvencia, que define al «establecimiento» como todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerce de forma no transitoria una actividad económica a través de la organización de medios humanos y patrimoniales. No existe en esta previsión una definición de máximos, de forma que nada impide que el «establecimiento» sea el «establecimiento principal» y se ubique en el mismo Estado que el «domicilio social». Además, si los acreedores localizados en los Estados donde se hallan sucursales del deudor tienen la expectativa de la aplicación de la ley local, la misma expectativa pueden tener los acreedores localizados en el Estado del establecimiento principal y del domicilio social (apdo. 38 de la sentencia).

La correcta argumentación del Tribunal en este punto no obsta para reconocer el error de atribuir personalidad jurídica al «establecimiento» económico localizado en el foro, en lugar de hacerlo a la sociedad misma (apdo. 32 de la sentencia). Tampoco impide poner de manifiesto algunas inconsistencias del tenor literal del Reglamento europeo. Así, el centro de intereses principales, el domicilio social y el establecimiento principal son conexiones que se articulan en pie de igualdad. Cuando el legislador opta por una de ellas, en este caso, por el centro de los intereses principales, parece descartar las otras conexiones como foros de competencia, con el fin de lograr una adecuada administración del concurso y de evitar la «despatrimonialización» del procedimiento principal. Ésta se produciría si el concurso abierto en el centro de intereses principales se quedara sin activos debido a la apertura de un procedimiento territorial en el Estado donde se ubica el establecimiento principal.

3. Determinada la competencia de los tribunales del Estado del domicilio social para abrir un concurso secundario, debe analizarse la legitimación activa para solicitar dicho concurso. En este sentido, el Reglamento europeo otorga tal legitimación al administrador del concurso principal y a cualquier persona legitimada por la ley del Estado en cuyo territorio se solicita la apertura (art. 29). Pero el Tribunal considera que no es compatible con los objetivos del Reglamento europeo una normativa nacional que restrinja la legitimación para solicitar un concurso secundario a los acreedores locales establecidos en, o vinculados a, el Estado de apertura. Se generaría una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad (apdo. 49 de la sentencia), pues, como la mayoría de acreedores residentes en un Estado miembro probablemente serán nacionales de dicho Estado, de forma tácita, se verían privilegiados por el derecho a solicitar un concurso secundario.

La consideración de la sentencia respecto de que una legitimación restringida a los acreedores locales conlleva una discriminación indirecta es acertada, aunque exagerada. Siempre y cuando el crédito se vincule al establecimiento cuya liquidación se pretende, no parece que exista tal discriminación. Además, puede sorprender que el Tribunal considere discriminatoria una legitimación restrictiva prevista por el De-

recho nacional, que es idéntica a la prevista por el propio Reglamento europeo en su art. 3.4, para otro tipo de concursos, los independientes (es decir, abiertos cuando no se ha declarado previamente un concurso principal). Ello se explica porque este concurso independiente, a diferencia del procedimiento secundario, implica una «anomalía jurídica», como es liquidar o sanear un establecimiento cuando la persona jurídica titular de éste (el deudor) no ha sido declarada insolvente. En consecuencia, en el concurso independiente, y de nuevo en contraposición con el procedimiento secundario, una legitimación restrictiva y «discriminatoria» entre acreedores es admisible en la medida en que su apertura debe limitarse a lo estrictamente indispensable (apdo. 50).

4. La sentencia concluye con un análisis de la oportunidad de apertura del concurso secundario, que, según el Tribunal, debe analizarse a la luz de la ley del foro. La ley nacional podría fijar criterios genéricos de oportunidad para cualquier concurso, pero no específicos para los procedimientos secundarios, si con ello se ven afectadas la aplicación e interpretación uniforme del Reglamento europeo de insolvencia. Más en concreto, la oportunidad podría centrarse en si el acreedor instante ve mejorada su posición respecto del concurso principal o si ha obrado o no con la debida diligencia.

La aplicación de las legislaciones estatales en este punto está limitada por el respeto a las disposiciones y objetivos del Reglamento europeo y a los principios generales de la UE. El respeto a las normas legales no plantea excesivos problemas. Así, es fácilmente deducible que no pueda valorarse la oportunidad del concurso secundario en función de que concurra o no el presupuesto de insolvencia previsto por la *lex concursus*, pues ello vulneraría el art. 27 del Reglamento.

Más problemas plantean, por su vaguedad, los límites impuestos por los objetivos de la norma y por los principios del Derecho de la UE. La valoración de la oportunidad procesal en función de los objetivos del Reglamento europeo hace de difícil conciliación dos de las afirmaciones centrales del Tribunal: la protección de los acreedores locales y el límite de la no discriminación entre acreedores. Así, piénsese que un tribunal valora la oportunidad del concurso secundario en función de si los acreedores locales ya han visto satisfechos sus créditos. Según el apdo. 64 de la sentencia, podría entenderse que se trata de una discriminación contraria al Derecho de la UE, que no está prevista expresamente por disposición alguna del Reglamento europeo. Sin embargo, de conformidad con el apdo. 65, podría interpretarse que con ello se atiende al objetivo de protección de los intereses locales, máxime cuando en la Propuesta de reforma del citado Reglamento está planteado tal juicio de oportunidad.

Por último, en lo relativo a los límites impuestos por los principios del Derecho de la UE, el Tribunal se refiere expresamente al principio de cooperación leal entre los jueces de distintos Estados miembros. Este principio había sido definido en el ámbito concursal para que un procedimiento secundario de liquidación no obstaculizara el saneamiento de la empresa en un concurso principal (STJUE de 2 de noviembre de 2012, as. C-116/11, *Bank Handlowy*, *REDI*, 2013-9-Pr; pp. 229-233, con nota de L. CARBALLO PIÑEIRO). El problema es que, en el caso objeto de la presente sentencia, el procedimiento principal también es de liquidación y, además, lo que se cuestiona no es el «desarrollo» del concurso secundario sino su eventual apertura. No se entiende, pues, que el Tribunal se conforme con una alusión genérica al principio de cooperación leal.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.06>

2015-7-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Sumisión tácita.—Eficacia prorrogatoria de la comparecencia del representante judicial de un demandado ausente.

Preceptos aplicados: arts. 47 de la CDFUE y 24 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5.^a), de 11 de septiembre de 2014, asunto C-112/13, A c. B y otros. Ponente: Thomas von Danwitz.

F.: curia.europa.eu.

El art. 24 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 [...], considerado a la luz del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional designa con arreglo a la legislación nacional un representante judicial por ausencia para un demandado al que no se ha notificado el escrito de demanda por carecer de lugar de residencia conocido, la comparecencia de dicho representante no equivale a la comparecencia del demandado ausente [...].

Nota. 1. El art. 24 RB I es un buen ejemplo de las complejidades que comporta la coordinación entre un sistema procesal fragmentario (aunque en continua expansión), como es el previsto por los instrumentos de la UE relativos al proceso civil internacional, y los Derechos procesales de los Estados miembros. La aplicación de las normas de la Unión descansa sobre las estructuras judiciales y las reglas procesales nacionales: una interdependencia que a menudo da lugar a interrogantes que requieren la intervención del Tribunal de Justicia (en adelante, TJ).

En el presente caso, varios demandantes presentaron una reclamación por daños y perjuicios ante un tribunal de Viena, por unos hechos delictivos presuntamente cometidos por el demandado (identificado como «A») en Kazajstán. A pesar de que los demandantes aseguraban que el domicilio de A se encontraba en Viena, al tratar de notificarle se comprobó que ya no estaba domiciliado allí. Al desconocerse su lugar de residencia, el tribunal procedió a designarle un representante judicial por ausencia, en aplicación del art. 116 de la Ley Procesal Civil austríaca, en virtud de la cual este tipo de representante está obligado a preservar los intereses del demandado, por lo que sus actos procesales producen los mismos efectos jurídicos que los de un representante convencional, incluyendo la facultad de comparecer en nombre del demandado ausente (apdos. 21 y 49 de la sentencia). El representante solicitó la desestimación de la demanda, pero no impugnó la competencia judicial internacional de los tribunales austríacos. Sin embargo, posteriormente un bufete de abogados designado por A intervino en el proceso para llevar a cabo dicha impugnación, oponiéndose a que la intervención del citado representante pudiera aceptarse como sumisión tácita a efectos del art. 24 RB I. La cuestión llegó hasta el Tribunal Supremo austríaco, que se dirigió al TJ para saber si el art. 24 RB I, interpretado a la luz del art. 47 CDFUE, permite otorgar efectos prorrogatorios a la comparecencia del representante judicial de un demandado al que no se ha notificado la demanda, por desconocerse su paradero.

2. Como he apuntado, se trataba de determinar hasta qué punto el Derecho procesal nacional puede infiltrarse en la configuración de los términos no expresamente definidos por el RB I: en este caso, el de «comparecencia del demandado» a efectos

del art. 24. El TJ sitúa en el pórtico de su respuesta la obligación de interpretar «el conjunto de las disposiciones del Reglamento» a la luz de los derechos fundamentales, actualmente recogidos en la Carta (apdo. 51). Significativamente, se cita el art. 47 de la Carta como garante del derecho de defensa (lo que pone el acento en los derechos de A), y no como garante del —más amplio— derecho a la tutela judicial efectiva (que obviamente asiste igualmente a los demandantes), si bien es este último derecho el que expresamente garantiza la disposición citada.

A partir de ahí, el TJ establece un dique de contención frente a la infiltración del Derecho nacional en el ámbito del RB I, retomando de su jurisprudencia una noción subjetiva: el demandado debe tomar la decisión de comparecer de modo *deliberado*. En efecto, ya en el apdo. 30 de la Sentencia *Vienna Insurance Group (REDI, 2010-6-Pr*; con nota de PARADELA AREÁN, P.) el Tribunal aceptó la prevalencia de la sumisión tácita por encima de los foros de protección en caso de que la parte débil decidiera «deliberadamente» comparecer. La idea estaba poco desarrollada, si bien la consideración del Tribunal (en el apdo. 32) sobre la conveniencia de una regla expresa que previese la necesidad de advertir al demandado débil sobre las consecuencias de su comparecencia no cayó en el olvido: se trata precisamente de la regla prevista en el art. 26.2 RB I *bis*. En el caso que estoy examinando, el Tribunal recupera la idea y señala que la sumisión tácita «se basa en una elección deliberada de las partes del litigio relativa a dicha competencia, lo que presupone que el demandado tiene conocimiento del procedimiento iniciado en su contra» (apdo. 54). El TJ subraya todos los elementos que demuestran la falta de conocimiento del procedimiento por parte del demandado, y por ende, la imposibilidad de que su «comparecencia» sea una elección deliberada: i) es un demandado ausente; ii) no se le ha notificado la demanda, y iii) ignora la existencia del procedimiento.

Queda claro que el TJ rechaza que la noción de comparecencia a efectos del art. 24 RB I sea puramente formal, o más bien ficticia, tal como prevé el Derecho austríaco. Sin embargo, queda poco claro cuál es el alcance de ese carácter «deliberado»: más allá de los supuestos en que el demandado sea la parte débil, previstos en la actualidad en el art. 26.2 RB I *bis*, ¿queda margen para que los Derechos nacionales extraigan consecuencias prorrogatorias de una comparecencia del propio demandado, si *a posteriori* éste alega que no era consciente de las consecuencias de su actuación, y por tanto no eligió de manera deliberada? La cuestión es relevante, puesto que la sumisión tácita puede verse desde dos perspectivas (VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid, 2.ª ed., Thomson Civitas, 2007, p. 305): como una forma de manifestación de la voluntad de las partes (en la que por tanto el carácter deliberado sería relevante) o como una mera regla de preclusión de la excepción de falta de competencia judicial internacional (en la que el elemento volitivo sería irrelevante).

Por otra parte, el TJ vincula su conclusión con su jurisprudencia relativa al concepto de «rebelde del demandado» a efectos del art. 34.2 RB I (apdo. 56): un demandado que ignora la existencia de un procedimiento en su contra debe ser considerado como rebelde a efectos de la citada disposición, aun cuando se le haya asignado de oficio un defensor. Por ende, la comparecencia de un representante judicial por ausencia no impide considerar al demandado como rebelde, obligando al tribunal a controlar de oficio su competencia en virtud del art. 26 RB I. La misma conclusión se refuerza señalando asimismo la falta de previsibilidad para el demandado de semejante mecanismo de atribución de competencia, apelando para ello al cdo. 11 del Reglamento (apdo. 57).

Para cerrar su argumentación, el TJ se ve obligado a volver sobre el art. 47 CFDUE. En su dimensión más amplia —esto es, como garante no solo del derecho de defensa, sino de la tutela judicial efectiva—, esta norma protege no solamente los derechos del demandado, sino también los del actor. Los demandantes alegaban que el mutismo de A respecto de su domicilio actual podía conducirles a una situación de denegación de justicia, por lo que debía garantizárseles el derecho a interponer una demanda, permitiendo otorgar efectos de prórroga a la comparecencia del representante. El TJ señala que, en los asuntos en los que había hecho valer el derecho a la tutela judicial del demandante para permitir usar el Reglamento respecto de demandados ausentes y con domicilio desconocido (*Hypoteční banka*, C-327/10, *REDI*, 2012-5-Pr; con nota de CUNIBERTI, G., y G, C-292/10, *REDI*, 2012-18-Pr; con nota de CORDERO ÁLVAREZ, C. I.), había subrayado que ello no iba en perjuicio del derecho del demandado a oponerse al reconocimiento de la sentencia con base en el art. 34.2 RB I, puesto que se le consideraba en rebeldía. Sin embargo, en caso de aceptar que los actos del representante judicial por ausencia tuvieran eficacia prorrogatoria a efectos del art. 24 RB I se eliminaría la posibilidad de que el demandado se acogiese posteriormente al mecanismo de salvaguarda del art. 34.2 RB I; el TJ, en consecuencia, utiliza este extremo como un argumento más en contra de la posibilidad de permitir que la comparecencia de un representante de este tipo sea considerada como una sumisión tácita a efectos del Reglamento (apdo. 60).

3. Entiendo que el TJ da una respuesta acertada a la pregunta planteada, si bien —como ya he señalado— la exigencia de una elección *deliberada* por parte del demandado puede suscitar problemas en ulteriores casos. Sea como sea, el caso pone de relieve la compleja imbricación entre el Reglamento y los Derechos procesales de los Estados miembros. De modo similar, la sentencia se ocupa de la interpretación del art. 267 TFUE y de las relaciones entre el TJ y los tribunales nacionales, y más concretamente de la compatibilidad de los sistemas de control concentrado de constitucionalidad (incluyendo en el bloque de constitucionalidad los derechos derivados de la Carta) con las obligaciones que el art. 267 TFUE impone a los órganos jurisdiccionales nacionales: véanse al respecto los apdos. 28 a 46 de la sentencia, así como su análisis en SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. y SÁNCHEZ LORENZO, S., «Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial», *La Ley. Unión Europea*, 2014, núm. 20, pp. 5-14, pp. 6-9.

Cristian ORÓ MARTÍNEZ
Max Planck Institute Luxembourg
for International, European and Regulatory Procedural Law
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.07>

2.4. Reconocimiento y ejecución de resoluciones

2015-8-Pr

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES: EL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO DE DENEGACIÓN.—Reglamento 44/2001.—Ámbito de aplicación.—Materia civil y mercantil.—Demanda de indemnización por la infracción del Derecho de la competencia.—Competencias exclusivas.—Concepto de litigio en materia de sociedades y de personas jurídicas.—Orden público del Estado requerido.

Preceptos aplicados: arts. 1.1, 22.2 y 34.1 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de octubre de 2014, asunto C-302/13, flyLAL-Lithuanian Airlines AS, en liquidación c. Starptautiskā lidosta Rīga VAS, Air Baltic Corporation AS. Ponente: Camelia Toader.

F.: curia.europa.eu.

1) *El art. 1, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001... debe interpretarse en el sentido de que una acción como la controvertida en el litigio principal, mediante la que se pretende obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de supuestas violaciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, está comprendida en el concepto de «materia civil y mercantil» en el sentido de esta disposición y, está, por tanto, incluida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento.*

2) *El art. 22, punto 2, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una acción como la controvertida en el litigio principal, mediante la que se pretende obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de supuestas violaciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, no constituye un procedimiento relativo a la validez de las decisiones de los órganos de sociedades...*

3) *El art. 34, punto 1, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que ni el método de cálculo del importe de las sumas a las que se refieren las medidas provisionales y cautelares adoptadas mediante una resolución cuyo reconocimiento y ejecución se solicitan, cuando es posible seguir el razonamiento que llevó a la fijación del importe de las sumas y existían vías de recurso para impugnar tal método de cálculo de las cuales se hizo uso, ni el mero hecho de invocar consecuencias económicas graves, constituyen motivos que demuestren que se ha violado el orden público del Estado requerido.*

Nota. 1. Aunque surgida de un litigio en una materia en pleno desarrollo, como son las reclamaciones de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la infracción del Derecho de la competencia, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre, flyLAL, C-320/13 presenta especial interés en relación con la interpretación del orden público como motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el marco del Reglamento Bruselas I (y del Reglamento Bruselas I bis, en la medida en que su art. 45.1 reproduce en lo sustancial el art. 34.1 RBI con respecto al orden público).

Previamente, cabe reseñar que el Tribunal de Justicia aclara que las demandas de daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia en las peculiares circunstancias del caso litigioso constituyen «materia civil y mercantil» en el sentido del art. 1 RBI (y RBI bis). Esta constatación resulta determinante tanto de la aplicación de sus reglas de competencia, especialmente en esta materia sus arts. 2 (4 RBI bis) y 5.3 (art. 7.2 RBI bis) (aunque también otras normas podrían llegar a ser relevantes, como las relativas a pluralidad de demandados, prórroga de competencia o medidas provisionales), como de la aplicación de su régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones. Precisamente, el litigio principal iba referido al reconocimiento y ejecución en Letonia de una medida provisional y cautelar de embargo preventivo de ciertos bienes adoptada por un tribunal lituano en el marco de una controversia acerca de la indemnización por los daños y perjuicios derivados de ciertas infracciones del Derecho de la competencia.

2. Con base en la idea plasmada ya en su jurisprudencia previa, en el sentido de que permitir la utilización de instalaciones aeroportuarias a cambio del pago de una tasa constituye una actividad de carácter económico, el Tribunal entiende que

esa actividad da lugar al establecimiento de relaciones jurídicas que forman parte efectivamente de la materia civil y mercantil (apdo. 33). En síntesis, el Tribunal considera que la calificación como «materia civil y mercantil» de las demandas de daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia no resulta alterada por la circunstancia de que la supuesta infracción del Derecho de la competencia derive de disposiciones jurídicas de un Estado miembro (como las relativas a la fijación de tasas aeroportuarias) ni por el hecho de que dicho Estado sea titular del 100 por 100 y del 52,6 por 100 del capital de las empresas demandadas (apdo. 34). Destaca a este respecto el Tribunal que dicho Estado (Letonia) no ejercía en este caso prerrogativas de poder público, que las empresas en cuestión se comportaban en el mercado como cualquier otro operador económico y que la demanda iba referida a actos realizados por particulares (apdo. 37).

3. Poco controvertida parece la respuesta del Tribunal a la segunda cuestión que le había sido planteada, en el sentido de que una acción mediante la que se pretende obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de supuestas violaciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, no constituye un procedimiento relativo a la validez de las decisiones de los órganos de sociedades a los efectos de la norma sobre competencia exclusiva del art. 22.2 RBI (art. 24.2 RBI *bis*). La duda al respecto derivaba para el órgano remitente de que la controvertida reducción de las tasas se aplicaba por medio de decisiones adoptadas por órganos de sociedades mercantiles. Como es conocido, esa regla atribuye competencia exclusiva únicamente «en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos». Al igual que el resto de las competencias exclusivas, el art. 22.2 RBI *bis* debe ser objeto de interpretación restrictiva, de modo que no parece controvertido que demandas cuyo objeto es la reclamación de los daños y perjuicios de supuestas infracciones del Derecho de la competencia (susceptibles de ser subsumidas en la regla de competencia especial del art. 5.3 RBI —art. 7.2 RBI *bis*—) quedan al margen de dicha competencia exclusiva. Esta circunstancia resulta en la práctica determinante de que la demanda pueda ser interpuesta, a elección del demandante, ante los tribunales del domicilio del demandado (arts. 2 RBI y 4 RBI *bis*) u otros que pudieran resultar competentes en virtud de otras reglas relevantes en esta materia, como el propio art. 5.3 RBI. La respuesta negativa a esta segunda cuestión lleva al Tribunal a no pronunciarse sobre la tercera en la que se le consultaba sobre el alcance de la obligación del órgano al que se solicita el reconocimiento de verificar que concurren las circunstancias del art. 35.1 RBI *bis*, como es el que no se hayan desconocido las normas sobre competencias exclusivas del art. 22 RBI en la resolución extranjera cuya eficacia se pretende. En todo caso, cabe reseñar que en relación con los supuestos en los que se solicita la ejecución, el art. 41 RBI establece: «Se otorgará inmediatamente la ejecución de la resolución una vez cumplidas las formalidades previstas en el artículo 53, sin proceder a ningún examen de acuerdo con los artículos 34 y 35».

4. Con respecto al significado de la cláusula de orden público en el marco del RBI (y RBI *bis*), la sentencia *flyLAL* proporciona en primer lugar una síntesis de su jurisprudencia previa, de la que, como es conocido, resulta que si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado miembro, pues los Estados tienen libertad al respecto, sí corresponde al Tribunal de Justicia «controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro» (apdo. 47). A la hora de fijar esos límites, la sentencia *flyLAL* resulta de interés especialmente en relación con dos aspectos.

Por una parte, el Tribunal se pronuncia con respecto a la concreción de la eventual vulneración del deber de motivación del cálculo de las sumas a las que van referidas las medidas provisionales y cautelares cuyo reconocimiento se pretende, como determinante de la violación de los principios elementales del proceso equitativo. Considera el Tribunal que no puede operar el orden público por ese motivo cuando, teniendo en cuenta el procedimiento considerado en su globalidad y a la luz del conjunto de las circunstancias pertinentes «es posible seguir el razonamiento que llevó a la fijación del importe de las sumas en cuestión» y existían vías de recurso para impugnar el cálculo de las que se hizo uso (apdo. 53). Por otra parte, el Tribunal rechaza la posibilidad de utilizar el orden público como motivo de denegación del reconocimiento con base en las consecuencias económicas de que determinados bienes de los demandados en el litigio principal queden sometidos a vigilancia en virtud de las medidas provisionales. En definitiva, el Tribunal afirma que el mero hecho de invocar consecuencias económicas graves no constituye una violación del orden público del Estado requerido (apdo. 58) y reitera el criterio del abogado general en el sentido de que el concepto de orden público «pretende proteger intereses jurídicos expresados en una norma jurídica y no intereses puramente económicos» (como sería el caso del riesgo de un perjuicio financiero derivado de la no recuperación de las medidas de fianzamiento). De hecho, el abogado general se mostró también reticente a que pueda admitirse una vulneración del orden público por el riesgo de quebranto económico del Estado, con base en que «las consideraciones económicas son esencialmente ajenas a los planteamientos del orden público» (apdo. 87 de las Conclusiones).

5. En todo caso, el criterio adoptado en esta sentencia y su vinculación con el carácter excepcional del orden público no impide apreciar que el mecanismo del orden público —aunque típicamente al margen del ámbito territorial propio del Reglamento Bruselas I— puede ser determinante en circunstancias excepcionales del no reconocimiento de una resolución extranjera, por ejemplo, en atención al fundamento de dicha resolución para fijar la indemnización de los daños y perjuicios y a las consecuencias a las que en el caso concreto hubiera conducido la aplicación de sistema de responsabilidad basado en principios incompatibles con los que inspiran el ordenamiento del Estado requerido.

Aunque en relación con medidas diferentes a las que eran objeto de reconocimiento en el litigio principal y en el marco de un instrumento que no será aplicable al reconocimiento recíproco de resoluciones entre Estados de la UE, resulta ilustrativo el art. 11 del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005, en relación con la concesión de daños excesivos, derivados, por ejemplo, de daños y perjuicios ejemplares o punitivos y la posibilidad de denegar su reconocimiento. Ahora bien, al igual que sucede en general con el mecanismo del orden público, se impone una interpretación restrictiva de esta posibilidad, como se desprende de la redacción del mencionado art. 11, que limitará su aplicación a situaciones excepcionales.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Universidad Complutense

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.08>

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

3.1. Competencia judicial internacional

2015-9-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Contrato individual de trabajo.—Despido improcedente.—Dispersión de los elementos del contrato.—Incompetencia de los Tribunales españoles.

Preceptos aplicados: art. 25 LOPJ; art. 10.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; art. 6 Convenio de Roma de 19 de junio de 1980.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.^a), de 17 de enero de 2014. Ponente: Miguel Ángel Sánchez Burriel.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/2014/49461.

De los hechos resumidamente expuestos se desprende que tanto el contrato de trabajo de los demandantes como la prestación de servicios para la demandada presenta vínculos más estrechos con las Bahamas que con el país (España) de la prestación de servicios [...] que si bien las partes, por la nacionalidad de las mismas y su falta de domiciliación en la Comunidad Europea, no les resulta de aplicación el art. 6 del Convenio de Roma de 19.6.1980 [...] declaramos la falta de competencia de los órganos judiciales sociales españoles.

Nota. 1. La enorme dispersión de los hechos en la base de este supuesto litigioso confunde al juzgador al resolver el recurso presentado por la empleadora en un contrato de trabajo contra la resolución de instancia por la que se declaraba improcedente el despido de una pareja contratada como empleados del hogar y que prestaba sus servicios temporalmente, en apariencia, en la provincia de Barcelona. De los hechos probados se desprende, por una parte, que las partes ostentaban todas la nacionalidad colombiana; además, el contrato había sido celebrado en Bahamas, donde todos habían sido residentes, estando los empleados de alta en el sistema de seguridad social de aquel país, aunque percibían su retribución salarial en una cuenta domiciliada en Colombia. Trasladados a España, ambas partes estaban alojados en pisos de alquiler y aquí prosigue el cumplimiento del contrato durante cinco meses más —octubre de 2011 a abril de 2012—. No consta la existencia de cláusula de jurisdicción o ley aplicable en el contrato de trabajo. Pese a ser España el lugar de cumplimiento de la prestación laboral, que da lugar al despido declarado improcedente por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona, el Tribunal Superior acepta el motivo principal esgrimido por la demandante en el recurso, centrado en la falta de vinculación de la situación con España, declarando así la incompetencia de los Tribunales españoles y anulando la sentencia de instancia.

En la sentencia en análisis emergen dos cuestiones sobre las que se puede discrepar ampliamente pero que nos limitaremos a apuntar.

2. En primer lugar, no se puede compartir la idea de incompetencia de los Tribunales españoles en este caso. Es cierto que la ausencia de domicilio o sucursal en territorio de la UE unido a la nacionalidad extranjera que ostentan las partes, la celebración del contrato e incluso el alta de los empleados en un sistema de seguridad social extranjero, conducen a una localización parcial de la situación con el ámbito de

terceros Estados. O como afirma el juzgador, que «tanto el contrato de trabajo de los demandantes como la prestación de servicios para la demandada presenta vínculos más estrechos con Las Bahamas que con el país (España) de prestación de servicios a la fecha de despido». Pero la nacionalidad extranjera es un dato irrelevante en el ámbito contractual internacional y más aún en esta modalidad contractual, dominada por el principio de no discriminación (ZABALO ESCUDERO, E. «Flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, Madrid, 2005, t. II, p. 1819). Asumamos también que a pesar de que la parte demandada posea un piso de alquiler en España, no sea este elemento de peso suficiente como para activar, bien la regulación europea en la materia —Reglamento 44/2001— pues la «vinculación europea» de la situación es ciertamente débil, bien la competencia de los Tribunales españoles conforme al art. 22 LOPJ coincidente con la regla tercera del art. 25 relativo a la competencia en el orden social.

Pero el *lugar de cumplimiento del trabajo* resulta ser el criterio central de asignación de la competencia judicial internacional en este tipo de contratos. Así se recoge en la regla primera del art. 25 LOPJ y en la regla primera del art. 10.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social; también en el marco del Reglamento 44/2001 así como en el nuevo RB I *bis*. Como es sabido, obedece a una finalidad de protección del trabajador, ahorrándole los costes consustanciales al acceso a la justicia ante una jurisdicción diferente de aquella en la que presta sus servicios. Responde a las expectativas del trabajador, asegura su protección en las mismas condiciones que los demás trabajadores en ese mercado, y la protección le vendrá dada por el derecho imperativo y en general por los convenios colectivos. También por una razón de proximidad pues, como afirmó el TJ en su sentencia en el asunto 37/00, *Weber*, «el juez del lugar en el que debe cumplirse la obligación del trabajador de ejercer las actividades convenidas es el más apto para resolver los litigios a los que pueda dar lugar el contrato de trabajo». Plantea en no pocos supuestos el problema de concreción del lugar de trabajo, dados las múltiples modalidades de movilidad internacional de los trabajadores. En el presente caso, simplemente hay un cambio del lugar del cumplimiento del trabajo, originariamente en Bahamas y por último en España, país al que se habían desplazado ambas partes. El lugar de cumplimiento del trabajo sólo puede ser el coincidente con aquel en el que se presta el servicio en el momento de la presentación de la demanda —porque la relación laboral no había concluido hasta el momento del despido—, esto es, el territorio español. Es esta jurisdicción la que mejor puede apreciar el cumplimiento de la prestación y la que satisface las expectativas de tutela del trabajador. Enfocado así, se habría permitido activar la competencia de los Tribunales españoles como parece que lo entendió el juzgador de instancia. No ha sido así y al «dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de instancia» se genera una situación real de indefensión para los trabajadores demandantes: concluida su relación laboral ¿tienen que regresar a Bahamas para interponer allí la demanda por ser el país donde se celebró el contrato y constar en el régimen de seguridad social? No es una alternativa realista ni factible. Además, la vinculación actual de los demandantes con Bahamas es probablemente nula.

3. Mucho más sorprendente resulta la argumentación del Tribunal Superior, al involucrar la competencia judicial y el Derecho aplicable. Con la finalidad de reforzar la idea de falta de vinculación del contrato con el ámbito jurisdiccional español, el juzgador recurre al criterio de los «vínculos más estrechos» contemplado en el art. 6 *in fine*, del Convenio de Roma de 1980, citando en apoyo cierta jurisprudencia del TJUE —un primer *lapsus* pues lo correcto habría sido acudir al instrumento actualmente en vigor, el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones

contractuales, que contempla el criterio de los vínculos más estrechos en el contrato individual de trabajo en sede del art. 8.4— para descartar la competencia de los Tribunales españoles en favor de aquel en el que «realiza habitualmente su trabajo». Como es sabido, dicha cláusula opera en el ámbito de la ley aplicable y permite a la autoridad judicial descartar el Derecho inicialmente designado por los criterios precedentes en esa misma norma de conflicto. Pero como tal, no sirve para modificar la competencia judicial internacional —aunque el TJ haya seguido una argumentación en esos términos—, en la concreción del foro del art. 5.1 CB en materia de contrato de trabajo en supuestos muy diferentes del presente caso, en el mismo as. *Weber* y en el as. 383/95, *Rutten* (MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «Sobre la determinación del lugar de trabajo habitual como foro de competencia en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», *La Ley. Unión Europea*, núm. 5836, 31 de julio de 2003). ¿Otro *lapses* o una confusión de planos? Además, si en la asignación de competencia judicial el objetivo es que conozca la autoridad geográficamente más próxima a la cuestión litigiosa, en ese mismo ámbito de protección la determinación de la ley aplicable no está presidida por la idea de proximidad sino por una finalidad de justicia material [GARDEÑES SANTIAGO, M. «Aplicabilidad de las leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la UE», *La Ley. Jurisprudencia* (1), 2001, D-30, pp. 1797 y ss.]. En fin, una argumentación errónea que confiemos no se reproduzca en litigios venideros. Deja a los trabajadores desprovistos de cualquier vía razonable de acceso a los tribunales, derecho fundamental por excelencia.

Mónica GUZMÁN ZAPATER
UNED

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.09>

2015-10-Pr

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES.—Calificación del contrato como compraventa o de cesión.—Levantamiento del velo social.—Enriquecimiento injusto.—Competencia judicial internacional. Ley aplicable.

Preceptos aplicados: arts. 2, 22 y 5.1.a) Reglamento 44/2001; 38 y 456 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 28 de enero de 2014. Ponente: J. M.^a Ribelles Arellano.

F: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/55269.

En cuanto a la falta de competencia, hemos de realizar dos consideraciones previas. En primer lugar, aunque las partes aluden a la «falta de competencia territorial» de los tribunales españoles, cuando se invoca que el asunto ha de resolverse por los órganos jurisdiccionales de otro país —en este caso, de Bulgaria—, el problema es de competencia internacional, que ha de analizarse de oficio (art. 38 de la LEC), conforme a lo dispuesto en la LOPJ y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Todo ello sin perjuicio de que el demandado denuncie la falta de competencia mediante declinatoria.

En segundo lugar, no podemos desconocer, en el enjuiciamiento de la cuestión, que la falta de competencia se predica sólo de una de las dos acciones acumuladas. Pues bien, dado que la demandante no tiene la consideración de consumidor, las partes no discuten la aplicación al caso del Reglamento CE 44/2001 [...]. En términos generales, el art. 2 dispone que «salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas

en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado». Ahora bien, el art. 5.1º, apdo. a) permite, en materia contractual, que las personas domiciliadas en un Estado miembro sean demandadas ante el tribunal de otro Estado miembro «en el que hubiera sido o debería ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda». Es este el caso de la demanda que nos ocupa. Resueltos los contratos, la actora ejercita una acción de reclamación de cantidad que debe ser cumplida en España. En modo alguno es aplicable el art. 22, que fija como competencia exclusiva, sin consideración del domicilio, en materia de derechos reales inmobiliarios, los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare inscrito. Por todo ello, debemos confirmar el criterio del juez a quo que desestimó la excepción de falta de competencia internacional.

SEXO.—La apelante dedica la alegación segunda de su recurso a sostener que la controversia ha de resolverse de acuerdo con la Legislación Búlgara sobre Obligaciones y Contratos, pretensión que rechazamos de plano por dos motivos. En primer lugar, porque se trata de una cuestión nueva, que no se suscitó en primera instancia y, por tanto, que no podemos enjuiciar en esta alzada (art. 456 de la LEC). En segundo lugar y lo que es más importante, por cuanto la recurrente no alega, ni mucho menos prueba, un Derecho aplicable distinto al español. La aplicación del derecho extranjero es una cuestión de hecho que corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca. En este caso, la cesión del contrato de compraventa, a juicio de las demandadas, habría operado, no por establecerlo así algún precepto —desconocido, pues no se cita— del Ordenamiento búlgaro, sino por haberlo autorizado el vendedor en el contrato preliminar de compraventa.

Nota. 1. La frustración de una operación inmobiliaria en Bulgaria llega hasta la AP de Barcelona. La española Sofamel S. A., concluyó en 2006 cuatro contratos con una sociedad búlgara, Europea LDT, que tenían por objeto cuatro apartamentos sitos en Sofía (Bulgaria). Según consta en los contratos, la primera interviene como compradora y la segunda como vendedora manifestando que es propietaria por razón de contrato de compraventa suscrito con el constructor. Se indica que las dos sociedades «de común acuerdo suscriben el siguiente contrato de cesión de los derechos de compraventa» sobre los inmuebles por el precio convenido, afirmación reiterada en la estipulación tercera. Una vez suscritos, Sofamel paga una primera cantidad a Gestitran Soluciones S. L., sociedad española que comparte administrador con Europea que recibe otros abonos. Pendiente el último, la constructora búlgara Conap Real Estate ODD vende los inmuebles a un tercero ante lo que Sofamel da por rescindidos los contratos y solicita, entre otras cuestiones, la devolución de las cantidades pagadas a las dos compañías citadas, condenadas en primera instancia. En apelación se reiteran las excepciones de falta de competencia territorial, de litisconsorcio pasivo necesario y de calificación del contrato ya que el juzgado entiende que es una compraventa de cosa futura y las condenadas de cesión de derechos de compraventa. El tribunal de apelación resuelve el asunto con muy poca fortuna desde el punto del DIPr, cuyos problemas aborda primero, sin atender al impacto que la calificación de los contratos pueda tener en la solución de los mismos. A estos efectos, confirma la posición del juzgado de instancia realizada *ex lege fori* (art. 12.1 CC), pero absuelve a Gestitran ya que no es parte en los contratos.

Con estos mimbres se examina a continuación (2) la cuestión de competencia judicial internacional, correctamente abordada al reconducir la excepción de incompetencia territorial de los apelantes a su justa denominación y aplicar el art. 5.1.a) del Reglamento 44/2001 (en adelante, RB I). Sin embargo, el precepto no se aplica correctamente ya que el tribunal se evade de la cuestión de ley aplicable, necesaria para

establecer qué tribunal es competente. Es más, la apelante funda su recurso en la legislación civil búlgara, pero el tribunal rechaza entrar en su consideración aduciendo que ley aplicable es una cuestión nueva en los términos del art. 456 de LEC, ignorando el carácter imperativo de la norma de conflicto y la condición de derecho del Derecho extranjero; en todo caso, evita su examen en tanto que no ha sido probado (3). El dato de que Gestitran sea absuelta exige examinar qué pasos hubieran sido los correctos para lograr el abono a ella realizado sin que conste causa para ello, esto es, ley aplicable a un posible levantamiento del velo social o al enriquecimiento injusto (4).

2. Dado que una de las demandadas parece tener domicilio en España, el art. 6.1 RB I serviría a concentrar el caso frente a ambas en Barcelona. Su enfoque lleva, sin embargo, a descartar el foro del domicilio del demandado y recurrir al art. 5.1.a) RB I para fundar la competencia de los tribunales españoles, cuya letra b) no es aplicable dado que no es objeto del contrato una mercadería. La aplicación del precepto exige esclarecer cuál es la «obligación que sirve de base a la demanda»: la devolución de lo pagado ya que se pretende la rescisión de los contratos y la restitución de las prestaciones realizadas. Hasta aquí llega el tribunal, pero no concreta la segunda parte de la aplicación del precepto, dónde se ha de pagar. Un pacto contractual serviría a estos efectos, pero como no se dice nada, ha de aplicarse la doctrina *Tessili*: determinar la ley aplicable al contrato para averiguar cuál sea ese lugar (véase STJ de 6 de octubre de 1976, As. 12/76, *Tessili c Dunlop, Rec.*, 1976, pp. 1473-1495). Calificado de compraventa y en defecto de elección de ley, el art. 4.3 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (aplicable a este caso por cuestiones temporales) nos remite a la ley del país donde está sito el inmueble, por lo que habría que buscar en el Código Civil búlgaro el lugar de pago, si en el domicilio del vendedor o en el del comprador. La misma ley sería la aplicable si el contrato hubiera sido calificado de cesión de derechos, puesto que el art. 12.1 CR remite al art. 4 y a la ley de la residencia habitual de quien asume la prestación característica.

3. La AP, sin embargo, se apunta a la tesis de que el Derecho extranjero es un hecho, lo cual no se ajusta al art. 12.6 CC para el que la norma de conflicto es de carácter imperativo; el Derecho extranjero puede, por tanto, ser traído al proceso en cualquier momento. Ello también debiera implicar su averiguación y aplicación de oficio, si bien es conocida la interpretación del art. 281.2 LEC que defiende que corresponde a las partes probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. En el contexto de integración europea, esta última afirmación tiene graves consecuencias si se toma en consideración que se deja de aplicar un Reglamento cuyo fundamento es la cooperación jurídica en materia civil y mercantil con el objetivo de coadyuvar al buen funcionamiento del mercado interior evitando el *forum shopping* (art. 81 TFUE). Ignorar las normas de conflicto europeas a través del expediente de la prueba del Derecho extranjero va en contra de su eficacia directa y, en definitiva, de los procesos de armonización emprendidos a esa escala [véase ESPLUGUES, C., «General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe», ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G. (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, Sellier, 2011, pp. 3-94, p. 6].

4. Gestitran es absuelta en apelación ya que no es parte en los contratos resueltos. Pero está acreditado que recibió un pago y no consta que lo transfiriera a Europea. Aparte de recurrir al levantamiento del velo, Sofamel hubiera debido demandar a Gestitran en España (art. 2 RB I), alegando enriquecimiento injusto. El art. 10.1 del Reglamento Roma II indica que el mismo se somete a la ley aplicable a la relación existente entre las partes, relación que aquí no consta a menos que se intente el levantamiento del velo. Ciertamente y aunque sólo respecto al administrador común

a ambas empresas, esta última petición consta en instancia y no hubiera sido desafortunado que la Audiencia hubiera reconducido la solicitud de la demandante, aquí recurrida, a este punto si se tiene en cuenta que el art. 400.1 LEC impide nuevo proceso contra la absuelta. A estos efectos, el tribunal hubiera podido echar mano de la *lex fori* dado el origen jurisprudencial de la doctrina. En todo caso, el art. 10.2 autoriza acudir a la ley de la residencia habitual común de las partes cuando se produce el hecho que da lugar al enriquecimiento, esto es, la ley española, también la ley del lugar donde se produce el mismo según el apdo. 3 del mismo precepto por lo que entiendo que no cabría echar mano de la cláusula de escape del apdo. 4 para intentar aplicar la ley rectora de los contratos en cuyo origen está el pago realizado. En definitiva, desafortunados planteamientos del caso por ambas partes e intervención del tribunal que revelan lo que todavía queda por avanzar en la correcta implementación de los instrumentos de la Unión Europea.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

Universidade de Santiago de Compostela

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.10>

2015-11-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Falta de competencia de los tribunales españoles.—Contrato de trabajo entre empresa domiciliada en Reino Unido y trabajadora española para prestar servicios en Londres.—No se aprecia grupo de empresas a efectos laborales.—Conexidad.

Preceptos aplicados: arts. 19, 27 y 28 del Reglamento CE 44/2001.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6.ª) núm. 488/2014, de 9 de junio. Ponente: Benedicto Cea Ayala.

F.: Aranzadi Westlaw, AS/2014/2302.

Conforme dispone el art. 19 del Reglamento 44/2001, los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados, bien ante los tribunales del Estado en que estuviesen domiciliados, o bien en otro Estado miembro, que podrá ser, bien el tribunal del lugar en que el trabajador desempeñase habitualmente su trabajo, o bien el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado; o si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá demandar ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador. [...] falta de jurisdicción de los tribunales españoles [...] por tratarse de una entidad distinta y separada de aquella otra [...].

[...] no se dan en autos los puntos de conexión que con arreglo al citado art. 19 del Reglamento, en relación a su vez con el art. 25.1 LOPJ —[...]— comporten la atribución de la competencia para conocer de la demanda planteada a los tribunales españoles [...] el Reglamento 44/2001 prevalece sobre el citado art. 25.1º LOPJ.

[...] debe concluirse que los órganos jurisdiccionales españoles no tienen competencia para resolver la presente controversia, lo que no es óbice, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del Reglamento, a que sean los tribunales españoles los que deban pronunciarse en 1.º lugar sobre la competencia, al haberles correspondido la demanda que fue presentada en 1.º lugar, pues ello no excluye que los tribunales españoles, una vez examinadas las circunstancias de esa 1.ª demanda, concluyan que no son competentes para conocer de la misma.

Nota. 1. La resolución declara la incompetencia de los tribunales españoles para juzgar la demanda interpuesta por una trabajadora española frente al Banco Santander Central Hispano, S. A. (Banco Santander) y el Banco Santander, S. A. London Branch (Banco Santander sucursal en Londres) por una reclamación de despido. Se trata de un asunto complejo, resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por medio de una argumentación que a veces puede resultar un tanto difusa. Tras una breve exposición de los hechos, en las próximas líneas se van a esclarecer los fundamentos jurídicos, cuyo razonamiento desde mi punto de vista debe centrarse en la localización del domicilio del empresario demandado por la trabajadora, lugar en función del cual se establece la competencia judicial internacional en este supuesto.

2. La trabajadora comenzó su actividad laboral en el Banco Santander de Madrid y se trasladó por motivos personales a Reino Unido, donde prestó servicios en la sucursal de Londres hasta que se extinguió su relación laboral por el cierre del centro inglés. La empleada interpuso demanda por despido improcedente ante los juzgados españoles y unos días después ante los ingleses; ambos órganos jurisdiccionales se declararon competentes pero el inglés suspendió el procedimiento tras apreciar conexidad. El procedimiento en España dio lugar a una sentencia que desestimó la demanda de despido, decisión que recurrieron la demandante —por considerar que debía condenarse al Banco Santander, a su juicio el verdadero empresario— y también una de las codemandadas —Banco Santander sucursal en Londres— por entender que los tribunales españoles no son competentes para conocer sobre este asunto.

3. El Tribunal Superior establece de forma acertada que el Reglamento Bruselas I CE/44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (RBI), es la norma que determina la competencia judicial internacional en estos supuestos y prevalece sobre el art. 25.1 LOPJ. Se plantea, por un lado, identificar el foro competente y, por otro, un supuesto de conexidad. Sobre este último extremo no existe controversia y, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 27 y 28 RBI, los tribunales ingleses suspendieron el procedimiento hasta que se pronunciaran los españoles, ya que la demanda fue presentada en primer lugar ante estos últimos. En cuanto al foro competente, el art. 19 del RBI señala que los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los tribunales del Estado en que estuviesen domiciliados o en otro Estado miembro, que podrá ser: el tribunal del lugar en que el trabajador desempeñase habitualmente su trabajo o el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado. Si el trabajador no hubiese desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá demandar ante el tribunal del lugar en que estuviese el establecimiento que empleó al trabajador. Este último foro es desechado por considerar que no se desempeñó actividad laboral en varios Estados miembros.

4. El lugar en el que habitualmente desempeñaba la trabajadora su actividad coincide en el último sitio en el que la desempeñó, Londres. Así pues, la duda se plantea en identificar el lugar en el que está domiciliado el empresario. Considera el juzgador de instancia que es Madrid y, por tanto, que el trabajador tenía opción de demandar ante los juzgados patrios —por domicilio— y ante los ingleses —por lugar de prestación de los servicios—. La resolución de instancia se pronuncia en este extremo en consonancia con lo afirmado por la trabajadora: que Banco Santander y su sucursal en Londres son una única empleadora y que los juzgados españoles son competentes.

5. En contraposición, el TSJ afirma que el domicilio de la sucursal es Londres y Banco Santander es otra empresa independiente. Sin embargo, no hace referencia alguna a dos cuestiones clave: la primera es el concepto de domicilio del RBI y la segunda la posibilidad de que estas entidades hayan actuado bajo una apariencia de perso-

nalidad jurídica diferente para eludir los deberes laborales de la auténtica empleadora. En cuanto a la primera de las cuestiones, el domicilio, se trata de un concepto autónomo de la norma institucional, que en su art. 60 establece que será su sede estatutaria, el lugar donde tenga su administración central o el país donde se ubique su centro de actividad principal. En el supuesto que nos ocupa —una sucursal bancaria— la administración central podría hallarse en el lugar en que la empresa matriz tiene su sede.

6. Para mayor abundamiento, se desprende de la jurisprudencia del TJ que las disposiciones en materia de contratos de trabajo del RBI deben interpretarse teniendo en cuenta la necesidad de garantizar una protección adecuada al trabajador como parte contratante más débil (por todas, STJ de 10 de abril de 2003, en el asunto C-437/00, *Pugliese*), lo que incluso ha llevado a incluir una Embajada en los conceptos de «sucursal, agencia u otro establecimiento» contenidos en el art. 18.1 del RBI (véase Sentencia del TJ Gran Sala de 19 de julio de 2012 en el asunto C-154/11, *Ahmed Mahamdia c. República Argelina Democrática y Popular*, REDI, 2013-2-Pr, con nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J.). Por tanto, cuando se produce una controversia en el ámbito de las relaciones laborales una sucursal puede presentar un vínculo suficiente con la empresa matriz en lo que respecta a la gestión de su personal y los contratos de trabajo.

7. Otra de las cuestiones fundamentales a las que no se hace referencia en la resolución es que este caso podría considerarse como un supuesto de uso fraudulento de la forma societaria, lo que implicaría la necesidad acudir a la doctrina del «levantamiento del velo», tesis jurisprudencial aplicada no sólo en el ámbito mercantil sino también en el laboral para discernir la realidad más allá de las apariencias (STS, Sala de lo Social, Sección 1.ª, de 29 de enero de 2014). La supuesta separación de entidades bancarias pretendería eludir las responsabilidades de la empresa matriz en perjuicio de la trabajadora. Por tanto, si se apreciara la existencia de una única entidad empresarial por el Banco Santander, S. A., London Branch y el Banco Santander, S. A., esta última podría ser juzgada como responsable, situación que atribuiría competencia a los tribunales españoles para conocer de este asunto.

8. En definitiva, si se da por acreditada suficientemente la unidad empresarial, la sentencia recurrida acertaría al declararse competente el Juzgado español. Si, por el contrario, no se da por probado que el Banco Santander se trataba de una empresa matriz cuya personalidad jurídica estaba vinculada a su sucursal en Londres, la sentencia del TSJ que declara la incompetencia de los tribunales españoles sería correcta. El Tribunal afirma con rotundidad que no existe un grupo de empresas —lo cual debe deducirse de la prueba practicada a la que no hemos tenido acceso— pero para emitir su fallo debió apoyarse en el concepto de domicilio del RBI y evaluar la posibilidad de fraude con respecto a la forma societaria para evitar que la empresa principal fuera responsable.

Carmen María GARCÍA MIRETE
 Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.11>

2015-12-Pr

CONTRATO DE TRABAJO.—Despido.—Inmunidad de jurisdicción: no.—Competencia judicial internacional: art. 19 Reglamento 44/2001.—Ley aplicable: art. 8 Reglamento 593/2008.

Preceptos aplicados: art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; art. 11 Convenio de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y

de sus bienes, de 2 de diciembre de 2004; arts. 21.2 y 25 LOPJ 1985; art. 19 Reglamento 44/2001; art. 8 Reglamento 593/2008.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Social) núm. 4605/2014, de 25 de junio. Ponente: Gregorio Ruiz Ruiz.

F.: Aranzadi Westlaw, AS 2014/2229.

Debe descartarse de entrada cualesquiera inmunidad de jurisdicción de las demandadas [...] Debemos recordar también como es el art. 19 del Reglamento 44/2001 el que ha de permitir la determinación del foro general en materia de contratos de trabajo [...] La ley aplicable podrá determinarse por el principio de libertad de elección aunque ello solo en el caso de que el trabajador obtenga el mismo nivel de protección que con la ley aplicable en defecto de elección. En este último caso, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual realice habitualmente su trabajo.

Nota. 1. La sentencia recurrida tiene en origen el litigio que enfrentaba como actores a 6 profesores españoles contratados temporales por el *Instituto Italiano Statale*. La relación laboral concluye en despido, declarado improcedente por el Juzgado de lo Social núm. 27 de Barcelona de fecha 31 de julio de 2013, bien que las partes acordaron la indemnización en el trámite de conciliación. Demandados solidariamente el *Instituto Italiano*, el Consulado General de Italia en Barcelona y el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Italiana, en instancia intentaron éstos sin éxito la excepción de incompetencia del orden jurisdiccional social español. Afirma el Juzgado la competencia de los Tribunales españoles (por el art. 25 LOPJ 1985, *sic*) para discutir la cuestión controvertida, esto es, la naturaleza temporal o indefinida de la contratación, por tratarse de servicios prestados en España y ser éste el lugar de celebración del contrato. Declara la sumisión de los mismos a Derecho español (por aplicación «cumulativa» de los arts. 1 ET, 11 CC y 8 del Reglamento 593/08, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, *sic*). Dicha sentencia se recurre por la parte demandada, solicitando, por una parte, la revisión de algunos de los hechos y por otra, la revocación de la resolución recurrida.

Denuncian en el recurso: 1.º) la inaplicación del art. 11.3.b) del R 883/2004 —conforme al cual a efectos de cotización a la seguridad social todo funcionario estará sujeto a la legislación del Estado miembro del que dependa la administración que lo ocupa— sobre la premisa de la naturaleza de funcionarios interinos de los demandantes; 2.º) una infracción del art. 8 del Reglamento 593/08, dado que las escuelas y sus actividades «forman parte del *iure imperii* del Estado, lo que determinaría además la exclusión de la Jurisdicción española, por lo que únicamente deberían ser competentes los Tribunales italianos, tratándose por lo demás de cuestiones del personal funcionario interno de una escuela pública italiana; 3.º) con distintos argumentos se sostuvo la sumisión a Derecho italiano de los contratos laborales —como la naturaleza jurídico-pública del instituto, el idioma (italiano) de redacción de los contratos, etc.—; 4.º) intentan la revisión de ciertos elementos de los contratos vinculados con las nociones de «antigüedad» o «sexenios», etc. En suma, la sentencia ofrece distintos ángulos de interés desde el Derecho administrativo y laboral. Pero como quiera que toda la estrategia de defensa de los demandados está orientada a lograr la localización de los contratos bajo el ámbito de la jurisdicción y del Derecho italiano, vamos a centrarnos en el alcance de la inmunidad de jurisdicción invocada así como en la argumentación que conduce a la afirmación de la competencia de los Tribunales españoles y a la sumisión de los contratos litigiosos a la legislación española.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña despeja la cuestión de la inmunidad con una construcción sólida a la que no habría que añadir (FJ 3). Se acoge sin duda, y tras un análisis de la evolución de la institución y la regulación internacional vigente que no es posible reproducir, a las tesis restrictivas que impiden que un Estado extranjero se puede parapetar tras dicha excepción para evitar un juicio en materia de contratación laboral por las autoridades locales. Al calificar la actividad de los docentes como una actividad de gestión, se hace inviable la excepción por inmunidad del Estado extranjero.

3. Desactivada la excepción por inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero entra en la cuestión de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden social. Enumera el amplio espectro de instrumentos internos e internacionales que servirían para fundamentar la competencia judicial internacional (FJ 4), en un verdadero alarde al mencionar incluso el nuevo Reglamento 1215/2012, Bruselas I *bis*. No yerra al sostener la competencia de nuestros Tribunales sobre la regla establecida por el art. 19.2.a) del Reglamento 44/2001, por ser España el lugar de cumplimiento de la prestación laboral, lo que se añade el hecho de coincidir con la celebración de los contratos en Barcelona.

4. Finalmente, como se ha indicado, hay cuestiones fácticas en la sentencia de instancia cuya revisión se suplica —como la naturaleza de centro público italiano del empleador o la supuesta sumisión de los contratos a un convenio colectivo italiano—, con la finalidad de someter los contratos a la legislación italiana, sobre la base del criterio de los «vínculos más estrechos» contemplado por el art. 8.4.º del Reglamento 893/2008 (FJ 7). En este punto el Tribunal Superior se adhiere a la valoración efectuada por el Juzgado de instancia y además acepta la relación de normas jurídicas que servirían para designar la ley española como ley rectora de los contratos controvertidos —bien que no reproduce la dudosa construcción por la que se toma el principio de la territorialidad de la contratación o el dato de la contratación entre presentes como elemento relevante para escoger el instrumento jurídico regulador del derecho aplicable—. Se declara vinculado por los datos anteriores. Pero aísla el eje vertebrador del art. 8.1 del Reglamento 593/08: la protección del trabajador como finalidad prioritaria de la norma. La ley aplicable podrá determinarse por el «principio de libertad de elección aunque ello solo en el caso de que el trabajador obtenga el mismo nivel de protección que con la ley aplicable en defecto de elección... En este último caso, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual realice habitualmente su trabajo». De modo que: 1.º) La autonomía de la voluntad opera subordinada al objetivo de protección del trabajador, fiel a la dicción del art. 8.1; 2.º) el juzgador entiende que la elección no puede prosperar si el derecho designado priva al trabajador de la protección que otorga la ley del lugar de cumplimiento del trabajo (art. 8.2); 3.º) no se detiene en el criterio del «establecimiento que contrató al trabajador» (art. 8.3) por coincidencia con el anterior; no se hace mención a una eventual comparación con la ley que resultaría designada por el criterio de los «vínculos más estrechos». Sencillamente asume que la situación se localiza por el lugar de cumplimiento del trabajo bajo el ámbito del ordenamiento español, en una interpretación conforme con el art. 8.1 del Reglamento 593/08. Concluye, así, en la desestimación del recurso interpuesto por el *Istituto Italiano*.

5. Para terminar, alguna observación. De la lectura de la sentencia llaman la atención dos cuestiones: por una parte, la escasa atención a la cláusula de elección de ley aplicable, cuestión que se menciona *en passant*; y, por otra parte, falta toda referencia a una eventual actividad probatoria por la demandada en orden a alegar y

acreditar el contenido del derecho italiano en relación con la cuestión controvertida —o en cuanto a la extinción del contrato por despido y sus consecuencias en aquel sistema—. ¿Ha habido una operación de comparación entre la ley presumiblemente designada —italiana— y la ley del lugar de cumplimiento del trabajo, española?

Cabría pensar que casos como éste en los que aparecen demandados Estados extranjeros y sus órganos de representación en el exterior, en un contexto cada vez más complejo y variado de acción exterior de los Estados, únicamente podrían evitarse con un cuidadoso recurso a las cláusulas de jurisdicción y de ley aplicable que permita a los Estados asumir los litigios por contratos de trabajo que se desarrollan en el extranjero. Pues bien, esta sentencia y alguna otra [p. ej., STJ de 19 de julio de 2012 en el caso *Boukhalfa*, véase mi colaboración sobre «Los contratos de personal laboral por Embajadas ante el Tribunal de Justicia de la UE», en FORNER, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRE, R. (coords.), *Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 505-523] ponen de manifiesto la insuficiencia de tales cláusulas. La tendencia que se abre paso en relación con los contratos de trabajo celebrados por los Estados y sus órganos en el exterior consiste, de un lado, en la desactivación de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y, hecho esto, la sumisión a los órganos judiciales y al Derecho vigente en el país de cumplimiento del contrato. Se dibuja un panorama centrífugo pues llevará a cada Estado a defenderse en el extranjero de las demandas que le plantee el personal laboral o contratado en todos y cada uno de los Estados. Constituye una tendencia opuesta a aquella otra de la que daba cuenta PALAO MORENO, G., «Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo (A propósito del personal laboral de organismos públicos españoles que presta sus servicios en el extranjero)», *Relaciones Laborales*, 2000-I, pp. 229-251, dominada por los casos en que el personal adscrito a centros españoles en el extranjero parecía preferir la litigación en España. Por lo demás, la litigiosidad solo puede aumentar, al menos en lo que se refiere a docentes españoles en el exterior, al compás de la expansión de este tipo de centros (por ejemplo, el Instituto Cervantes).

Mónica GUZMÁN ZAPATER
UNED

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.12>

4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

4.1. Menores. Responsabilidad parental

2015-13-Pr

GUARDA Y CUSTODIA.—Traslado de domicilio del menor.—Nacionalidad.—Interés superior del menor.

Preceptos aplicados: arts. 92 y 103 CC; arts. 29 y 124 Constitución española.

STS (Sala 1.^a) de 20 de octubre de 2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/262753.

Ocurre en este caso que hay un evidente desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hijo, razón por la que se ha acudido a la autoridad judicial, que

lo ha resuelto manteniendo al hijo bajo la custodia de su padre en España; pronunciamiento que no responde al interés del menor afectado por una solución indudablemente conflictiva, pero ajustada a una realidad, cada vez más frecuente, que no es posible obviar, como es el de matrimonios mixtos. Y es que una cosa es que el padre tenga las habilidades necesarias para ostentar la custodia del niño, y que no se aprecie un rechazo hacia alguno de ellos, y otra distinta el contenido y alcance de esas habilidades respecto de un niño, de corta edad, que ha creado unos vínculos afectivos con su madre con la que ha permanecido bajo su cuidado desde su nacimiento hasta la fecha, incluido los dos años de separación de hecho en el que marchó de Tomelloso a Burgos, ciudad en la que fijó su residencia, con contactos mínimos y esporádicos a partir de entonces con su padre. El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, como argumenta la sentencia, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España. La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo en España. No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores.

Nota. 1. Un matrimonio de español y brasileña se divorcia en Tomelloso, otorgando el juzgado la patria potestad compartida, la guarda del hijo menor a la madre y un derecho de visita al padre. La sentencia autorizaba a la madre a volver a Brasil junto con el menor siempre que lo comunicara debidamente al padre. Éste impugnó la sentencia en apelación solicitando la guarda y un régimen de visitas para la madre en el caso de que se trasladara a Brasil. La Audiencia reconoció que ambos progenitores podían ocuparse del menor pero, a igualdad de condiciones, y dado que no quedaba probado que el menor fuera a estar mejor en Brasil que en España, su nacionalidad española hacía preferible atribuir la custodia al padre. La madre interpuso recurso de casación invocando la vulneración de los arts. 92 y 103 CC, en relación con los arts. 29 y 124 Constitución española, por incorrecta aplicación del principio del interés superior del menor, y la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias referida a cuál deba ser este interés cuando se pretende fijar el domicilio del menor fuera de España. El Supremo admitió el recurso por razón de interés casacional y estableció que el interés del menor en el caso no se había valorado adecuadamente pues en ese momento, dada su corta edad, los vínculos afectivos estaban con la madre; que la nacionalidad no es un criterio que asegure la protección del menor; que el respeto de los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores; que el entorno amplio del menor le garantizaba más atención en Brasil que en España y que la comunicación padre-hijo quedaba protegida con un adecuado reparto de los gastos de desplazamiento.

2. El Tribunal aborda una cuestión de máxima actualidad y sin solución legal precisa: ¿puede trasladarse el domicilio del menor cuando se ha fijado un régimen

de patria potestad conjunta si uno de los progenitores se opone? En caso afirmativo, ¿qué criterio habría de seguir el juez para tomar tal decisión? ¿No se estaría vulnerando el derecho de un progenitor a relacionarse con su hijo si se admitiera la reubicación, o del otro a moverse y fijar su residencia si aquélla se denegara? El mismo Tribunal Supremo había resuelto que el interés del menor impedía autorizar el cambio de domicilio dentro de España atendiendo a las consecuencias que dicho cambio podría tener en la vida de la menor. ¿Y si este traslado fuera al extranjero? En este caso el Supremo accede al traslado reiterando que la clave está en el interés superior del menor. El mismo principio fundamenta las decisiones de otros tribunales como el *Bundesgerichtshof* alemán o la *England and Wales High Court*, sobre la que se volverá *infra*.

3. La reubicación familiar es un asunto sensible porque pone en liza distintos intereses y, de no resolverse bien, puede devenir secuestro. El cambio de domicilio es una decisión que afecta al menor (que tendrá un nuevo entorno geográfico, de idioma, etc.) pero también incide en la relación con sus progenitores (pues aceptar la reubicación supone una limitación del contacto con el progenitor que no se desplaza) y en el derecho constitucional de aquéllos a fijar la residencia y abandonar el país (como bien recoge GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «El traslado lícito de menores: las *relocation disputes*», *REDI* 2010.2, pp. 51-75). Las respuestas de los ordenamientos varían en función de cómo ponderen estos elementos. Los países favorables a la reubicación (en la terminología de FOLEY, Th., *International Child Relocation. Varying Approaches among Member States to the 1980 Hague Convention on Child Abduction*, Research Project, 2006) priman el desplazamiento entendiendo que ello favorece al menor, aunque en buena medida uno de los elementos prevalentes en la toma de decisión es la posición del progenitor que solicita el desplazamiento (*i. e. el cuidador primario*). Así, en *Payne v. Payne* [(2001) Fam. 473], la jurisprudencia inglesa incorporó la idea de que «*a happy mother makes a happy child*», posición que luego ha sido revisada por el riesgo que comporta disfrazar como interés del menor el de una de las partes. Por contra, los Estados que se oponen a la reubicación fundamentan su posición en la importancia de la custodia compartida y el necesario contacto del menor con ambos progenitores, aunque ello limite la libertad de uno de ellos (*v. gr.* Nueva Zelanda). Los Estados neutros no tienen una posición definida sobre la cuestión, pudiendo articular unos principios o presunciones sobre los que resolver los casos (como ocurre en Canadá). No son muchos los países que han desarrollado una normativa interna sobre reubicación del menor (por ejemplo Estados Unidos, DANIELS SIMON, L., «Child relocation law in Spain and in the US», *Indret*, 2014) por lo que la respuesta sigue articulándose jurisprudencialmente.

4. Cabe preguntarse entonces qué pautas tiene un juez español para resolver esta cuestión para cuya vertiente transfronteriza tampoco existe una solución internacional específica. La guía puede hallarse en reglas de *soft law* como la «Model Relocation of Children Act» del *American Bar Association* de 2012, o la Declaración de Washington sobre reubicación familiar internacional de 2010 (accesible en el sitio www.hcch.net). De conformidad con éstas, el criterio primordial para resolver los supuestos de reubicación familiar debe ser el interés del menor (sin que pueda determinarse *ex ante* la existencia de una presunción favorable o contraria al desplazamiento). Dicho interés debe valorarse a la luz del derecho a tener contacto con sus dos progenitores, la propia opinión del menor (teniendo en cuenta su edad), las gestiones que haya realizado el progenitor respecto del desplazamiento (esto es, alojamiento, escolarización, trabajo), las razones por las que se solicita o se opone al traslado, existencia de daños físicos o psicológicos previos, el impacto que tendría acordar o denegar el traslado

sobre el niño atendiendo a sus relaciones con la familia extensa, su educación, la relación entre los progenitores y la disposición a facilitar el derecho de visita tras el traslado o la posibilidad de hacer efectivo este derecho en el Estado de destino entre otros.

El listado refleja la dificultad de valorar el interés del menor deslindado de la relación con sus progenitores y de éstos entre sí. Resulta complejo decidir dónde está la línea divisoria entre su interés y el del progenitor que solicita el traslado. ¿Es correcto entender que un progenitor más feliz asegura mejor el bienestar del menor? Aunque esta pudiera ser la percepción inicial en alguna jurisprudencia (véase el asunto *Payne* en Inglaterra), hoy se ha superado para considerar el interés del menor en sí mismo y no por relación al de un progenitor. Así en 2010, el caso *Re AR [A Child: Relocation (2010) EWHC 1346 (Fam.)]* revisa la jurisprudencia *Payne*. Pero esta tendencia no está exenta de riesgos pues desde el cambio jurisprudencial se observa en Inglaterra un incremento de solicitudes de custodia compartida, justamente para evitar que el otro progenitor abandone el país [*CA E&W MK v CK (2011) EWCA Civ. 973*]. Esta consideración plantea el impacto de la reubicación en el derecho constitucional del progenitor a desplazarse. ¿Puede limitarse este derecho? La cuestión se ha planteado en la jurisprudencia alemana que ha decidido que este derecho sólo puede ser considerado cuando ello también sea en interés del menor (*Bundesgerichtshof*, XII ZB 81/09, de 28 de abril de 2010).

5. A la luz de lo apuntado, y dado que en el caso no se había otorgado custodia compartida, el Tribunal Supremo valora adecuadamente los intereses en presencia y descarta un criterio poco justificado y de escasa aceptación en la jurisprudencia comparada, esto es, la nacionalidad del menor. La sentencia alcanza un equilibrio razonable respecto del menor y sus progenitores. Primero se atiende a la petición de la madre; considerada ésta justificada y razonable, se valora si es en interés del menor teniendo en cuenta el impacto que tendría acceder a dicha petición respecto de la relación entre el menor y el padre, valorada ésta de nuevo desde la perspectiva del interés del menor. El Tribunal considera la calidad del contacto entre los progenitores y el menor y concluye que el derecho del menor a relacionarse con su padre no se verá afectado pues la sentencia asegura el ejercicio de este derecho mediante un justo y equilibrado reparto de gastos de desplazamiento entre España y Brasil. El interés superior del menor debe ser la consideración primordial pero entendiendo que dicho interés incorpora un contacto real con sus progenitores, de manera que para autorizar la reubicación es preciso considerar las condiciones de ejercicio de este derecho para el progenitor que no se desplaza. Ciertamente no correspondía al Supremo establecer estas condiciones o valorar el reconocimiento que la decisión sobre la reubicación tendrá en el país de destino. Pero con esta sentencia se fija una pauta para las instancias inferiores que, a la hora de decidir sobre el traslado, deberán considerar el otorgamiento de medidas que aseguren el efectivo ejercicio de ambos derechos, esto es la reubicación y el contacto con el otro progenitor.

6. En definitiva, la posición sobre reubicación familiar que establece el Supremo está en línea con las más recientes tendencias en otros países y recoge algunas de las pautas sugeridas desde la Conferencia de La Haya (la citada Declaración de Washington o la Guía de buenas prácticas sobre contacto transfronterizo relativo a los niños de la Conferencia, 2010, pp. 41 y ss.). Ello refuerza la razonabilidad de la solución al tiempo que puede ayudar a consolidar un estándar internacional.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU
 Universidad Autónoma de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.13>

4.2. Procesos matrimoniales

2015-14-Pr

PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL.—Disolución del vínculo matrimonial.—Responsabilidad parental.—Alimentos.—Competencia judicial internacional.—Ley aplicable.—Remisión a la ley de un Estado plurilegislativo.

Preceptos aplicados: arts. 3, 8 y 61.a) del Reglamento 2201/2003, art. 107.2 CC; arts. 15.1, 47 y 48 del Convenio de La Haya de 1996; arts. 3 y 16 del Protocolo de La Haya 2007; arts. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y 111.3.1 del CC de Catalunya (CCC).

Sentencia AP de Barcelona (Sección 12.^a), de 31 de enero. Ponente: Joaquín Bayo Delgado.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/52492.

[...] la competencia internacional en materia de familia ya no está regulada en primer lugar en el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde la basa la sentencia apelada, sino en el Reglamento CE/2201/2003, según cuyos arts. 3, 8 y 61.a) son competentes los tribunales españoles por residencia de los litigantes y de los menores para resolver la acción de divorcio y las cuestiones sobre responsabilidad parental; y, a tenor del art. 3 del Reglamento CE /4/2009, en cuanto a los alimentos [...].

Habiendo sido interpuesta la demanda el 4 de julio de 2011, antes por tanto de la vigencia del Reglamento UE/1259/2010, la ley aplicable, como concluye la sentencia de primera instancia, viene determinada por el art. 107 del Código Civil estatal (CC) [...].

La sentencia apelada, afirmando que no consta la nacionalidad al momento de la demanda, acude al criterio subsidiario de la ley de la residencia, la española. No es cierto que no conste la nacionalidad común senegalesa, según certificados registrales aportados a los autos y en ausencia de indicios de cambio de nacionalidad. La demandante, por su parte, había invocado la ley española en base a la excepción de discriminación de la ley senegalesa. Tampoco eso se ajusta a la realidad. El art. 166 del Código de Familia del Senegal permite el divorcio contencioso a petición de cualquiera de los cónyuges [...].

En cuanto a las demás cuestiones, según el art. 5.1 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, debe aplicarse la ley de la residencia de los menores a las cuestiones sobre responsabilidad parental. Por la que atañe a los alimentos, el art. 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 determina que la ley aplicable es la del foro. En ambos temas, en atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo español, debe aplicarse el derecho civil catalán a las medidas discutidas en virtud de los arts. 47.1 y 48.a) del Convenio de 1996, y 16.1.a) y 16.2.a) del Protocolo de 2007, vista la territorialidad del derecho catalán, según los arts. 14.1 del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya (CCC).

Nota. 1. La sentencia objeto de comentario resuelve un recurso de apelación contra una sentencia de divorcio dictada el catorce de noviembre de 2012 por un Juzgado de violencia sobre la mujer de la ciudad de Granollers. En la sentencia recurrida se declaraba disuelto el matrimonio de dos ciudadanos senegaleses residentes en dicha villa. Se otorgaba la custodia de los dos hijos menores del matrimonio a la madre, se atribuía el uso del domicilio conyugal y del ajuar familiar a la madre y a los hijos,

estableciéndose a favor del padre un régimen de visitas. Finalmente, la sentencia de primera instancia establecía una pensión de alimentos de 250 euros por cada uno de los hijos y estipulaba que los gastos extraordinarios serían sufragados por mitad por cada uno de los cónyuges.

El padre recurre la sentencia, pidiendo que se desestimen íntegramente las peticiones de la actora en la demanda lo que resulta contradictorio con el hecho de que no se opusiera al divorcio en la contestación de la demanda. Solicita la custodia de los hijos con uso del domicilio familiar, un régimen de relación materno-filial y una pensión de alimentos de 300 euros a cargo de la madre. Ésta, por su parte, aunque dice pedir la confirmación de la sentencia de instancia, insta alguna modificación que la Audiencia no examina por haber sido formulada fuera de los cauces del recurso de apelación.

2. No es tanto la cuestión litigiosa la que interesa de la sentencia que comentamos como el hecho de que en la misma se aborde un examen completo de las cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable. Otras sentencias dictadas por la misma sección de la Audiencia Provincial de Barcelona siguen la misma senda [véase por ejemplo la Sentencia dictada el mismo día 31 de enero de 2014 (matrimonio de dos bolivianos) y la Sentencia de 8 de abril de 2014 (matrimonio de dos marroquíes)]. Puesto que las cuestiones de DIPr no eran el objeto litigioso puede deducirse que las intenciones de la Audiencia son básicamente docentes, lo que ha de valorarse muy positivamente pues cabe esperar que tenga efectos positivos en los Juzgados de primera instancia.

3. Empieza la Audiencia señalando que la competencia judicial internacional en materia de divorcio y de responsabilidad parental se regula en el Reglamento 2201/2003 y no en la LOPJ. Al efecto cita los arts. 3.1.a) y 8 del Reglamento, señalando que atribuyen competencia a los tribunales españoles en virtud de la residencia habitual de los cónyuges y sus hijos en España. Es también muy pertinente la cita del art. 61.1.a) que estipula que el Reglamento prevalece sobre el Convenio de La Haya de 1996 si el menor afectado tiene, como en el caso de autos, residencia habitual en un Estado miembro. Por lo que respecta a los alimentos (en los que parece incluirse la atribución del uso del domicilio aunque no se hace mención expresa a la cuestión) se clarifica que rige el Reglamento 4/2009, citándose el art. 3.

Ciertamente hubiera podido precisarse en mayor medida el concreto foro atributivo de competencia pues los arts. 3.1.a) y el art. 3 del Reglamento 4/2009 enumeran varios, pero los preceptos citados son los que se aplican al caso y de manera esquemática se introduce la perspectiva de DIPr que, no lo olvidemos, no era la cuestión litigiosa.

4. Una vez resueltas las cuestiones de competencia judicial internacional se examina la ley aplicable. Se confirma que la sentencia de instancia aplicó correctamente el art. 107 CC pues la demanda se interpuso antes de que fuera aplicable el Reglamento Roma III, si bien es probable que el juez de instancia no se planteara la aplicabilidad de este instrumento por lo que nuevamente la intención de la Audiencia es docente.

Del art. 107.2 CC deriva que era aplicable a la disolución del vínculo la ley nacional común de los cónyuges, esto es, el Derecho de Senegal. Se critica que el Tribunal de instancia aplicara el Derecho español escudándose en que no constaba la nacionalidad senegalesa de los cónyuges cuando dicho extremo se deducía de los autos, y que la actora alegara que el Derecho de Senegal era contrario al orden público. La Audiencia rebate que ello sea cierto aportando información acerca del Derecho extranjero.

La Audiencia preconiza, por tanto, una participación muy activa del juez en la información y prueba del Derecho extranjero. Ello no es habitual y ha de ser objeto de una valoración muy positiva, pues constituye un avance respecto al legefórmismo. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la Audiencia se limita a constatar que el resultado alcanzado por el juez de instancia aplicando la ley del foro coincide con el que hubiera derivado de la aplicación del Derecho extranjero que regía. No es probable que la Audiencia hubiera aplicado de oficio un Derecho extranjero que condujera a un resultado distinto del que deriva de la aplicación del Derecho del foro, si la aplicación del Derecho extranjero no se hubiere planteado con anterioridad, pues ello podría sorprender a las partes y generar indefensión.

5. Son asimismo adecuadas las referencias al Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y al Protocolo de La Haya de 2007 aplicable a los alimentos. Únicamente cabría objetar que en relación a la responsabilidad parental se haga referencia al art. 5.1 pues esa norma se refiere a la competencia de autoridades. Cabe presumir que se trata de un error tipográfico pues el precepto que establece la ley aplicable en el caso de que la autoridad competente adopte medidas en materia de responsabilidad parental es el art. 15.1. Se omite, de otra parte, referencia alguna a la calificación de la petición de uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico. En este punto quizás hubiera convenido una mayor precisión.

6. El aspecto de la sentencia respecto al que se podría discrepar es el relativo a la determinación del Derecho catalán como Derecho rector tanto de la responsabilidad parental como de los alimentos. Ciertamente se hace correcta referencia a los artículos relativos a los Estados plurilegislativos de base territorial contenidos en los Convenios de La Haya de 1996 y en el Protocolo de 2007, pero de manera totalmente innecesaria se añade que la aplicabilidad del Derecho civil catalán resulta también de los arts. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y 111.3.1 del CC de Cataluña (CCC).

Esta referencia se halla también en otras sentencias relativas a litigios de familia internacionales resueltos por la misma Sección de la Audiencia. Resulta criticable en virtud de dos consideraciones. No queda claro, en primer lugar, cómo se concluye que rige el Derecho civil catalán. Las normas relativas a los Estados plurilegislativos contenidas en el Convenio y el Protocolo entienden que si la norma de conflicto remite al ordenamiento de un Estado plurilegislativo de base territorial ha de estarse en primer lugar a las normas de Derecho interregional [art. 48.a) CLH 96 y art. 16.2.a) Protocolo 2007] y de no existir éstas cabría recurrir a la remisión directa [arts. 48.b) CLH 96 y 16.2.b) Protocolo 2007]. La Audiencia debería, por tanto, haberse referido a las normas de Derecho interregional contenidas en el Título Preliminar del CC, concretamente a los arts. 9.4 y 9.7 CC, que no cita en ningún momento. En materia de responsabilidad parental y de alimentos resultaría aplicable la ley de la vecindad civil, de los hijos o común de alimentista y alimentante. Tratándose de ciudadanos extranjeros estaríamos ante una laguna por lo que en virtud de la remisión realizada por los art. 48.b) CLH 96 y 16.b) del Protocolo de La Haya sería aplicable la ley de la unidad territorial en la que se hallare la residencia habitual, de los hijos, y común de alimentista y alimentante. La referencia a la norma del Estatuto de Autonomía y del Código Civil de Cataluña sería, por tanto, superflua pues estos preceptos no intervienen para determinar la ley aplicable.

Cabe pensar, no obstante, que no es casual que no se citen los preceptos de Derecho interregional español y que, en cambio, se haga referencia a disposiciones del Estatuto de Autonomía y el Código Civil catalanes. Esta Sección de la Audiencia de Barcelona entiende, en efecto, que si bien la Constitución española establece una re-

serva de ley a favor del Estado en materia de conflicto de leyes, puesto que el Estatuto de Autonomía es una ley orgánica los preceptos del propio Estatuto y del Código Civil catalán que establece la vigencia territorial del Derecho civil catalán no vulneran la Constitución.

Esta interpretación no puede compartirse porque implica una ruptura con el principio de unidad de jurisdicción tal y como ha puesto justamente de relieve R. Arenas García [«Pluralidad de derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español» en FONT I SEGURA, A. (ed.), *La aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Barcelona, Atelier, 2011]. En materia conflictual el principio de unidad jurisdiccional exigiría, en efecto, que todos los jueces y tribunales españoles aplicaran las mismas normas para designar el Derecho aplicable. Ese es también el sentido de la reserva de ley a favor del Estado en materia conflictual.

En cualquier caso si la Audiencia es partidaria de la territorialidad del Derecho civil catalán sobraría el recurso a los arts. 47 del CLH 96 y 16.b) del Protocolo, pues estas disposiciones sólo entran en juego en caso de laguna. Y aquí, según la Audiencia no habría laguna pues en el territorio de Cataluña rige el Derecho civil catalán.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
 Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.14>

2015-15-Pr

PROCESOS MATRIMONIALES: DIVORCIO.—Sentencia de divorcio extranjera: homologación por el tribunal español respecto de la disolución del vínculo matrimonial pero no el resto de medidas acordadas por el tribunal extranjero al no ser firmes.—Pensión por desequilibrio: disminución de la cuantía.—Alimentos a los hijos: supresión.

Preceptos aplicados: art. 3 Reglamento 2201/2003; arts. 90.3, 91 *in fine*, 100, 101 y 107 CC; art. 22.2 LOPJ; arts. 775, 398.1, 398.2 y 394 LEC.

Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22.^a), núm. 339/2014, de 31 de marzo.
 Ponente: M.^a del Pilar González Vicente.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/133675.

[...] que estimando en parte la modificación de medidas de divorcio solicitada reduce la pensión compensatoria de la esposa a una cantidad mensual de 800 Euros mensuales y adopta medidas en relación con el hijo menor del matrimonio y las necesidades alimenticias del hijo mayor de edad. Todo ello en base a una Sentencia dictada por The High Court of Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, de 20 de agosto de 2008.

[...] Contra la sentencia española una de las partes alega como motivos del recurso: primero, nulidad de actuaciones; segundo, infracciones en la tramitación del procedimiento; tercero, improcedencia e imposibilidad material de modificar las medidas de divorcio que han sido declaradas no firmes por el Juzgado competente mediante resolución firme y definitiva. Solicitando a la Sala —entre otros pronunciamientos de tipo subsidiario— el archivo del presente procedimiento, declarando la competencia de los Juzgados de igual clase de la República Argentina como únicos competentes para dirimir las cuestiones y hechos que son objeto de la presente litis, obligando al Juez de Instancia

a inhibirse a favor de dichos Tribunales, declarando así mismo, en su consecuencia, la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado de Instancia.

Por su parte, el otro recurrente alega como motivos de la impugnación la errónea valoración de las pruebas, tanto en relación con la pensión alimenticia de los hijos a cargo de la madre; como en relación con la necesaria extinción de la pensión compensatoria de su ex cónyuge.

Nota. 1. Esta sentencia refleja claramente la complejidad y el carácter internacional de las relaciones familiares en la actualidad. Las familias españolas trasladan su centro de vida a otros países; los matrimonios se disuelven ante autoridades extranjeras y al hacer valer tales pronunciamientos en España, se pone de manifiesto una serie de problemas jurídicos a los que nuestros jueces han de hacer frente.

La calificación de esta sentencia da una idea de la gran variedad de cuestiones de DIPr vinculadas a la resolución: competencia judicial internacional, reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de divorcio y, la que es el centro del fallo judicial, modificación de medidas relativas a los cónyuges e hijos —resultantes de dicho divorcio— que fueron acordadas por autoridades extranjeras.

A pesar de su extensión y la gran cantidad de temas que trata —incluso, algunos de ellos sólo los menciona— la atención de la sentencia se limita a dos aspectos: 1) el análisis de los motivos de nulidad alegados por una de las partes, y 2) la adecuación de los argumentos personales y económicos de las partes para impugnar las cantidades fijadas. Dado el carácter limitado de esta nota, me voy a centrar: *a)* en concretar los datos del caso para su mejor comprensión, y *b)* en emitir mi criterio sobre aquellos aspectos jurídicos que pudieran resultar más relevantes.

2. La sentencia recurrida —de 15 de febrero de 2012— modifica el contenido de una sentencia extranjera, recaída en un proceso de divorcio, que incluye pronunciamientos respecto a los hijos y entre los ex-cónyuges, con la particularidad de que en el momento de finalizar el nuevo pleito en España los hijos ya han alcanzado la mayoría de edad, la madre se ha trasladado a Argentina y el padre, obligado al pago de pensión de alimentos, ha reducido sus ingresos económicos anuales.

En atención a lo expuesto, la resolución impugnada acordó que la guarda y custodia del hijo menor se atribuyera al padre, permaneciendo compartida la patria potestad, y que la madre podría disfrutar de un régimen de visitas amplio con el menor. De otra parte, el padre continuaría haciendo frente a las necesidades de alimentos de los hijos comunes, sin entregar las cantidades para tales conceptos a la demandada y en todo caso, sin abonar la cantidad de 500 euros por hijo establecida en la sentencia de *The High Court of Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance* a favor de la demandada y además, que abonaría a la su ex-esposa la cantidad mensual de 800 euros en sustitución de los 4.000 euros establecidos en la sentencia de Hong Kong.

3. La demandada en instancia —y apelante ante la AP— solicitó el archivo del procedimiento y, al mismo tiempo, la nulidad de las actuaciones en base a dos motivos: primero, por considerar competentes a los tribunales argentinos, dado que ella se encuentra residiendo allí. Y, segundo, por la supuesta improcedencia de que un Juzgado español pueda modificar medidas acordadas en un divorcio que han sido declaradas como no firmes.

En cuanto a la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, la AP acierta al entender que no procede, ya que basa su fallo en un punto clave:

el juzgado de instancia sólo ha homologado la parte de la sentencia extranjera que hace referencia al divorcio. Por tanto, el hecho de que las cuestiones relativas a las medidas sobre los hijos menores, bienes, relaciones entre los cónyuges, etc., no tengan valor de cosa juzgada es lo que ampara la apertura y tramitación del correspondiente procedimiento de modificación de medidas entablado en nuestro país.

El uso *a posteriori* que hace la demandada de «la falta de competencia de los Tribunales españoles» como argumento para la nulidad no fue alegado en instancia. En su lugar, compareció en el proceso, sometiéndose a la jurisdicción española y presentando mucho después otra solicitud de exequátur en Argentina. Cosa que la ponente tiene en cuenta, para llamar la atención sobre que nunca se impugnó la competencia de los tribunales españoles, que no se hizo referencia a litispendencia internacional alguna y que la competencia judicial internacional en el procedimiento de modificación de medidas por responsabilidad parental se ampara perfectamente en las normas establecidas en el art. 3 del Reglamento 2201/2003 en relación con el art. 22.2 LOPJ, ya que tanto el padre como el hijo residen en España.

Al respecto, la AP se limita a dar por buenos los actos procesales realizados por el juez de instancia —tanto respecto a las medidas provisionales, cuanto al procedimiento de exequátur— y considerando que la demandada tuvo la oportunidad de defenderse al ser notificada a través de su representación letrada, concluye acertadamente que no hay motivo de nulidad, ya que nada impide modificar las medidas aunque éstas no sean firmes.

4. En cuanto al resto de los motivos de impugnación, ambas partes se centran en la cuestión económica, ya que la *ex* esposa pretende seguir percibiendo 4.000 euros mensuales como pensión compensatoria y por otra parte, que el padre continuara abonando la cantidad de 500 euros mensuales a favor de cada hijo. A ello se opone el demandante y recurrente en base a los cambios sustanciales que se han producido en su patrimonio desde el 2008 hasta la presentación de este procedimiento, y a que los hijos han alcanzado la mayoría de edad.

El marco legal para dar respuesta judicial a la cuestión planteada, teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento de modificación de medidas, es desde un punto de vista procesal y sustantivo el de los arts. 775 LEC y 90.3, 91 *in fine*, 100 y 101 CC. Normas que utiliza adecuadamente la AP para fundamentar su fallo.

Y al mismo tiempo, se ampara en la jurisprudencia ya asentada del TS —que denomina «pacífica interpretación doctrinal y judicial»— y resuelve en un mismo pronunciamiento, conforme a lo establecido en el art. 775 LEC, en dos sentidos: por un lado, modifica la pensión compensatoria a 3.000 euros mensuales, a favor de la demandada (no a 800 euros como así lo hiciera el juez de instancia); y por otro, en cuanto a los hijos, teniendo en cuenta que ambos son mayores de edad, se libera al padre del pago de la pensión de alimentos de 500 euros mensuales por cada uno.

No obstante, se recuerda el derecho que tienen los hijos, desde su mayoría de edad, a entablar las acciones legales que les interesen, para que se establezca una pensión de alimentos si procede a su favor (FD 5).

5. En definitiva puede concluirse que a pesar de que esta sentencia está plagada de cuestiones relativas al DIPr, su desarrollo es conservador. Se plantean los temas pero no se entra de lleno en su análisis, remitiendo a las actuaciones procesales del tribunal de instancia. Se trata de una sentencia correcta, que plantea unas grandes expectativas que luego no se colman. Respeta la doctrina asentada por el TS y estima parcialmente las pretensiones de ambas partes, cuestión que a esta profesora le hace

recordar los tiempos en que —como juzgadora en un tribunal extranjero— se enfrentaba a casos complejos donde era mejor dar parte de la razón a cada uno que resolver de forma absoluta en uno u otro sentido.

Lerdys S. HEREDIA SÁNCHEZ
Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.15>

4.3. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: accidente de circulación

2015-16-Pr

RESPONSABILIDAD CIVIL.—Accidente de circulación por carretera ocurrido en Portugal.—Automóviles matriculados y asegurados en España.—Ley aplicable a la responsabilidad civil derivadas de accidentes de circulación por carretera.—Prueba del Derecho extranjero.

Preceptos aplicados: art. 10.9 CC; art. 4.1 Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»); art. 281 LEC.

Sentencia de la AP de Pontevedra, Sección 6.ª, núm. 293/2014, de 16 de mayo, Rec. 959/2012. Ponente: Míguez Tabares y Eugenio Francisco.

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2014/1265.

Los antecedentes del recurso de apelación resuelto por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra son los siguientes: Por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Vigo, con fecha 13 de julio de 2012, se dictó sentencia estimando en parte la demanda promovida por la entidad aseguradora Axa, D.ª Sagrario, D. Augusto y D. Ángel Jesús contra la entidad aseguradora Liberty Seguros Portugal, condenando a la misma a abonar a la primera la cantidad de 1.502,87 Euros más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la presente resolución, a D.ª Sagrario la de 3.273,63 Euros, a D. Augusto la de 2.035,53 Euros y a D. Ángel Jesús la de 3.273,63 Euros más los intereses. Contra dicha Sentencia LIBERTY SEGUROS interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y se formuló oposición al mismo por la parte contraria. Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución.

Nota. 1. Los hechos que dan lugar a esta sentencia fueron los siguientes: accidente de tráfico acaecido en Portugal en 2010 en el que se vieron implicados dos turismos matriculados y asegurados en España. No se discute ni la mecánica del accidente ni la responsabilidad imputable al conductor del vehículo asegurado en la compañía representada en España por la entidad demandada, sino que, en relación con la reclamación planteada por las lesiones de los demandantes, el debate se limita a la legislación aplicable. Tampoco se ha planteado declinatoria sobre la competencia territorial para conocer del proceso, por lo que se ha aceptado la competencia de los tribunales españoles para conocer del presente proceso. Respecto a la legislación sustantiva aplicable, la Audiencia entiende que es la de Portugal al haberse producido en dicho país el accidente de circulación. Al plantearse dudas acerca de la normativa vigente aplicable en Portugal, correspondiendo dicha prueba a la parte demandada, la AP de Pontevedra falla de acuerdo con la ley española.

2. Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual. Con cierta desgana la AP de Pontevedra se enfrenta al tema de la determinación de la ley aplicable. Hace una alusión al art. 10.9 CC, al art. 4.1 del Reglamento «Roma II», y al art. 31 del Real Decreto-ley 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que indica que a los siniestros a que se refiere este título (siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del perjudicado) les será de aplicación la legislación del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, para llegar a la conclusión siguiente: la legislación sustantiva aplicable en el presente supuesto es la portuguesa.

Se equivoca la AP de Pontevedra. La responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación por carretera no se rige, hoy día, ni por el Reglamento «Roma II» ni por el art. 10.9 CC. En efecto, la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación por carretera se determina con arreglo al Convenio de La Haya de 4 mayo de 1971 sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, que desde el 21 de noviembre de 1987 se halla en vigor para España. Este convenio prevalece sobre el Reglamento «Roma II» (art. 28.1). El Convenio determina la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la jurisdicción encargada de conocer el asunto (civil, penal, administrativa, etc.) y fija la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación por carretera.

El Convenio establece que la responsabilidad civil derivada del accidente se rige por la Ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente (art. 3). No obstante, cuando estuvieren implicados en el accidente varios vehículos matriculados en el mismo Estado, será aplicable dicha Ley [art. 4.b)]. Por tanto, en el caso que nos ocupa la AP de Pontevedra, en aplicación del citado Convenio, debió entender que, al verse implicados en el accidente en Portugal dos turismos matriculados y asegurados en España, la legislación sustantiva aplicable no era la portuguesa sino la española.

3. A decir verdad, la AP de Pontevedra no añade nada digno de reseñar en lo que se refiere a la aplicación del Derecho extranjero. Reitera la que constituye la doctrina más tradicional sobre el valor puramente fáctico del Derecho extranjero, cuya alegación y prueba corresponde a quienes sostienen su existencia y vigencia (véase RODRÍGUEZ PINEAU, E., *REDI*, 1997-24-Pr). La doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTS de 24 de junio de 2010, de 30 de abril de 2008, de 4 de julio de 2006, de 27 de diciembre de 2006, de 4 de mayo de 1989, de 7 de septiembre de 1990, de 16 de julio de 1991, o de 9 de febrero de 1999) considera la legislación extranjera como «cuestión de hecho» y como tal debe ser alegada y probada por la parte que la invoque, siendo necesario acreditar la exacta entidad del Derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable en los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente, constituyendo práctica reiterada la que determina que cuando a los Tribunales españoles no les sea posible fundamentar, con seguridad absoluta, la aplicación del derecho extranjero, hayan de juzgar y fallar según el derecho patrio.

Como señala el TS, en Sentencias de 30 de junio de 1962, de 7 de noviembre de 1971, de 13 de abril de 1992, de 23 de octubre de 1992 (con nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J., *REDI*, 1993-86-Pr), de 4 de mayo de 1995 (con nota de DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *REDI*, 1996-6-Pr), de 25 de enero de 1999, y de 9 de febrero de 1999 (véase PÉREZ UREÑA, A. A., «La competencia de los Tribunales españoles y la ley aplicable en los casos de separación y divorcio internacionales», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 24, julio de 2004, pp. 67-80), no basta para acreditar la norma extranjera la

mera dicción literal de los preceptos que refiere, si no se acredita, como es necesario, la vigencia del Derecho extranjero aplicable y la normal interpretación en el origen que del mismo se venga haciendo. La parte recurrente invoca la vigencia como legislación aplicable de la *Portaria n.º 377/2008, de 26 de Maio do Ministérios das Finanças e da Administração Pública e da Justiça de Portugal*; sin embargo resulta constatable que la citada normativa ha sido objeto de rectificación, pues le consta a la propia AP de Pontevedra que, al menos, se ha producido una primera modificación a través de la *Portaria* núm. 679/2009 de 25 de junio, que afecta tanto a la normativa reguladora como a los anexos en los que se contemplan las cuantías indemnizatorias, ignorando si se han producido nuevas reformas o si la citada normativa reformada se encuentra vigente y es aplicada por los tribunales portugueses. Por tanto, al plantearse dudas acerca de la normativa vigente aplicable en Portugal, correspondiendo dicha prueba a la parte demandada, la AP de Pontevedra falla de acuerdo con la ley española, tal y como establece la doctrina jurisprudencial antes citada.

No es el momento de analizar cuál es la manera más óptima de resolver déficits probatorios de este tipo, ya que se trata de un debate muy delimitado (sobre las diferentes soluciones, con sus ventajas y desventajas, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, pp. 520-521; y, sobre los indicios de que se avecinan cambios de cara a clarificar legalmente los supuestos de falta de prueba del Derecho extranjero, FONTANELLAS MORELL, J. M., *REDI*, 2014-30-Pr), ya que en el caso que estamos anotando la AP de Pontevedra debió aplicar la ley española, pero no por una falta de prueba de la ley portuguesa sino, como ya se ha señalado, por aplicación del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971.

4. En definitiva, la sentencia de la AP de Pontevedra es poco ejemplar por el desconocimiento de algunas fuentes de DIPr y la aplicación incorrecta de otras. Resulta muy poco gratificante su lectura pues pone de manifiesto hasta qué punto algunos Tribunales españoles siguen sin estar familiarizados con las herramientas que proporciona el sistema de fuentes de DIPr español y, sin darle la «normalización» que merecen conflictos privados internacionales como los que dan lugar a la sentencia objeto de esta Nota.

Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ

Universidad Miguel Hernández de Elche

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.16>

4.4. Sucesiones internacionales

REDI-17-Pr

SUCESIÓN HEREDITARIA.—Causante alemán residente en España: calificación negativa del Registrador de la Propiedad suspendiendo inscripción de escritura de aceptación y adjudicación de herencia.—Certificado expedido por el Consulado de Alemania: prueba suficiente del Derecho extranjero (alemán) aplicable.—Acta de declaración de herederos abintestato tramitada por el notario: título válido y suficiente de la sucesión a efectos del Registro.

Preceptos aplicados: arts. 9.8 CC, 168.4 RN, 36 RH, 281 LEC.

[...] declaro: 1. Que el notario demandante probó adecuadamente el derecho extranjero aplicable, siendo suficiente a tales efectos el certificado expedido por la Vicecónsul

de la República federal de Alemania en las Palmas. 2. Que ha de reputarse título válido y suficiente de la sucesión a efectos del Registro de la Propiedad, el Acta de Declaración de herederos abintestato tramitada por el Notario, sin que sea necesario además que ante un juzgado alemán se tramite procedimiento alguno de declaración de herederos (Erbschein).

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (núm. 10) de Las Palmas núm. 574/2013, de 7 de enero de 2014. Ponente: M. C. de León Jiménez.

F.: La Ley, 3739/2014.

Nota. 1. Don Germán, ciudadano alemán propietario de bienes inmuebles sitos en su último domicilio de Tías (Lanzarote), fallece en Lanzarote en 2012. Más tarde, el notario español de Yaiza (Lanzarote) autorizó la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, presentándose copia autorizada de este título ante el Registro de la Propiedad de Tías, cuyo registrador suspende la inscripción en ausencia del acta de declaración de herederos abintestato junto con el certificado de defunción del causante y del Registro General de Actos de Última Voluntad. En 2013, aportados estos documentos, suspende otra vez la inscripción al considerar insuficiente el certificado expedido por el Consulado de Alemania en Las Palmas como medio de prueba del Derecho extranjero, exigiendo aportar el *Erbschein* o certificado sucesorio emitido por juzgado alemán acreditativo de quiénes son los herederos de una persona fallecida con o sin testamento. Recurre esta calificación denegatoria el notario autorizante, oponiéndose el registrador argumentando la bondad de las calificaciones registrales, que el notario no considera la nacionalidad alemana del causante, y que, rigiéndose la sucesión por la ley alemana, se aporta sólo certificado de últimas voluntades, desconociéndose realmente si el causante hizo testamento en Alemania.

2. Inoperativo el reenvío de retorno a la ley española por coincidencia con el punto de conexión, nacionalidad del causante, de la norma de conflicto alemana del art. 25.I EGBGB, rige la sucesión de don Germán la ley alemana por remisión del art. 9.8 CC, regulador de esta materia hasta que resulte aplicable tras el 17 de agosto de 2015 el ya en vigor Reglamento 650/2012 (y el *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias* en cuanto a su validez formal, incluso también tras el Reglamento 650/2012, y ya no, error de la sentencia comentada en FD 4, el art. 11 CC), y cuya aplicación efectiva pasa, tanto desde la óptica de las autoridades judiciales como, en lo que ahora interesa, de notarios y registradores, por su prueba. En este sentido, actúa correctamente el notario de Yaiza al aportar certificación expedida por el vicecónsul de la República Federal de Alemania en Las Palmas de Gran Canaria con el contenido y vigencia de las normas del Derecho civil alemán reguladoras de la sucesión intestada, que incorpora al acta de declaración de herederos *ab intestato* debidamente traducida; o, lo que es lo mismo, existe prueba suficiente del Derecho alemán al ser el certificado consular «...medio válido para acreditar (su) vigencia...» en virtud del art. 168.4 RN (FD 4). Por eso no se entiende la actuación del registrador de Tías negando esta suficiencia, desvirtuando la aplicación del Derecho extranjero por el notario y exigiendo el certificado sucesorio alemán, en consonancia con lo que parece ser un cambio de criterio de la DGRN sometiendo el tratamiento del Derecho extranjero por notarios y registradores, además de a las reglas especiales, a la general del art. 281 LEC propio de la sede judicial (así, Res. DGRN de 26 de junio de 2012), esto es, prueba exhaustiva del Derecho extranjero: contenido, vigencia, sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del Estado en cuestión (Res. DGRN 26/6/12: misma actuación ante ley extranjera traída

ex conocimiento del notario autorizante de la escritura más informe de jurisconsulto extranjero; igual, Res. DGRN de 2 de febrero de 2012: ley italiana *ex* conocimiento del notario). Primero. Es cuestionable la aplicación subsidiaria del art. 281 LEC en sede extrajudicial: el art. 4 LEC no hace referencia al ámbito registral, y sólo a los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, cuando estima que, en defecto de disposiciones en las leyes correspondientes, «...serán de aplicación los preceptos de la presente Ley...» (SAP Madrid de 16 de octubre de 2012, que, no obstante, parece asumir este carácter subsidiario del art. 281 LEC también en sede registral). Segundo. No existe un *numerus clausus* relativo a los medios de prueba del Derecho extranjero cuando el registrador comprueba la adecuación a la ley extranjera del acto contenido en el documento cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretende: al margen de poder valerse el registrador de su propio conocimiento del Derecho extranjero, el art. 36 RH, aunque menciona aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país cuya legislación sea aplicable, habla expresamente de «...entre otros medios...» (tendencia también a flexibilizar la necesidad de aportación de ciertos medios de prueba en sede judicial, si bien partiendo de la aportación de prueba documental, suficiente muchas veces como prueba única; así, por ej., SAP Granada de 19 de julio de 2004, o SAP Barcelona de 28 de septiembre de 2004). Tercero. Riesgo de indefensión que se produciría de agotar todos los medios existentes para acreditar el Derecho extranjero y aun así considerar su prueba insuficiente, más todavía rigiendo el principio de libertad de medios de averiguación (SAP Madrid de 16 de octubre de 2012, admitiendo informe de jurisconsulto extranjero). Por ello, debe practicarse inscripción si el notario autorizó una escritura pública en aplicación de un Derecho extranjero que había probado a partir de cualquiera de los medios recogidos en el art. 168.4 RN, coincidentes con los relacionados en el art. 36 RH, exigiendo del registrador, en los fundamentos de Derecho de la calificación denegatoria de la inscripción, motivación expresa de su opinión discrepante en cuanto a la ley extranjera y a través también de cualquiera de los medios de prueba habilitados por el art. 36 RH; probado el Derecho extranjero, vincula la prueba al registrador [así, BLANCO-MORALES LIMONES, P., «No se puede exigir el certificado sucesorio para inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes heredados de un causante alemán (*Ein Erbschein ist zum Erben keine Pflicht*)», *Diario La Ley*, 2014, núm. 8262, p. II.2].

3. Tampoco se entiende que el registrador de Tías, además de desvirtuar la prueba plena y suficiente que, del Derecho alemán y de acuerdo con los arts. 168.4 RN y 36 RH, había traído el notario a través del certificado consular; proceda a denegar la inscripción al exigir la aportación a mayores de un certificado sucesorio alemán o *Erbschein* acreditativo de quiénes son los herederos de la persona fallecida, en línea con ciertas respuestas de la DGRN (Res. DGRN de 28 de julio de 2011, sobre exigencia de presentar título sucesorio extranjero, en el caso, holandés). Primero. Porque, de acuerdo con la ley española, aplicable *ex* art. 10.1 CC, y consecuente con su naturaleza real, a la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad español, un certificado sucesorio extranjero no es título exigible para acceder al Registro: a tenor de lo dispuesto en el art. 14 LH y el art. 979 LEC 1881, el título exigible a tales efectos puede ser testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad, o, lo que ahora interesa, la declaración judicial de herederos abintestato, sin mención alguna, pues, al título sucesorio extranjero (FD 4). Segundo. Porque, reclamando la aportación del certificado sucesorio alemán o *Erbschein*, el registrador estaría solicitando un requisito que no es exigible, con carácter general, en el propio Derecho alemán: si bien es cierto que el *Erbschein* proporciona seguridad al tráfico, en su sentido de documento público en el que se identifica al causante, los bienes conformantes del caudal relicto,

los herederos y sus derechos, así como las limitaciones dispositivas o la designación del *Testamentsvollstrecker* (§ 2364 Abs. 1 BGB), de acuerdo con el Derecho alemán y a fin de evitar una carga desmesurada al heredero y retrasos en la regularización de la sucesión, no existe obligación por parte del heredero de demostrar su cualidad de tal a través de un certificado sucesorio, admitiéndose la verificación de su condición por otros medios (Sentencia BGH de 8 de octubre de 2013, XI ZR 401/2012: exigible sólo de existir dudas al valorar una disposición *mortis causae* respecto de un pretendido derecho sucesorio que requiera informaciones adicionales sobre la voluntad del causante o sobre las verdaderas relaciones existentes; DOWNES, N., «El *Erbschein* en la práctica notarial española: ¿un documento necesario o simplemente útil?», *Rev. Jur. Notariado*, 2003, núm. 46, pp. 67-106). Tercero. Porque la actuación del registrador de Tías pretendiendo demostrar la incorrecta aplicación del Derecho extranjero al exigir el certificado sucesorio alemán o *Erbschein*, no es coherente con la, a su juicio, prueba insuficiente del Derecho alemán (así, BLANCO-MORALES LIMONES, P., *op. cit.*, punto I *in fine*: resulta incongruente denegar la inscripción de la escritura autorizada por notario español con base en la falta de prueba del Derecho extranjero y al mismo tiempo imponer el cumplimiento de un requisito supuestamente exigido por ese Derecho). En fin, el Reglamento 650/2012 traerá consigo, como es sabido e inspirado precisamente en el *Erbschein* alemán, el certificado sucesorio europeo (arts. 62-73), en orden a facilitar la tramitación rápida y eficiente de las sucesiones en la UE, especialmente, que herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia puedan probar con mayor facilidad su cualidad de tal, así como sus derechos o facultades en otro Estado miembro (aquél donde se hallen sitios bienes sucesorios, por ejemplo), por otra parte, conviviente con aquellos otros títulos o certificados sucesorios domésticos (por ejemplo, en España, escritura de aceptación; considerando 67, Reglamento 650/12).

Javier MASEDA RODRÍGUEZ*

Universidad de Santiago de Compostela

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.17>

REDI-18-Pr

SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.—Testamento otorgado en Londres.—Declaración de nulidad por presunta falsedad de la firma.—Competencia de los tribunales españoles.—Ley aplicable a la forma y a la validez del testamento.—Resolución judicial extranjera (*Grant of Probate*) dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Londres.—Validez y eficacia de la decisión de un tribunal extranjero.

Preceptos aplicados: art. 22.2 LOPJ; art. 1 del Convenio de La Haya de 1961, sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias; arts. 9.1 y 11.1 CC; art. 281 LEC.

Sentencia AP Málaga (Sección 4.^a) núm. 250/2014, de 30 de mayo. Ponente: José Luis López Fuentes.

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2014/1617.

* La presente colaboración se enmarca en la ejecución del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i, «Sucesiones internacionales. El Reglamento 650/2012 y su interacción con el Derecho civil nacional» (Ref. DER2013-43391-R), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el FEDER, y dentro del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia (exp. GPC2014/024).

Alega la recurrente en su primer motivo el error en la valoración de la prueba, por omisión en la sentencia de toda referencia al documento [...] consistente en auto de averdación dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Londres [...] lo que supone un desconocimiento de la validez y eficacia de la decisión de un tribunal extranjero, con infracción de las normas que regulan la ley aplicable a la forma del testamento, y en concreto del Convenio de La Haya.

El art. 3 del Convenio de La Haya de 1989 dispone sobre competencia en materia de sucesiones, lo siguiente: «1. La sucesión se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento, si en ese momento fuera nacional de dicho Estado. 2. La sucesión también se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en dicho Estado durante un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anterior a su fallecimiento[...].

Conforme a lo establecido en el art. 22.2º de la LOPJ, serán competentes los Juzgados y Tribunales españoles [...] y el número 3º indica que también serán competentes «en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España».

[...] la cuestión a dilucidar es si los tribunales españoles deben aplicar las leyes españolas en cuanto a la eficacia de un testamento otorgado en el extranjero y presuntamente falsificado.

Por tanto, aún cuando la forma del testamento puede otorgarse conforme a la ley reguladora personal del causante, la ley aplicable en el presente caso, al tratarse de una persona fallecida en España, con último domicilio en España y con sus bienes en España, no puede ser otra que la española, que regirá toda cuestión que afecte a la eficacia del testamento, pues una cosa es la forma del testamento y otra distinta su autenticidad, que es cuestión de orden público y que afecta al contenido del testamento, de modo que no puede negarse la aplicación de la ley española cuando se afirme que un testamento es nulo por presunta falsedad de la firma.

Nota. 1. Se plantea en este procedimiento la validez en España de un testamento otorgado en Londres por un ciudadano de nacionalidad americana que se encontraba domiciliado en España en el momento del fallecimiento donde, además, tenía bienes inmuebles. La presunta falsedad de la firma era el argumento esgrimido por la recurrente para solicitar la nulidad del mencionado testamento. Este proceso nos permite analizar los tres sectores del DIPr, a saber, la competencia de los tribunales españoles para declarar la eficacia o nulidad del testamento otorgado en el extranjero; el derecho aplicable a la sucesión por causa de muerte; y el reconocimiento incidental de una resolución judicial extranjera dictada por el Registro principal del Departamento de familia del Tribunal Superior de Justicia de Londres.

2. Por lo que respecta a la competencia de los tribunales españoles para revocar el testamento otorgado en Londres hay que señalar que, a falta de norma convencional o de la Unión Europea aplicable, el art. 22.3 de la LOPJ en su último inciso atribuye competencia a los juzgados y tribunales españoles «cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España», circunstancias que, como ya he señalado, concurrían en el presente supuesto. Además, la competencia de los tribunales españoles no había sido cuestionada por la parte recurrente por lo que no plantea ninguna controversia contrariamente a lo que sucede con la ley aplicable por el tribunal español para declarar la nulidad del testamento otorgado en el extranjero.

3. En relación a la ley aplicable a la forma del testamento, de conformidad con lo dispuesto en las normas de DIPr contenidas en el art. 11.1 CC, las formas y solemnidades del mencionado testamento debían regirse por la ley inglesa por ser éste el país en el que se había otorgado. Aún cuando la sentencia objeto de comentario no lo menciona, hay que señalar que este precepto contiene una de las conexiones previstas en el art. 1 del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias —en vigor tanto en España cuanto en el Reino Unido, donde se incorporó a través del *Wills Act* de 1963—, que considera válida una disposición testamentaria cuando se ajuste, entre otras posibilidades, a la ley interna del lugar donde el testador hizo la disposición (la ley inglesa en el presente caso), sin que la nacionalidad norteamericana del causante tenga ninguna transcendencia a estos efectos, pues el art. 6 del mencionado Convenio dispone que: «El Convenio se aplicará aunque la nacionalidad de los interesados [...] no sea la de un Estado contratante».

4. Por el contrario, para determinar la ley aplicable a la sucesión, la sentencia hace referencia al Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte y lo hace de forma errónea al indicar que «el Convenio dispone sobre competencia en materia de sucesiones» pues este Convenio únicamente establece disposiciones comunes relativas a la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte pero no a la competencia judicial internacional. Por otra parte, tampoco resulta acertada la referencia al mencionado Convenio por cuanto el mismo ha constituido un fracaso (a fecha de hoy únicamente ha sido ratificado por Países Bajos), si bien es cierto que, en algunos aspectos, ha servido de inspiración al Reglamento 650/2012 sobre sucesiones internacionales que será aplicable a partir del 17 de agosto de 2015 y que permitirá disponer de un sistema uniforme para determinar, además de la ley aplicable, la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia sucesoria en el ámbito de la Unión Europea. Consecuentemente, hasta ese momento, la norma de conflicto aplicable seguirá siendo el art. 9.8 CC en virtud del cual la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. Es decir, la ley del Estado norteamericano de Massachusetts, por ser Estados Unidos un ordenamiento plurilegislativo, si bien, al aplicar las normas de DIPr del mencionado Estado, es posible apreciar un reenvío a la ley española (art. 12.2 CC), no sólo porque el causante no disponía de bienes en el Estado norteamericano, tal y como manifiesta la Sala sino porque el *Massachusetts Uniform Probate Code* (Chapter 190 B, Article II, Section 2-401) utiliza como punto de conexión para determinar la ley aplicable a las sucesiones el último domicilio del causante en el momento del fallecimiento. Reenvío que ha de ser admitido por los tribunales españoles en aras a garantizar los principios de unidad y universalidad en los que se inspira el proceso sucesorio en España, tal y como ya ha tenido ocasión de manifestar el Tribunal Supremo (SSTS de 15 de noviembre de 1996, de 21 de mayo de 1999 y de 23 de septiembre de 2002).

5. Finalmente, en relación al reconocimiento incidental del *Grant of Probate*, considero acertada la decisión de la Sala de no reconocer la resolución judicial extranjera si bien discrepo en relación a su fundamento. La Sala considera que el *Grant of Probate* se limita a registrar el testamento y nombrar ejecutor sin manifestarse sobre la validez y veracidad del testamento, pero lo cierto es que en el Derecho inglés este certificado constituye la aceptación oficial de la autenticidad de un testamento y la autorización oficial que permite al ejecutor testamentario comenzar a ejercer sus funciones, liquidar la herencia y entregar el remanente líquido a los beneficiarios cumpliendo la voluntad del testador. Cuando alguna de las partes considere que el testamento

no es válido introducirá una acción e impedirá que el Tribunal conceda el *Grant of Probate*. De hecho, la emisión de un *Grant* requiere el cumplimiento de ciertas formalidades, entre ellas la declaración bajo juramento (*affidavit*) de uno de los testigos que asistieron a la firma del testamento por el testador en caso de conflicto (JAMES, P. S., *Introduction to English law*, Oxford University Press, 13.^a ed., 1996). En mi opinión, el argumento para no reconocer la resolución judicial extranjera ha de sustentarse en el hecho de que la ley aplicable a la sucesión es la ley española y no el Derecho inglés como pretende la parte apelante. Consecuentemente, no procede solicitar el *Grant of probate* al amparo del Derecho inglés. En conclusión, la forma del testamento se rige por la ley inglesa por ser la del lugar en el que se otorgó, pero la sucesión se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento que, como he señalado, es la ley española por el reenvío que practica la ley del Estado de Massachusetts al Derecho español y con base en ella ha de establecerse la posible nulidad del testamento, independientemente del *Grant of Probate* otorgado por el Tribunal inglés.

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ
Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.18>

4.5. Dimensión interna del sistema de DIPr

REDI-19-Pr

SUCESION TESTAMENTARIA.—Derechos que por ministerio de ley corresponden al cónyuge supérstite.—Efectos del matrimonio.—Inadaptación, desajuste y coherencia interordinamental.—Autonomía de la voluntad.

Preceptos aplicados: arts. 9.2, 9.8, 16 CC.

Sentencia AP Islas Baleares (Sección 5.^a) núm. 179/2014, de 11 de junio. Ponente: Mateo Ramón Hómar.

F: Aranzadi Westlaw, AC/2014/1236.

La demandante Sra. Modesta ejercita dos acciones contra los tres hijos y herederos de quien fue su esposo, en petición de que se le reconozcan sus derechos legítimos conforme al Código Civil, y una indemnización de 19.068,64 euros por aplicación del art. 1438 del CC. Como argumentos más relevantes respecto de la primera acción alude a que los efectos del matrimonio se regulan por el derecho común en aplicación del art. 9.8 del CC, pues han tenido su residencia habitual en Alcalá la Real (Jaén), siendo éste su último domicilio, con lo cual los efectos del matrimonio deben regularse por el derecho común, y entre ellos la legítima viudal [...].

Los demandados niegan la convivencia durante treinta años; dicen que su madre D.^a Sonia se separó de su padre en el año 2000, la sentencia de separación se dictó en el año 2004 y el divorcio contencioso en enero de 2008; niegan que hubieren sido pareja de hecho [...] [sostienen que] la única consecuencia de la escritura es la fijación del régimen matrimonial y no de la sucesión; existencia de una residencia esporádica con la actora, con la que no tuvo una convivencia continua y permanente, y niega que cuidara a la madre de su esposo, fallecida en 1995.

La sentencia de instancia desestima la demanda, y como argumentos más relevantes, refiere que D. Arcadio estuvo empadronado en Ibiza desde 1996, lo cual contradice la

certificación del Ayuntamiento de Alcalá la Real, y su domicilio en [...] se recoge en el padrón, en el certificado de defunción, INSS, testamentos otorgados en Ibiza, y la escritura de capitulaciones matrimoniales; que las capitulaciones tienen como finalidad determinar el régimen económico matrimonial de separación de bienes para el futuro matrimonio, no así determinar consecuencia alguna en orden a la ley aplicable a la sucesión del causante; en el testamento se aprecia el propósito de testar con arreglo a las normas forales en materia de testamentaría; existen varias tesis doctrinales sobre la cuestión de la interpretación de los apartados 2 y 8 del art. 9 del CC, junto con los arts. 14 y 16 del CC y el art. 1 de la Compilación de Baleares, y llega a la conclusión de que la sucesión se rige por el art. 79 de la Compilación, conforme al cual el cónyuge viudo no es legitimario.

Nota. 1. Nos encontramos con un viejo y recurrente tema de Derecho de sucesiones con especial incidencia en Derecho interregional: los derechos que por ministerio de ley le corresponden al cónyuge supérstite en función del art. 9.8 *in fine* del CC. El supuesto que nos ocupa es una muestra del problema de interpretación de dicho precepto o, más exactamente, de delimitación del ámbito de aplicación de la norma de conflicto, convertido en un debate doctrinal todavía sin resolver. Las dos posturas existentes al respecto cobran de nuevo protagonismo en las partes integradas en nuestra controversia, poniendo de manifiesto, una vez más, su actualidad.

La pregunta sigue siendo sencilla, mas la respuesta parece no serlo tanto: ¿qué derechos le corresponden al cónyuge supérstite cuando la ley que rige la sucesión y la ley que rige los efectos del matrimonio son distintas? Respuesta que engloba problemas de calificación, delimitación y adaptación o coherencia interordenal que le dotan de cierta complejidad (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío», *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 131-157).

2. En la sentencia que nos ocupa don Arcadio, de vecindad civil ibicenca, contrae matrimonio en segundas nupcias con doña Modesta, de vecindad civil común, en Alcalá la Real (Jaén); lugar donde se encuentra su residencia habitual común. Con anterioridad al matrimonio, la pareja había otorgado escritura pública de capitulaciones matrimoniales fijando el régimen de separación de bienes del Código Civil. Dos años después don Arcadio fallece habiendo otorgado testamento, acorde con el Derecho foral ibicenco, en el que nombra herederos a sus tres hijos de un matrimonio anterior sin efectuar disposición alguna en favor de su actual esposa.

La esposa y actora en instancia solicita que le sea reconocida la legítima viudal conforme al Código Civil (amen de una compensación /indemnización vinculada al art. 1.438 CC que no entraremos a discutir). Ajustándose a una interpretación amplia del art. 9.8 *in fine* del CC establece que los efectos del matrimonio se rigen por el Derecho común en tanto que la última residencia habitual de los cónyuges se encontraba en Jaén, lugar donde, además, contrajeron matrimonio. El art. 9.2 del CC, regulador de los efectos del matrimonio, no da lugar a dudas. Según la demandante, en virtud del último inciso integrado en el art. 9.8 del CC la ley establecida por el art. 9.2 se extiende a *todos* los efectos del matrimonio incluyendo aquellos vinculados a la sucesión del causante, como es la legítima viudal reclamada. Y es que, aunque el art. 9.8 del CC establece que la ley sucesoria será la de la vecindad civil del causante, los derechos que corresponden al cónyuge supérstite por ministerio de la ley quedarán sometidos a la misma ley que rige los efectos del matrimonio.

Es bien conocido que el último inciso del art. 9.8 del CC trata de regular esta cuestión haciendo frente a los potenciales problemas de inadaptación o desajuste del

sistema que pueden concurrir cuando la ley reguladora del régimen económico matrimonial y la ley aplicable a la sucesión son distintas y con un contenido material incompatible desde la perspectiva de la coherencia interordinamental (BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 30). Para evitarlo la ley aplicable a los efectos del matrimonio (art. 9.2 del CC) desplaza a la ley que rige la sucesión en aras a garantizar una correcta coordinación entre la esfera patrimonial de los cónyuges antes y después de su muerte; diluyendo la inoportuna frontera que separa el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones. La interpretación más evidente es pensar que el precepto se refiere a todos los derechos que el cónyuge superviviente tenga por ministerio de la ley.

3. A pesar de ello, existen una interpretación que, con el pretexto de garantizar la unidad de la sucesión, hace una lectura forzada y carente de sentido del art. 9.8 *in fine* y se aferra a una interpretación restrictiva del precepto. Esencialmente esa es la seguida tanto por la Sentencia de Instancia como por la Audiencia Provincial desestimando la pretensión de la demandada. En ella se diferencia entre los «efectos familiares» y los «efectos sucesorios» del matrimonio, de modo que los derechos que por ministerio de ley le corresponden al cónyuge superviviente aludidos en el art. 9.8 *in fine* serían únicamente los de *naturaleza familiar*. Así se mantiene la aplicación de la ley sucesoria a los efectos del matrimonio que se engloban como derechos sucesorios del cónyuge superviviente, sin importar si la ley que rige el resto de los efectos del matrimonio coincide o no con esta última. Proyectado a nuestro caso concreto la ley sucesoria (la ibicenca) se aplicaría a toda la sucesión del causante, también a los efectos «sucesorios» del matrimonio. Como resultado se deniega la pretendida legítima viudal en aplicación del art. 79 de la Compilación de Baleares —tal y como defienden los hijos—. Pero entonces ¿para que se integró el último inciso del art. 9.8 mediante la Ley 11/1990? La respuesta es también rotunda (y carente de sentido): únicamente para regular los «efectos familiares del matrimonio».

4. No debe sorprender la tesis acogida por la Audiencia Provincial, que no hace sino seguir las erróneas pautas marcadas por la DGRN en Resoluciones de 11 de marzo y de 18 de marzo de 2003 (véase FONT I SEGURA, A., *REDI*, 2003-28-Pr, pp. 993-994) y de 5 de marzo de 2005. Aunque pensamos que se trata de un razonamiento desatinado, hay que constatar su existencia y su cierta autoridad práctica. En el supuesto podría, además, entenderse la solución última si tenemos en cuenta la propuesta de que el inciso final del art. 9.8 del CC no sea de aplicación cuando los cónyuges hayan pactado expresamente un régimen determinado dotando de la deseada coherencia a toda los efectos privados de su relación, anticipándose a la voluntad del legislador y mermando (en este caso concreto) el objetivo finalista inherente al art. 9.8 *in fine* (véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Dos cuestiones...», *op. cit.*, pp. 10-11). Sólo que la argumentación de la AP no va en este sentido. La aceptación de una *professio iuris* en materia sucesoria, tal y como hace el Reglamento de sucesiones europeo, junto con la libertad de pactos de régimen económico, podrían facilitar la solución de este tipo de problemas.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI*

Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.19>

* La presente colaboración se enmarca en la ejecución del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i, «Sucesiones internacionales. El Reglamento 650/2012 y su interacción con el Derecho civil nacional» (Ref. DER2013-43391-R), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el FEDER.