

B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

Selección y coordinación a cargo de

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—2.1. Competencia judicial internacional.—2.2. Obtención de pruebas en el extranjero.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—3.1. Competencia judicial internacional.—3.2. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.—4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—4.1. Matrimonio, nulidad, separación y divorcio.—4.2. Contrato individual de trabajo.—4.3. Obligaciones no contractuales.—4.4. Sucesión por causa de muerte.

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2013-16-Pr

ADOPCIÓN INTERNACIONAL.—Ley aplicable.—Conversión indirecta de *kafala* en adopción plena.—Derecho a la vida personal y familiar del menor.—Imposi-

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2013-1. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en los años 2012 y 2013. Colaboran en la presente crónica, Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Clara Isabel Cordero Álvarez, Albert Font i Segura, Josep Fontanellas Morell, Àngel Espiniella Menéndez, Gloria Esteban de la Rosa, Laura García Gutiérrez, Carmen María García Mirete, Lerdys Heredia Sánchez, Pilar Jiménez Blanco, Aurelio López-Tarruella Martínez, Nerea Magallón Elósegui, Javier Maseda Rodríguez, Pedro Alberto de Miguel Asensio, Cristian Oró Martínez, de las Universidades de Alicante, Deusto, Jaén, Lleida, Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid, Oviedo, Pompeu Fabra y Santiago de Compostela, así como del *Max Planck Institute Luxemburg for International, European and Regulatory Procedural Law*.

bilidad de adopción conforme a la ley aplicable.—Violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: no.

Preceptos aplicados: arts. 8 y 14 CEDH.

STEDH (Sala 5.^a) de 8 de octubre de 2012, demanda 43631/09, Harroudj c. France. Presidente: Dean Spielmann.

F.: Aranzadi Westlaw, TEDH 2012/89.

40. [...] el artículo 8 del Convenio principalmente tiende a proteger al individuo contra cualquier injerencia arbitraria de los poderes públicos; genera además obligaciones positivas inherentes a un efectivo respeto de la vida familiar. En cualquier caso, debe intentarse conseguir el equilibrio entre los intereses contrapuestos del individuo y de la sociedad en su conjunto. Asimismo, en los dos casos, el Estado goza de un cierto margen de apreciación.

41. El Tribunal recuerda [...] que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. En este contexto, el Tribunal ya ha considerado que las disposiciones del artículo 8 no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. Esto sin embargo no significa que los Estados partes del Convenio podrían encontrarse, en determinadas circunstancias, en la obligación positiva de permitir la formación y el desarrollo de los vínculos familiares.

49. [...] La *kafala* explícitamente entra en el campo de aplicación del Convenio de La Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

53. [...] La demandante alega que al basarse en la legislación personal de la niña, que no permite la adopción, las disposiciones del código civil francés producen una discriminación injustificada basada en el origen nacional. Invoca el artículo 14 del Convenio [...]. El Tribunal estima que en el fondo de la denuncia de la demandante al amparo del artículo 14 [...] se encuentra la imposibilidad de adoptar a la niña debido a su legislación personal. Esta cuestión se ha examinado desde el punto de vista del artículo 8, y se ha constatado la no violación.

Nota. 1. La reciente Sentencia del TEDH dictada en el asunto *Harroudj c. France* da cuenta de la existencia de cuestiones aún pendientes por resolver respecto de la institución de la *kafala* en Europa. Esta resolución aborda la compatibilidad del sistema de DIPr francés con los derechos fundamentales consagrados en el CEDH (en particular con el principio de no discriminación por nacionalidad del art. 14 y el derecho a la vida privada y familiar del menor del art. 8), en un supuesto de denegación de adopción en Francia de un menor de nacionalidad argelina venido en *kafala*. El análisis en concreto se centra en la norma de conflicto prevista para los supuestos de adopción internacional —art. 370.3 II, Código Civil francés—. Según el tenor literal de este precepto, la adopción de un menor extranjero no puede ser pronunciada si su ley personal prohíbe esta institución, excepto si este menor nació y habitualmente reside en Francia. Los tribunales nacionales para rechazar la demanda de adopción se basaron en este precepto y en el art. 20 del Convenio de Nueva York sobre los derechos humanos del niño. Se declara por los tribunales nacionales la compatibilidad del art. 370.3 con el Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993, incluso si esta Convención sólo considera las adopciones que «establecen un vínculo de filiación» (art. 2.2) por lo que estas adopciones sólo pueden darse si las autoridades competentes del

Estado de origen han establecido que el menor es adoptable [art. 4.a) apdo. 19]. Se plantea por la reclamante que el diseño de esta norma de conflicto supone un trato discriminatorio para el menor —injustificado y por tanto contrario al art. 14 CEDH—, ya que el resultado varía en función de la nacionalidad que se ostente por el menor.

2. Los efectos que deben otorgarse a las instituciones jurídicas extranjeras respecto de menores en el Estado de acogida, para no vulnerar sus derechos fundamentales referidos a la familia (art. 8 CEDH), han sido ya determinados por el Tribunal en anteriores resoluciones, las cuales resulta relevante traer aquí a colación. Si bien éstas se refieren a otro sector del DIPr —el del reconocimiento de decisiones extranjeras— distinto del que en la sentencia analizada se plantea: el derecho aplicable a la conversión indirecta o constitución *ex novo* de una adopción plena partiendo de una *kafala*. Para el TEDH existe un derecho al reconocimiento en el Estado de acogida de un estatus familiar o de una relación encaminada a la protección del menor constituida válidamente en el extranjero —Estado de origen—, cuando la denegación de esta situación suponga la desprotección de alguno de los derechos fundamentales tutelados por el CEDH (en este caso el derecho a la vida familiar). El eventual recurso al derecho a la vida privada y familiar del menor como fundamento del reconocimiento de decisiones extranjeras fue resuelto favorablemente en la sentencia *Negrepontis* (sentencia de 3 de mayo de 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, C-56759/08). En esta resolución, versada específicamente sobre una adopción constituida en Estados Unidos, el Tribunal confirma su criterio ya manifestado previamente en la sentencia *Wagner* (sentencia de 28 de junio de 2007, *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, C-76240/01, relativa al reconocimiento de una adopción peruana). Cabe diferir de esta doctrina que el Tribunal se posiciona favorablemente al reconocimiento de este tipo de decisiones extranjeras en los Estados contratantes, al concluir que las obligaciones positivas al respeto efectivo de la vida familiar con base en el art. 8 se proyectan sobre las relaciones de estado civil y familiares constituidas en el extranjero, de modo que la negativa al reconocimiento de decisiones extranjeras en virtud de las cuales se constituyen tales relaciones, suponen una injerencia en el derecho protegido por el art. 8 (§ 54, *Negrepontis*). Para que la injerencia de la autoridad pública pueda considerarse como aceptable y no implique una violación del art. 8 es necesario que la denegación del reconocimiento de la decisión extranjera responda a una necesidad social imperiosa y sea proporcional al fin legítimo perseguido (§ 61, *Negrepontis*). Es más, el Tribunal considera que la denegación de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera que implique una injerencia en la vida privada y familiar con base en la interpretación de orden público, según la cual la denegación del reconocimiento no responda a una necesidad social imperiosa, supone que se ha hecho un empleo arbitrario y desproporcionado de la noción de orden público en circunstancias tales que determinan asimismo la vulneración del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH). Si bien no es fácilmente asimilable la identificación del derecho/obligación de los Estados contratantes a reconocer las decisiones extranjeras como mero corolario del derecho fundamental a un proceso equitativo, al menos a día de hoy [KINSCH, P., «Private international law topics before the European Court of Human Rights selected judgments and decisions (2010-2011)», *YPIL*, vol. 13, 2011, pp. 37-49, en esp. p. 44].

3. Necesariamente ha de distinguirse aquellos supuestos que —como el que sirvió de base en el asunto *Negrepontis*— se trata de reconocer los mismos efectos establecidos en el Estado de origen en el Estado de acogida, con las mismas o al menos equivalentes consecuencias de continuidad/estabilidad de la institución/estatus jurídico para los sujetos implicados, de aquellos en los que se pretende el reconocimiento en el Estado receptor de distintos efectos o resultados para la institución de los

reconocidos en el propio Estado de constitución. En este último grupo de supuestos es donde encaja el caso que por el tribunal de Estrasburgo se resuelve en la sentencia que se analiza. Lo que se pretendía era que la institución de la *kafala* constituida en el extranjero produzca en el Estado de acogida —Francia— efectos equivalentes a la adopción —plena, pues es la que se reconoce en el foro—, basándose en un eventual derecho fundamental del menor a la vida íntima y familiar efectiva. Esto conduciría a reconocer a la *kafala* distintos efectos de los que en el propio Estado de origen se establecen, pues en ningún caso ésta crea lazos de filiación entre el menor *makful* y el *kafil* (y consecuentemente, para el caso de que los tuviera, no se rompen los lazos de filiación con la familia natural). Partiendo de que no es posible una conversión directa de la *kafala* en adopción, mediante el reconocimiento de los mismos efectos en el Estado requerido, la otra opción que se plantea es la posible conversión indirecta o constitución *ex novo* de una adopción partiendo de una previa *kafala* cuando el Derecho del Estado de origen —al que remite la norma de conflicto del foro— prohíbe esa figura. Éste es precisamente el caso sobre el que ha resuelto en el asunto de referencia.

4. Toda vez que la regla conflictual analizada reenvía a la ley del estatuto personal, no puede considerarse en modo alguno como discriminatoria y, consecuentemente, resulta compatible con los arts. 8 y 14 del CEDH y con el resto de normas de Derecho internacional implicadas. En este sentido, expresamente el Tribunal se refiere al art. 4.a) del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, que prevé que la adopción únicamente puede ser pronunciada si las autoridades competentes del Estado de origen establecieron que el niño era adoptable, lo que no es el caso ya que la adopción está prohibida en el Estado de origen (art. 46 del Código argelino de familia). El interés superior del menor no resulta conculcado con esta aproximación, toda vez que la remisión al Derecho del Estado de origen —ley personal del menor— aunque supone que no pueda constituirse una adopción, no altera esta garantía. La figura de la *kafala* es lo suficientemente tuitiva y protectora del menor, dado que preserva el interés del niño legalizando la acogida de los tutores y que el Derecho musulmán prevé otras disposiciones para la transmisión de los bienes.

5. La denegación de efectos de adopción de una *kafala* constituida en el extranjero —a través de su conversión indirecta o constitución *ex novo*— no se considera como lesiva de la legítima expectativa de estabilidad o continuidad de la relación pseudo-familiar que con la *kafala* se establece entre el menor y el *kafil* en el país de origen. La no equiparación entre estas figuras jurídicas distintas, no es más que la asimilación razonable en el sistema de acogida de la *kafala*, atendiendo a la naturaleza que tiene aquélla en el Estado de origen, de la misma manera que otras figuras o instituciones de protección del menor coexisten. La denegación de la solicitud de constitución de adopción partiendo de la existencia previa de una *kafala*, no resulta lesiva ni del derecho a la vida familiar del menor —pues no se ve afectado por esta circunstancia— ni del derecho a la no discriminación del art. 14 por nacionalidad en el disfrute de los derechos consagrados en el CEDH. El criterio de conexión nacionalidad resulta plenamente conforme con el principio de igualdad y proporcionalidad, y la institución de la *kafala* es suficientemente garante de los intereses del menor, tal y como se deriva de los principales textos internacionales de protección del niño. Desde esta perspectiva, aquellas aproximaciones nacionales que se basan en ese interés superior del menor para conceder tal conversión parece que perderían tal fundamento.

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ
Universidad Complutense de Madrid

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

2.1. Competencia judicial internacional

2013-17-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Cláusulas de elección de foro.—Transmisibilidad de la cláusula en el marco de una cadena de contratos.

Preceptos aplicados: art. 23 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a) de 7 de febrero de 2013, asunto C-543/10, *Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA y otros*. Ponente: M. Berger.

F.: curia.europa.eu.

25. [...] [E]l tenor literal [del artículo 23, apartado 1, del Reglamento 44/2001] no precisa si una cláusula atributiva de competencia puede transferirse, fuera del círculo de las partes contratantes, a un tercero, parte en un contrato posterior que se subroga, en todo o en parte, en los derechos y obligaciones de una de las partes del contrato inicial.

26. Sin embargo, el artículo 23, apartado 1, del Reglamento indica claramente que su ámbito de aplicación se circunscribe a los casos en que las partes hubieren «acordado» un tribunal [...].

29. De lo antedicho se desprende que la cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato sólo puede, en principio, producir efectos entre las partes que prestaron su acuerdo a la celebración de ese contrato. Para que la cláusula pueda invocarse frente a un tercero, es necesario, en principio, que éste haya prestado su consentimiento a ese efecto.

39. [...] [R]emitir al Derecho nacional, como han sugerido *Refcomp* y los Gobiernos alemán y español, la apreciación de la oponibilidad al subadquirente de la cláusula atributiva de competencia incluida en el contrato inicial entre el fabricante y el primer adquirente generaría soluciones divergentes entre los Estados miembros, lo que podría menoscabar el objetivo de unificación de las normas de competencia judicial que establece el Reglamento, como se desprende del segundo considerando de éste. Tal remisión al Derecho nacional ocasionaría también incertidumbres incompatibles con la preocupación por garantizar la previsibilidad en materia de competencia judicial, que es uno de los objetivos del Reglamento, como recuerda su décimo primer considerando.

[...] 41. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que el artículo 23 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia pactada en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente de éste no puede ser invocada frente al tercero subadquirente que, al término de una sucesión de contratos de transmisión de propiedad celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, ha adquirido ese bien y quiere interponer una acción de responsabilidad contra el fabricante, salvo si consta que ese tercero prestó su consentimiento efectivo en relación con esa cláusula en las condiciones mencionadas en dicho artículo.

Nota. 1. Climaveneta, sociedad domiciliada en Italia, compró a Refcomp, también domiciliada en Italia, unos compresores para su montaje en un sistema de climatización; en el contrato, las partes acordaron someterse a un órgano jurisdiccional italiano. Los equipos de climatización fueron posteriormente importados y distribuidos en Francia por Liebert, sociedad domiciliada en Francia; en el contrato entre ésta y Climaveneta se incluyó una cláusula compromisoria. Finalmente, Liebert suministró los equipos a Doumer, sociedad domiciliada en París, que los instaló en unos inmuebles situados en Francia. Los equipos de climatización se averiaron debido a un defecto de fabricación de los compresores, por lo que Doumer decidió demandar conjuntamente, ante el *Tribunal de grande instance* de París, a todas las sociedades que habían intervenido en la cadena de contratos: Refcomp, Climaveneta y Emerson (que se había subrogado en los derechos de Liebert).

Climaveneta impugnó la competencia judicial internacional del tribunal francés con base en la cláusula compromisoria, si bien no nos detendremos aquí en dicho extremo, sino que nos centraremos en la impugnación efectuada por Refcomp. Ésta pretendía que el tribunal parisino se declarase incompetente con base en la cláusula de elección de un tribunal italiano inserta en el contrato que había suscrito con Climaveneta. El *Tribunal de grande instance* desestimó dicha petición, como también hizo la *Cour d'appel*; la *Cour de cassation*, por su parte, decidió preguntarle al Tribunal de Justicia (en adelante, TJ) si cabía extender la eficacia de la cláusula firmada por las sociedades italianas frente a un tercero.

2. En efecto, Refcomp pretendía que se reconociera la eficacia de la cláusula de elección de foro frente a Doumer; esto es, un tercero respecto del acuerdo inicial; y ello con base en la doctrina del Derecho francés en virtud de la cual las cláusulas de elección de foro —así como las cláusulas compromisorias— se transmiten a lo largo de las cadenas de contratos, esto es, a lo largo de una sucesión de contratos que transmiten la propiedad de un mismo bien (sobre esta doctrina y su fundamento, véase ORÓ MARTÍNEZ, C., «El alcance subjetivo de los acuerdos de elección de foro: el caso de las “cadenas de contratos”», *La Ley Unión Europea*, núm. 5, 2013, pp. 22-31, pp. 24-25, apdo. 5). Así, en caso de que pudiera aplicarse esta doctrina, Refcomp podría oponer los efectos de la cláusula frente a Doumer, a pesar de que ésta no la había suscrito. De hecho, esto fue lo que sucedió con la cláusula compromisoria: los tribunales franceses reconocieron su eficacia frente a Doumer, y en consecuencia se declararon incompetentes.

Sin embargo, en relación con la cláusula de elección de foro —regida no por el Derecho autónomo, sino por el RB I— era necesario determinar si cabe tomar en consideración el Derecho nacional a la hora de interpretar el art. 23 RB I, o bien si es el propio Reglamento el que da respuesta a la cuestión del alcance subjetivo de las cláusulas de sumisión. El TJ se decantó por esta última opción, lo que constituye, a mi entender, la clave de esta decisión: el hecho de que el TJ sostenga que la transmisibilidad de las cláusulas de elección de foro en el marco de una cadena de contratos es una cuestión regulada por el propio Reglamento; y es que, con ello, el TJ se otorga permiso a sí mismo para crear una norma material, en detrimento de la remisión a lo que disponga el Derecho nacional.

3. En su argumentación, el TJ no se ocupa de justificar las ventajas de la solución material o directa respecto de la solución conflictual (análisis que sí había efectuado el Abogado General Jääskinen en los apdos. 31-38 de sus conclusiones), sino que decide elaborar una respuesta material a partir del concepto autónomo de «acuerdo» a efectos del art. 23 RB I que se deriva de su propia jurisprudencia (apdos. 25-28). El

Tribunal subraya la importancia de verificar la existencia de consentimiento efectivo de las partes para que quepa afirmar que existe un acuerdo entre ellas en el sentido del art. 23 RB I.

El problema es que a partir de ahí el TJ deduce la inoponibilidad de las cláusulas frente a terceros, cuando afirma en el apdo. 29 que de la jurisprudencia relativa a la necesidad de verificar que existe un consentimiento efectivo manifestado por ambas partes «se desprende que la cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato sólo puede, en principio, producir efectos entre las partes que prestaron su acuerdo a la celebración de ese contrato», y que sólo cabe invocarla frente a un tercero si éste ha prestado también su consentimiento. Esto es, se produce un salto lógico, pues el TJ deriva de la exigencia de consentimiento efectivo de las partes, para la válida formación del acuerdo de sumisión, una limitación a la oponibilidad de la cláusula frente a terceros en el marco de una cadena de contratos. Se confunde así la formación de la cláusula con su transmisibilidad.

Lo paradójico es que esta respuesta contrasta con la jurisprudencia del propio TJ en la que había reconocido que los acuerdos regidos por el art. 23 RB I pueden producir efectos respecto de terceros: a saber, los asuntos *Gerling Konzern* (201/82), *Powell Duffryn* (C-214/89), *Tilly Russ* (71/83), *Castelletti* (C-159/97) y *Coreck* (C-387/98) (sobre dicha jurisprudencia, véase ORÓ MARTÍNEZ, C., *loc. cit.*, pp. 26-27, apdos. 9-11). En particular, en estas tres últimas sentencias el TJ estableció una doctrina en virtud de la cual cabe invocar una cláusula de sumisión contenida en un conocimiento de embarque frente al tenedor del conocimiento —esto es, un tercero respecto de las partes iniciales— incluso cuando no haya prestado su consentimiento a la misma, en la medida en que en virtud del Derecho nacional aplicable al conocimiento el tenedor se haya subrogado en los derechos y obligaciones del cargador. Esto es: la solución conflictual es posible, según establece la doctrina del propio TJ (y no limitada al ámbito de los conocimientos de embarque, sino generalizable a cualquier supuesto de sucesión: VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., Madrid, Thomson Civitas, 2007, p. 295, apdo. 9.41).

Es por ello que choca que el Tribunal ignore su propia jurisprudencia, intentando hacer pasar por material una solución —la de los asuntos *Tilly Russ/Castelletti/Coreck*— que en realidad es conflictual (véanse los apdos. 35-38 de la sentencia), para justificar la creación de una regla material en el asunto *Refcomp*; regla según la cual, como hemos apuntado, una cláusula de sumisión no puede transmitirse a lo largo de una cadena de contratos para ser invocada frente al tercero subadquirente del bien, salvo si consta que éste prestó su consentimiento efectivo (apdo. 41).

4. Probablemente se trate de una buena solución desde un punto de vista material [y que ya había sido defendida, por ejemplo, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Brussels I Regulation*, Múnich, 2.^a ed., Sellier European Law Publishers, 2012, p. 509, apdo. 162]; pero desde una perspectiva metodológica, me parece criticable que el TJ se arrogue la competencia para su creación, máxime cuando viene a contradecir su propia doctrina anterior sobre la eficacia subjetiva de los acuerdos de elección sometidos al art. 23 RB I. La solución adolece de una preocupante falta de previsibilidad, por su creación pretoriana y por prohibir la eficacia de las cláusulas de elección frente a terceros cuando en su jurisprudencia anterior el TJ admitía, por regla general, tal eficacia; la paradoja es que fundamenta su solución, entre otros extremos, en la «preocupación por garantizar la previsibilidad en materia de competencia judicial» (apdo. 39). Se trata de una decisión en línea con la jurisprudencia reciente relativa al art. 5.1 RB I —en la que el TJ ha ido forzando la interpretación del apdo. b) para

ampliar su ámbito de aplicación, tratando así de escapar de la solución conflictual que pervive, en virtud de la doctrina *Tessili*, en la aplicación del apdo. a)»; pero no por ello menos criticable, debido al grado de inseguridad que comportan estos giros jurisprudenciales no explícitamente reconocidos ni justificados.

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

2013-18-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Conceptos de «materia contractual» y de «contrato celebrado por el consumidor».—Pagaré.—Aval.—Garantía de un contrato de crédito.

Preceptos aplicados: arts. 5.1 apdo. a) y 15.1 del Reglamento (CE) núm. 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a) de 14 de marzo de 2013, asunto C-419/11, *Městský soud c. Praze*. Ponente: M. Ilešič.

F.: *curia.europa.eu*.

[...] El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El artículo 15, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que tiene estrechos vínculos profesionales con una sociedad, como su gestión o una participación mayoritaria en ella, no puede considerarse consumidor en el sentido de dicha disposición cuando avala un pagaré emitido para garantizar las obligaciones asumidas por esta sociedad en virtud de un contrato relativo a la concesión de un crédito. Por consiguiente, esta disposición no es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro.

2) El artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento núm. 44/2001 es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro.

Nota. 1. El TJ se pronuncia con desigual acierto sobre la determinación de la competencia judicial internacional con base en los arts. 15.1 y 5.1.a) del Reglamento 44/2001. El supuesto que dio origen al litigio comenzó con la emisión de un pagaré en blanco de una sociedad checa, a favor de otra sociedad de la misma nacionalidad, para garantizar obligaciones de un contrato de crédito firmado por ambas entidades. El gerente de la sociedad libradora, domiciliado en Austria, firmó el pagaré «por aval». El importe del pagaré, su fecha de vencimiento y el lugar de pago son datos que fueron completados por la sociedad tenedora de dicho pagaré —conforme a un acuerdo suscrito por las empresas— cuyo resultado fue una deuda que debía satisfacerse en

Praga. El pagaré no fue abonado en la fecha de vencimiento y la empresa beneficiaria interpuso una demanda ante los tribunales checos, para obtener del gerente avalista el importe del pagaré. El gerente de la empresa obligada al pago opuso la excepción de incompetencia aduciendo que residía en Austria.

El tribunal checo suspendió el procedimiento y planteó dos cuestiones prejudiciales: primera, si su competencia debe determinarse según las normas en materia de contratos celebrados por los consumidores, es decir, si se cumplen los requisitos del art. 15.1 del Reglamento núm. 44/2001 (2) y, segunda, si el derecho que se deriva del pagaré controvertido puede calificarse de contractual (3) y dónde se localiza el lugar en el que debió cumplirse la obligación (4) en el sentido del art. 5.1.a) del citado Reglamento.

2. La resolución es acertada en lo que se refiere a la exclusión del concepto de consumidor de una persona física que avala un pagaré emitido para garantizar obligaciones asumidas por una empresa con la que posee un vínculo profesional. El Reglamento 44/2001 contiene una definición autónoma de «consumidor» en su art. 15.1 como la persona que adquiere bienes o servicios «para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional». El Tribunal de Justicia ha interpretado el concepto de consumidor en numerosos casos (*v. gr.* STJCE de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95, *Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl.*). El texto de la sentencia recuerda que, para establecer si una persona ostenta la condición de consumidor, es necesario que se cumplan *de forma cumulativa* tres requisitos: el primero, que el consumidor actúe en un contexto que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional; el segundo, que se haya celebrado un contrato entre dicho consumidor y un profesional; y, el tercero, que este contrato tuviera por objeto una venta a plazos de mercaderías o que la otra parte contratante ejerciere actividades profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros; es decir, que el contrato pertenezca a una de las categorías incluidas en el art. 15.1.a) y c) del Reglamento.

El TJ analiza si el consumidor actúa en un contexto que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional. Para ello tiene en cuenta que existe una relación estrecha entre la persona y la sociedad a la que avala —es su gerente y posee una participación mayoritaria— lo que implica que su actuación no puede considerarse independiente de su actividad profesional. La posición de gerente —trabajador— de la empresa implica que no sea posible activar la protección como consumidor, de la misma forma que no se considera consumidor a un empleado que compra bienes para la empresa donde trabaja y se le reembolsa su compra, ya que no se podría decir que su actividad sea privada (NIELSEN, A., «Art. 15» en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Brussels I Regulation*, Múnich, 2.^a ed., Sellier, 2012, p. 376). Valorado el incumplimiento del primer requisito —que la persona se encuentre en un contexto ajeno a su actividad profesional—, el TJ elude, por innecesario, el examen de los demás. Esta valoración implica que el art. 15.1 del Reglamento 44/2001 no es aplicable para determinar el órgano jurisdiccional competente que conoce de la acción mediante la cual el tenedor del pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro. La consecuencia de este razonamiento es que los órganos jurisdiccionales austriacos no serían competentes para conocer del litigio, dado que no podría acudir al art. 16.2 del Reglamento, según el cual la acción entablada contra un consumidor sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en el que estuviere domiciliado.

3. El TJ aborda de forma poco precisa la segunda cuestión prejudicial, que responde a si los derechos derivados del pagaré controvertido pueden calificarse de derechos contractuales, en el sentido del art. 5.1.a) del Reglamento núm. 44/2001. Este extremo resulta relevante a efectos de determinar si el tribunal remitente es el órgano jurisdiccional competente para conocer de este asunto, e implicaba valorar dos aspectos: a) si la relación jurídica entre tenedor y avalista de un pagaré está comprendida dentro del concepto de «materia contractual» y b) designar el «lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda», de conformidad con el artículo mencionado. Por lo que se refiere al primer aspecto, el Reglamento no incluye una definición de «materia contractual», de forma que la jurisprudencia se ha visto obligada a precisar que es una noción autónoma y —como recuerda acertadamente el TJ en su resolución— no puede remitirse a la ley nacional aplicable a la relación jurídica que es objeto de debate ante el órgano jurisdiccional nacional (v. gr. STJCE, de 17 de junio de 1992, asunto C-26/91, *Handte*). Esta precisión era especialmente importante en el supuesto analizado porque, según el Derecho checo, el pagaré es un título valor de carácter abstracto, carente de naturaleza contractual. Finalmente, el TJ considera que el avalista, al firmar el pagaré, aceptó libremente una obligación jurídica en el sentido del art. 5.1.a). La circunstancia de que el pagaré estuviera en blanco en la fecha de su emisión y fuera completado posteriormente no invalida el consentimiento. Así pues, la relación jurídica entre el tenedor y avalista de un pagaré está comprendida dentro del ámbito contractual en el sentido del Reglamento. Esta afirmación implica que serán competentes los tribunales tanto del domicilio del demandado cuanto del lugar en el que debió efectuarse el pago, que sería aquel en el que debería cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda (en este sentido considero pagaré y cheque como figuras análogas, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 4.^a ed., Madrid, Iustel, 2013, p. 450).

4. La decisión no es exhaustiva a la hora de determinar el «lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda». Para la designación de este lugar, el TJ se remite a la ley por la que se rige la obligación según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio (v. gr. STJCE, de 6 de octubre de 1976, asunto 12/76, *Tessili*). Esta jurisprudencia ha sido ya superada por otra orientación más reciente y acertada en la que el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda se debe determinar *de forma autónoma* (v. gr. STJCE, de 25 de febrero de 2010, asunto 381/08, *Car Trim*). El TJ se refiere a la relevancia de la autonomía de la voluntad de las partes para determinar el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales. No obstante, el apoyo jurídico de esta afirmación es erróneo ya que se sustenta sobre «la importancia que los ordenamientos jurídicos nacionales otorgan generalmente a la voluntad de las partes». La justificación se encuentra en el propio Reglamento 44/2001 que, en su Considerando undécimo, establece que «las reglas de competencia judicial internacional deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación». En este caso, las partes manifiestan su voluntad porque incorporan en el propio pagaré el lugar de cumplimiento de la obligación controvertida. El Considerando duodécimo exige además que exista un nexo «entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia». En la sentencia analizada se puntualiza que la libertad de las partes no les permite acordar

un lugar de cumplimiento con la única finalidad de determinar un fuero competente sino que es necesario un «vínculo efectivo con la realidad del contrato y en el que no pudieran cumplirse las obligaciones derivadas del contrato con arreglo a los términos del mismo» (STJCE, de 20 de febrero de 1997, asunto C-106/95, *MSG*). Pues bien, el lugar de cumplimiento, Praga, es donde se sitúa el establecimiento del beneficiario del pagaré y el de la empresa libradora, ubicación que se considera posee un vínculo con la cuestión litigiosa.

En definitiva, aunque la sentencia del TJ se pronuncia con acierto sobre algunos extremos —el análisis del concepto de consumidor y la calificación del supuesto como materia contractual—, a la hora de abordar el principal problema —la determinación del lugar del incumplimiento de la obligación que da lugar al litigio principal— no sólo desaprovecha la oportunidad de profundizar sobre esta controvertida cuestión sino que escoge una orientación ya superada y se aleja de la interpretación autónoma, criterio este último más acorde con el espíritu del Reglamento 44/2001.

Carmen María GARCÍA MIRETE
Universidad de Alicante

2013-19-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Determinación de la naturaleza civil o mercantil de un pago indebidamente realizado por una entidad estatal.—Aplicación del foro en caso de conexidad por relación estrecha entre las demandas.—Demandado no domiciliado en la Unión Europea.

Preceptos aplicados: arts. 1.1 y 6.1 Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de abril de 2013, asunto C-645/11, *Land Berlin c. Ellen Mirjam Sapir, Michael J. Busse, Mirjam M. Birgansky, Gideon Rumney, Benjamin Ben-Zadok, Hedda Brown*. Ponente: Sra. C. Toader.

F.: curia.europa.eu.

[...] El Tribunal de Justicia, Sala Tercera, declara que:

El artículo 1, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe ser interpretado en el sentido de que el concepto de «materia civil y mercantil» incluye una acción de repetición de lo indebido en el supuesto de que un organismo público, al que una autoridad creada por una ley reparadora de las persecuciones llevadas a cabo por un régimen totalitario obliga a devolver a un perjudicado, en concepto de indemnización, una parte de los ingresos procedentes de la venta de un inmueble, hubiese abonado a dicha persona, por un error accidental, todo el importe del precio de venta y demandase posteriormente en vía judicial el cobro de lo indebido.

El artículo 6, número 1, del Reglamento n.º 44/2001 debe ser interpretado en el sentido de que existe una relación estrecha, con arreglo a dicha disposición, entre las demandas presentadas contra varios demandados domiciliados en el territorio de otros Estados miembros en el supuesto de que éstos, en unas circunstancias como las del litigio principal, opongan derechos adicionales a indemnización sobre los que es preciso pronunciarse de manera uniforme.

El artículo 6, número 1, del Reglamento n.º 44/2001 debe ser interpretado en el sentido de que no se aplica a los demandados que no están domiciliados en el territorio de un Estado miembro cuando son citados en el marco de una acción entablada contra varios demandados, entre los cuales se encuentran también personas domiciliadas en la Unión Europea.

Nota. 1. El presente comentario se refiere a la sentencia del Tribunal de Justicia que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el *Bundesgerichtshof* (Alemania). En ella el Tribunal de Justicia vuelve a poner el foco de atención en tres cuestiones claves del Reglamento 44/2001: una, qué debe entenderse por «materia civil y mercantil»; dos, cuándo se produce una relación tan estrecha entre varias demandas como para considerar que existe conexidad procesal; y tres, la posible aplicación de las reglas de competencia judicial internacional, contenidas en el Reglamento 44/2001, a demandados que no están domiciliados en el territorio de la Unión Europea y, en caso afirmativo, si cabe que la resolución dictada no sea reconocida en el Estado del domicilio del demandado.

2. Los datos del caso son los siguientes: la cuestión prejudicial se presentó en el marco de un litigio entre el *Land Berlin* y la Sra. *Sapir*, el Sr. *Busse*, la Sra. *Birgansky*, los Sres. *Rumney* y *Ben-Zadok*, la Sra. *Brown* y otras cinco personas más, en relación con la devolución de un abono excesivo, realizado por error, a raíz de un procedimiento administrativo que tenía por objeto la indemnización del perjuicio causado por la pérdida de un bien inmobiliario, con ocasión de las persecuciones bajo el régimen nazi. En el procedimiento principal, el *Land Berlin* reclama el exceso pagado como indemnización a los diez primeros demandados por enriquecimiento sin causa, y al undécimo, por actuación ilícita. Dichos demandados se opusieron alegando que el Tribunal alemán carecía de competencia judicial internacional para actuar contra los demandados domiciliados en Reino Unido, España e Israel y, además, reclamaron el pago de un importe superior de acuerdo con el valor de mercado del inmueble objeto de litigio. Mediante resolución parcial, el *Landgericht Berlin* declaró la inadmisibilidad del recurso del *Land Berlin* en relación con los demandados en el litigio principal domiciliados en el Reino Unido, España e Israel.

El tribunal de apelación entendió que los órganos jurisdiccionales alemanes no tenían competencia judicial internacional para pronunciarse sobre el recurso interpuesto, ya que el litigio no se relacionaba con una materia civil, en el sentido del art. 1 del Reglamento 44/2001, sino que se trataba de una materia de Derecho público, excluida de su ámbito de aplicación. Por tanto, en el recurso de casación el demandante en el litigio principal, el *Land Berlin* (que actuaba por cuenta de la antigua República Federal Alemana), solicitó al tribunal que se pronunciara sobre el fondo de sus pretensiones y que lo hiciera respecto a todos los demandados.

3. El Tribunal de Justicia llega al fallo a través de varios pasos perfectamente enlazados, reiterando su propia jurisprudencia, incluso, desde las interpretaciones realizadas a la luz del Convenio de Bruselas en relación con el Reglamento 44/2001, cuando las disposiciones puedan considerarse equivalentes (véase la STJ de 18 de octubre de 2011, *Realchemie Nederland*, C-406/09, Rec. apdo. 38 y jurisprudencia citada).

A la primera cuestión: la determinación de si el art. 1, apdo. 1, del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «materia civil y mercantil» incluye una acción de repetición de lo indebido en el supuesto de que un organismo público, al que una autoridad, creada por una ley reparadora de las persecuciones llevadas a cabo por un régimen totalitario, obliga a devolver a un perjudicado, en concepto de indemnización. El Tribunal responde taxativamente: la naturaleza

de la acción es de carácter civil. Del estudio de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, se infiere que el ámbito de aplicación del Reglamento se delimita en función de los elementos que caracterizan la naturaleza de las relaciones jurídicas de las partes en litigio o del objeto del mismo, así como de la «naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantizan» (véase en particular, STJ de 27 de marzo de 1979, de *Cavel*, FJ 8; la STJ de 15 de febrero de 2007, *Lechouritou* y otros, C-292/05, apdo. 30 y jurisprudencia citada), «con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional» (art. 1).

Es por tanto un concepto autónomo que debe tener en cuenta los propios principios y objetivos del texto legal, así como los principios generales extraídos de los Derechos nacionales de los Estados miembros (véase el análisis realizado a la luz del Convenio de Bruselas de 1968, por DESANTES REAL, M., *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1986, pp. 79-99; y del Reglamento 44/2001 por CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2012, vol. I, pp. 181-188). En función de todo ello, el Tribunal de Justicia para resolver, se apoya en dos razonamientos básicos: a) si bien ha habido un procedimiento administrativo del que se ha derivado dicho pago, la devolución de tal exceso no forma parte del procedimiento; y b) para devolver tal cuantía reclamada en concepto de enriquecimiento sin causa —al margen de si el propietario es una persona de Derecho público o privado— se ha de demandar a los perjudicados ante los Tribunales civiles, según las normas recogidas en el art. 812.1 del Código Civil alemán, aplicable al enriquecimiento sin causa.

4. Para dar respuesta a la segunda cuestión planteada —si el art. 6.1 del Reglamento 44/2001 debe ser interpretado en el sentido de que exista conexidad entre las demandas a fin de dar una respuesta uniforme— el Tribunal de Justicia apunala su fallo recordando que esta regla es una excepción al foro de competencia del Estado del domicilio del demandado y, por tanto, ha de ser interpretada de manera estricta. No obstante, dada la estrecha relación que existe entre las demandas presentadas en este asunto contra varios demandados domiciliados en más de un Estado miembro, y a fin de evitar pronunciamientos irreconciliables en caso de que las demandas fueran tramitadas y juzgadas de forma separada y dado que existe en todas ellas un idéntico interés —el cobro de la cantidad abonada en exceso por error— procede entender que esta unidad existe (véanse STJ de 1 de diciembre de 2012, *Painer*, C-145/10, apdo. 73; STJ, de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, C-98/06, apdo. 39 y jurisprudencia citada).

5. La tercera cuestión plantea, si en virtud de la conexidad procesal antes admitida se puede aplicar el art. 6.1 del Reglamento 44/2001 a aquellos codemandados no domiciliados en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, en concreto a cuatro demandados domiciliados en Israel. Sobre este particular el Tribunal es claro y expone tres razonamientos básicos, con los que coincide plenamente, para situar fuera del escenario del art. 6 a los demandados domiciliados en Israel.

En primer lugar, que el art. 5 del propio Reglamento 44/2001 se refiere expresamente a los «demandados domiciliados en el territorio de otro Estado miembro»; circunstancia que no se da en este caso; en segundo término, que —en coherencia con la respuesta a la segunda cuestión prejudicial— el art. 6 ha de interpretarse de modo restrictivo; en fin, el Tribunal recuerda que el art. 4, apdo. 1, del Reglamento 44/2001 incluye una disposición expresa respecto a las personas domiciliadas fuera del territorio de la Unión, estableciendo para ellas, de conformidad con el noveno considerando de dicho Reglamento, «que la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley nacional de este Estado, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto

en los arts. 22 y 23». Así pues, dado que el art. 6.1 no es aplicable a los codemandados domiciliados fuera del territorio comunitario, la respuesta a la última parte de la cuestión —el reconocimiento o no de una resolución— carece de pertinencia.

6. En conclusión, en esta interesante sentencia el Tribunal es coherente con pronunciamientos anteriores y afianza, tanto la calificación autónoma de «materia civil y mercantil» del Reglamento, cuanto la interpretación según la cual la aplicación del art. 6.1 ha de limitarse a los supuestos de estrecha vinculación entre varias demandas, en la medida en que se trate de codemandados domiciliados en el territorio de los Estados miembros.

Lerdys HEREDIA SÁNCHEZ
Universidad de Alicante

2013-20-Pr

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL.—Competencia judicial internacional en materia delictual o cuasidelictual.—Participación transfronteriza de varias personas en un mismo acto ilícito.—Determinación de la competencia territorial en función del lugar del acto realizado por otro autor del daño distinto del demandado: imposibilidad.

Preceptos aplicados: art. 5.3 Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2013, asunto C-228/11, *Melzer c. MF Global UK Ltd.* Juez ponente: M. Safjan.

F.: curia.europa.eu.

El art. 5.3 R. 44 [...] debe interpretarse en el sentido de que no permite determinar, en virtud del lugar del hecho generador imputado a uno de los presuntos autores de un daño, que no es parte en el litigio, una competencia jurisdiccional frente a otro presunto autor de dicho daño que no actuó en el ámbito competencial del órgano jurisdiccional que conoce.

Nota. 1. La empresa *Weise Wertpapier Handelsunternehmen* (WWH), con sede social en Düsseldorf (Alemania), capta por teléfono y asesora al Sr. Melzer, con domicilio en Berlín (Alemania), abriéndole una cuenta a su nombre en MF Global, una agencia de bolsa con domicilio social en Londres (Reino Unido), a través de la cual MF Global realizó operaciones de futuros para el Sr. Melzer a cambio de una remuneración. En julio de 2003, tras haber hecho el Sr. Melzer ingresos en una concreta cuenta entre 2002 y 2003 por un importe total de 172.000 euros, MF Global le revirtió en esta misma cuenta una cuantía de 924,88 euros, facturándole, además, una comisión de 120 dólares, quedándose MF Global con 25 dólares y devolviendo a WWH la diferencia. Por todo ello, el Sr. Melzer reclama una indemnización por el importe de la diferencia: considera que, en relación con los contratos de opción, ni WWH ni MF Global le informaron debida y suficientemente ni de los riesgos que implicaban las operaciones de futuros, ni del acuerdo de comisiones ocultas (*kickback agreement*) celebrado entre MF Global y WWH, por lo que, a su entender, MF Global debe indemnizar daños y perjuicios por haber contribuido con su participación deliberada e ilícita al perjuicio causado por WWH. El *Landgericht Düsseldorf* considera la competencia de los Tribunales alemanes *ex art. 5.3 Reglamento 44/2001* al entender

que el daño se produjo en Alemania: a su juicio, el perjuicio económico por el que el Sr. Melzer pretende ser indemnizado tuvo lugar en Alemania, ya que es aquí donde efectuó las transferencias a su cuenta de Londres y donde se produjo el perjuicio en el saldo de su cuenta bancaria, administrada por un Banco. No obstante, duda de su propia competencia territorial *ex* art. 5.3 Reglamento 44/2001 al entender que el daño sobrevino en Berlín, lugar del resultado, y no en Düsseldorf. Por ello, y dado que MF Global opera exclusivamente en Londres, el *Landgericht Düsseldorf* considera que sólo puede fundamentar su competencia territorial en la actividad de WWH y a título de lugar del hecho generador del daño, y ello, inspirándose en el proceso civil alemán, donde existe un criterio de conexión alternativo al del lugar del hecho generador del daño realizado por coautores o cómplices: en el Derecho alemán, en caso de participación de varias personas en un acto perjudicial, cada una es corresponsable con las demás de la realización de ese acto (art. 830 *Bürgerliches Gesetzbuch*), de manera que, dado que MF Global ayudó a WWH de forma premeditada a la comisión de los actos ilícitos llevados a cabo por WWH en Alemania, más concretamente en Düsseldorf, el *Landgericht Düsseldorf* cree posible basar su competencia en el lugar donde ese coautor o cómplice actuó (art. 32 *Zivilprozessordnung*: la competencia en materia delictual puede basarse en las infracciones cometidas por los diferentes coautores, dado que éstos pueden imputarse recíprocamente sus actuaciones). Ante la duda, suspende el procedimiento y plantea al TJUE una cuestión prejudicial dirigida a determinar si un acto ilícito cometido por un autor principal o un cómplice puede también fundamentar una competencia internacional o interna con respecto al demandado; o, lo que es lo mismo, si es posible, en caso de participación transfronteriza de varias personas en un acto ilícito civil, y *ex* art. 5.3 Reglamento 44/2001, determinar el lugar donde se ha producido el hecho dañoso utilizando un criterio de conexión alternativo al del lugar del hecho generador del daño.

2. No permitiendo atribuir competencia a un órgano jurisdiccional en materia delictual a través de la imputación a un demandado de actos cometidos en otro Estado miembro por una tercera persona, el TJUE responde negativamente a esta cuestión prejudicial, y lo hace ajustándose a la ortodoxia de su jurisprudencia relativa al art. 5.3 Reglamento 44/2001, evitando interpretar de manera excesivamente extensiva el concepto de «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» del art. 5.3 Reglamento 44/2001 en relación con el criterio de conexión *lugar del hecho generador del daño*, del mismo modo que hace respecto del *lugar de materialización del daño* (apdo. 19, STJUE de 10 de junio de 2004, *Kronhofer*): en consecuencia, no resulta posible situar en Düsseldorf, por ser el lugar en el que uno de los dos supuestos autores del daño, WWH, con sede en esta ciudad, ha actuado, una competencia en relación con el otro autor del hecho dañoso, MF Global, que sólo ejercía su actividad a partir del Reino Unido.

Por un lado, admitir la competencia del Tribunal del lugar donde se halle establecido cualquier cómplice o coautor del acto ilícito, como lugar subsidiario del hecho generador del daño, cuando el lugar principal del hecho generador se encuentra en otro Estado miembro, conduciría, tal como sucedería en el caso que nos ocupa, a que el Tribunal que resultara competente sobre la base del criterio del lugar donde tuvieron lugar las actuaciones de un tercero no demandado (el *Landgericht Düsseldorf* alemán, en el caso), tuviera que pronunciarse sobre la responsabilidad de un demandado no domiciliado en su sede y cuyos actos supuestamente ilícitos no sólo no están próximos sino que están alejados de la competencia territorial de dicho Tribunal (en el caso, el demandado MF Global UK tiene su sede en el Reino Unido y opera también sólo en territorio británico). No podría hablarse ya, de acuerdo con el TJUE, de

órgano jurisdiccional objetivamente mejor situado para resolver el litigio, esto es, ausencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y los órganos jurisdiccionales del lugar en que se ha producido el hecho dañoso, que, como es sabido, impide justificar *ex art. 5.3 Reglamento 44/2001* la atribución de competencia a estos órganos jurisdiccionales como Tribunal más próximo en orden a garantizar una buena administración de la justicia y una sustanciación adecuada del proceso, en concreto, en lo relativo a la proximidad con el litigio y la práctica de la prueba (FFDD 24 y 30; apdo. 57 de las Conclusiones del Abogado General; Considerando 12 del Reglamento 44/2001; ap. 18, STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*; apdo. 46, STJCE de 1 de octubre de 2002, *Henkel*; apdos. 37 y 38, STJUE de 25 de octubre de 2012, *Folien Fischer y Fofitec*).

Por otro lado, aun cuando existe práctica en la que, y tal vez dadas las peculiaridades del caso (lesión de los derechos de la personalidad a través del contenido de un sitio de Internet), la respuesta del TJUE se ha aproximado a la víctima de un acto ilícito (así, STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising c. Martínez*, concediendo competencia al órgano jurisdiccional del lugar en el que la víctima tiene su centro de intereses), lo cierto es que el TJUE se ha encargado siempre de recordar que el *favor laesi* no fundamenta la regla de competencia del art. 5.3 Reglamento 44/2001, entre otras razones, en orden a evitar el *forum actoris* (apdos. 45 y 46 de la sentencia *Folien Fischer y Fofitec*; STJCE de 7 de marzo de 1995, *Fiona Shevill*, evitando considerar el domicilio o residencia de la víctima como lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso en un caso de difamación transfronteriza a través de la prensa). No sería argumento, pues, la eventual ampliación de opciones que para la víctima supondría reconocer competencia al Tribunal del lugar donde esté establecido cualquier cómplice o coautor del acto ilícito, a título de lugar subsidiario del hecho generador del daño, cuando el lugar principal del hecho generador se sitúa en otro Estado miembro, y ello, aunque así se le evite la necesidad de reclamar en un lugar más costoso o más incierto (apdo. 60 de las Conclusiones del Abogado General).

Tampoco ayuda, finalmente, la ausencia de un concepto autónomo común relativo a cuándo cabe imputar, ante una pluralidad de autores, las actuaciones de uno de ellos a los demás para poder demandar a éstos ante el órgano jurisdiccional en cuyo ámbito competencial tuvieron lugar esas actuaciones: esta circunstancia obligaría a consultar el Derecho nacional, en el caso que nos ocupa, el art. 830 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, aumentando, con ello, la posibilidad de poner en riesgo tanto el objetivo de uniformidad en la aplicación de las normas del Reglamento 44/2001 al generar soluciones divergentes entre los Estados miembros, cuanto el de seguridad jurídica al no permitir al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional podría ser emplazado (Considerando núm. 2 Reglamento 44/2001; apdo. 39 de la STJUE de 7 de febrero de 2013, *Refcomp*).

3. No extraña, pues, por las razones expuestas, y al margen de los efectos disuasorios que podría tener una eventual ampliación del art. 5.3 Reglamento 44/2001 respecto de este tipo de comportamientos, la respuesta negativa del TJUE en este caso concreto. O, lo que es lo mismo, una operatividad sin restricciones del art. 5.3 Reglamento 44/2001 a todo tipo de casos de coparticipación, ampliando más allá de los supuestos expresamente allí contemplados el ámbito de un precepto que, como regla especial que es, debe ser interpretado estricta y restrictivamente, podría pervertir la correcta administración de justicia que proporciona el Tribunal más próximo (FD 24; apdo. 22 de la STJCE de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie*; en relación con respetar la intención original del legislador, por analogía, apdo. 49, STJCE de 13 julio de 2000, *Group Josi*; apdo. 39, STJUE de 17 de septiembre de 2009, *Vorarlberger Ge-*

bietskrankenkasse; apdo. 30 de la STJUE de 12 de mayo de 2011, *BVG*). Lo expuesto no tendría por qué suponer, no obstante, que el art. 5.3 Reglamento 44/2001 no pudiera ser considerado en ciertos supuestos de coparticipación, siempre que existiese, lógicamente, un vínculo fáctico entre los comportamientos. Piénsese, en tal sentido, en el caso de un individuo que, a través de ciertas acciones en el Estado miembro A, instiga a otro individuo a la comisión de un acto ilícito en el Estado miembro B: así como emplazar al participante principal en el Estado del domicilio del participante inductor tiene difícil ajuste en el art. 5.3 Reglamento 44/2001, menos traumático con la base del art. 5.3 Reglamento 44/2001 parece poder emplazar al participante instigador en el Estado donde actuó el participante principal, que es donde tuvo lugar la mayor parte de los comportamientos relevantes; más todavía cuando no puede decirse que quien participa en un hecho de esta naturaleza o induce a otro a actuar de este modo no pueda prever ser emplazado ante la jurisdicción de cualquiera de los cómplices, por ejemplo, donde el autor inmediato ha actuado con su consentimiento (al respecto, veremos cómo responde el TJUE en otros casos de participación transfronteriza todavía en proceso: asunto C-360/12, *Coty Prestige Lancaster Group GmbH*, infracción de derecho de marca cometida en Bélgica, pero con participación en el acto ilícito principal en Alemania; o asunto C-387/12, *Hi Hotel HCF SARL*: infracción de derechos de autor acontecida en Alemania, pero con participación en el hecho ilícito que tiene lugar en Francia).

4. Con independencia de ello, lo cierto es que el TJUE impide al *Landgericht Düsseldorf* fundamentar su competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad delictual de MF Global (Reino Unido), *ex* art. 5.3 Reglamento 44/2001 y a título de criterio de conexión alternativo al del lugar del hecho generador, en los actos realizados en Düsseldorf por la sociedad WWH como cooperadora con la demandada, a saber, captación del cliente y su asesoramiento, o inducirle a actuar de manera arriesgada. Tampoco a título de domicilio del demandado (art. 2 Reglamento 44/2001), que se halla en Londres. Y, sin duda, tampoco *ex* art. 5.3 Reglamento 44/2001 a título del lugar del resultado, y no porque la realización del daño se sitúe, a juicio del *Landgericht Düsseldorf*, en Berlín, sino porque se sitúa en Londres: el perjuicio económico cuya reparación solicita el Sr. Melzer, esto es, la pérdida de una parte del capital que invirtió como consecuencia de la ejecución del contrato de opción o del vencimiento del plazo para la opción y que tuvo como resultado que las sumas revertidas a dicha cuenta fueran inferiores a las invertidas, se produjo en territorio británico, donde se halla la agencia de Bolsa en la que está la cuenta abierta en la que se colocaron y perdieron las sumas de dinero controvertidas (apdo. 32 de las Conclusiones del Abogado General). Piénsese que, cuando todos los elementos constitutivos de la responsabilidad están situados en el territorio de un Estado miembro, resulta cuestionable la atribución de competencia al Tribunal del domicilio del demandante en otro Estado miembro como lugar donde se halla *el centro de su patrimonio* con base sólo en el hecho de que haya sufrido en ese lugar un perjuicio económico como consecuencia de la pérdida de una parte de ese patrimonio acaecida y sufrida en otro Estado miembro (apdo. 18 de la Sentencia *Kronhofer*; STJCE de 19 de septiembre de 1995, *Marinari*: daños inmediatos o primarios sí, derivados o posteriores no).

Aún con todo, la sede de WWH en Düsseldorf sí permitiría atraer a esta jurisdicción a MF Global, y ello, con base en la competencia derivada del art. 6.1 Reglamento 44/2001, que, como es sabido y con la intención de evitar resoluciones inconciliables, establece la posibilidad de demandar a una persona ante un órgano jurisdiccional vinculado con el litigio que le afecta a través de otra persona (FD 39; apdo. 38 de la STJUE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*). Ahora bien, ello sólo es

posible en el caso de existencia de una pluralidad de demandados, circunstancia que no se observa en el litigio que nos ocupa, donde el demandante emplaza únicamente a la sociedad MF Global y no a la sociedad WWH (al parecer, por la insolvencia de esta sociedad en el momento de la acción; nota 9 Conclusiones del Abogado General), lo que impide atraer ante los Tribunales de Düsseldorf y a partir del domicilio de WWH en esta sede a la sociedad MF Global como demandado domiciliado en otro Estado parte, en el caso, Londres. Téngase en cuenta, en este sentido, que el art. 6.1 Reglamento 44/2001 no designa sólo los Tribunales del Estado del domicilio del demandado, en el caso, Alemania, sino que distribuye territorialmente la competencia a favor de los concretos Tribunales del domicilio del demandado, en el caso, Düsseldorf.

5. En fin, y todo ello, y aunque es un aspecto no tratado en esta cuestión prejudicial al no ser requerido por el órgano remitente (FD 21), al margen de la existencia de una vinculación contractual entre el Sr. Melzer y las sociedades MF Global y WWH, que podría hacer pensar en la aplicación del art. 5.1 Reglamento 44/2001 y no tanto en el art. 5.3 Reglamento 44/2001 (apdo. 29, Concl. AG), y más en este caso, donde no parecen existir dudas respecto de esta calificación: el dolo o la culpa *in contrahendo* alegados por el Sr. Melzer parten de una situación en que las negociaciones entre las partes derivaron en la conclusión de un contrato (al contrario, STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Tacconi*, que entiende como delictual y no como contractual la acción de responsabilidad precontractual cuando los tratos habidos con vistas a la celebración del contrato no lleguen a buen término).

Javier MASEDA RODRÍGUEZ
Universidad de Santiago de Compostela

2.2. Obtención de pruebas en el extranjero

2013-21-Pr

OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL ESPACIO COMUNITARIO.—Aplicación facultativa del Reglamento 1206/2001/CE.—Nombramiento de un perito para que realice su labor en el territorio de un Estado miembro distinto del que ordena la práctica de la prueba.—Medida de aseguramiento de la prueba.

Preceptos aplicados: arts. 1 y 10-17 del Reglamento 1206/2001; art. 33 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), de 21 de febrero de 2013, asunto C-332/11, *ProRail BV y Xpedys NV y otros*. Ponente: M. Ilesic.

F.: *curia.europa.eu*.

Los artículos 1, apartado 1, letra b), y 17 del Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, deben interpretarse en el sentido de que el tribunal de un Estado miembro que considere conveniente la práctica de una prueba pericial en el territorio de otro Estado miembro no está obligado necesariamente a recurrir al modo de obtención de pruebas previsto en las citadas disposiciones para poder acordar tal diligencia de prueba.

Nota. 1. Empiezan a ser cada vez más frecuentes los casos en los que se plantean cuestiones prejudiciales al TJUE relativas a la interpretación del Reglamento 1206/2001/CE, del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la cooperación judicial entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil (*DOCE*, Serie L, núm. 174, de 27 de junio). Cabe citar, entre ellos, el asunto *Lippens y otros* (C-170/11), que dio lugar a la sentencia, de 6 de septiembre de 2012, por citar tan sólo alguno de los más recientes (comentada en esta misma *Revista*, en el núm. 2013-1, vol. LXV, pp. 222 y ss., así como por DIAGO M. P., «Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil: estudio sobre su obligatoriedad, imperatividad y exclusividad», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2013, núm. 25, pp. 1 y ss.).

En esta ocasión, el TJUE se pronuncia sobre una cuestión prejudicial que le plantea el Tribunal Supremo belga (*Hof van Cassatie*), relativa —nuevamente— a la interpretación de los arts. 1 y 17 del citado Reglamento 1206/2001 (véase, con carácter general, entre las aportaciones recientes, CARRILLO POZO, L. y ELVIRA BENAYAS, M. J., *Instrumentos procesales de la Unión Europea. Los Reglamentos de notificación y obtención de pruebas*, Granada, Comares, 2012; ESTEBAN DE LA ROSA, G., *La prueba en el espacio europeo de justicia*, Berlín, EAE, 2012; YBARRA BORES, A., «La práctica de prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, octubre de 2012, núm. 2, pp. 248-265). Ahora bien, dicha cuestión prejudicial no se centra sólo en estas disposiciones sino, en particular, en su (posible) relación con el art. 33, apdo. 1 del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE*, Serie L, núm. 12, de 16 de enero de 2001).

Y, en concreto, el Alto Tribunal belga suscita lo siguiente: «¿Deben interpretarse los artículos 1 y 17 del Reglamento 1206/2001, teniendo en cuenta, en particular, la normativa europea en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el principio consagrado en el artículo 33, apartado 1.º del Reglamento n.º 44/2001, según el cual las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno, en el sentido de que el juez que ordena una investigación pericial judicial, cuyo mandato debe ejecutarse parcialmente en el territorio del Estado miembro al que pertenece el juez, pero también parcialmente en otro Estado miembro, debe utilizar —para la ejecución directa de esta última parte única y exclusivamente el método establecido en el artículo 17 del citado Reglamento, o puede también encomendarse al perito judicial designado por dicho país, al margen del Reglamento n.º 1206/2001, una investigación que debe realizarse parcialmente en otro Estado miembro de la Unión Europea?».

2. Los hechos del presente asunto son los siguientes: tras el descarrilamiento del tren de mercancías, que tuvo lugar en Ámsterdam, el 22 de noviembre de 2008, procedente de Bélgica y con destino a los Países Bajos, se entablaron acciones judiciales tanto en los Países Bajos como en Bélgica. Ante los tribunales holandeses, la empresa ProRail, con domicilio en Utrecht, encargada de la gestión de las principales vías férreas de los Países Bajos, presentó una demanda de fondo contra DB Schenker (con domicilio social en Utrecht), a fin de obtener la indemnización por los daños y perjuicios que había sufrido la red ferroviaria neerlandesa tras el descarrilamiento del tren.

De otro lado, DB Schenker, solicitó ante el Presidente del Tribunal mercantil de Bruselas (*Rechtbank van koophandel*) la designación de un perito en el marco de un procedimiento sobre medidas cautelares. ProRail y FAG, que se dedica a la fabricación de piezas de vagones (ejes, cajas de engrases para ejes, cajas de ejes y cojinetes de ejes) y cuyo domicilio social se encuentra en Schweinfurt (Alemania), comparecen en el procedimiento para solicitar que se declare infundada la petición consistente en el nombramiento de un perito o bien que, en el caso de que se designe el citado perito, que circunscriba su labor a la comprobación de los daños sufridos por los vagones, que no se ordene el peritaje de toda la red ferroviaria neerlandesa y que acuerde que el perito ejecute su labor de conformidad con el Reglamento 1206/2001.

3. En primer lugar, el TJUE deja claro que el art. 33 del Reglamento 44/2001 no puede influir en la respuesta que ha de darse a la cuestión prejudicial. Esta afirmación deja clara la desvinculación entre el sector de la competencia judicial internacional y el ámbito de la cooperación entre autoridades o, más concretamente, que la aplicación del Reglamento 1206/2001 no se supedita o subordina a la determinación de la competencia judicial internacional de las autoridades comunitarias (ni al reconocimiento de decisiones en el interior de la Unión Europea, véase FD 39). La independencia entre las normas que regulan una y otra cuestión ya había sido salvaguardada por el TJCE en el conocido asunto *St. Paul Dairy Industries c. Unilebel*, que dio lugar a la STJCE, de 28 de abril de 2005, en la que declaró que el examen provisional de un testigo no es una medida comprendida en el art. 24 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968 (*DOCE*, Serie C, núm. 189, de 28 de julio de 1990).

El Alto Tribunal consideró que no respondía a la finalidad perseguida por el citado art. 24 del Convenio de Bruselas («mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al juez que conoce del fondo del asunto»), al tener por objeto permitir al solicitante evaluar la oportunidad de una acción eventual, determinar el fundamento de tal acción y apreciar la pertinencia de los motivos que pueden invocarse en este contexto. De otro lado, señaló que si se permitiera utilizar este foro de competencia se multiplicarían las posibilidades de litigar, ocasionando un perjuicio a la seguridad jurídica, de un lado y, de otro, sería un medio para eludir las garantías relativas a la transmisión y tratamiento de las peticiones formuladas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de conformidad con el Reglamento 1206/2001.

Cabe recordar que *St. Paul Dairy Industries NV* y *Unilebel Exser BVBA* eran dos sociedades con domicilio en Bélgica, en donde no se había entablado ninguna acción anterior a la petición que realiza Unilebel al *Rechtbank te Haarlem* holandés, relativa al «examen provisional de testigos antes de formular demanda», prevista en los arts. 186 y ss. del Código de Procedimiento civil neerlandés.

4. En todo caso, como puede observarse, se trata de asuntos que presentan cierto parecido, en la medida en que en ambos (*St. Paul Dairy* y *ProRail*) se trataba de solicitar la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba, anteriores al inicio del procedimiento de fondo en el Estado de la UE, cuyo tribunal adopta las citadas medidas, que consisten en la práctica de pruebas en otro Estado miembro. Ahora bien, el TJUE considera que las circunstancias del presente asunto difieren de las que dieron lugar al caso *St. Paul Dairy*, «en la medida en que la prueba que ha de obtenerse se sitúa, en su mayor parte, en un Estado miembro distinto del Estado del tribunal que conoce del asunto, de manera que este último tiene la posibilidad de aplicar el Reglamento n.º 1206/2001». Trata de dejar claro, de este modo, que es aplicable el citado

Reglamento en contra de una de las razones que alega *ProRail* para justificar su falta de pertinencia en este caso.

El Alto Tribunal considera que la gran mayoría de las pruebas se encuentran en un Estado comunitario distinto del Estado, cuyas autoridades solicitan la adopción de la medida de aseguramiento de la prueba, que consiste en el nombramiento de un perito. Y ello, con la finalidad de dejar clara la aplicación —en este caso— del citado Reglamento.

También son distintas las circunstancias del asunto *ProRail*, si se comparan con el caso *Lippens* (*supra* citado), en el que la demanda de fondo se presentó ante el *Rechtbank* de Utrecht (Países Bajos), por *Kosterkaas* y otros, contra los Sres. *Lippens*, *Mittler* y *Votron*, residentes en Bélgica. Además, se había solicitado ante el mismo órgano jurisdiccional que se practicara el interrogatorio provisional de *Lippens* y otros en calidad de testigos. En el caso *ProRail* estamos en el ámbito de las medidas de aseguramiento de la prueba que se adoptan, incluso antes de que se haya presentado la demanda de fondo, lo que permite a la parte demandada poner en tela de juicio su aplicación.

5. Ahora bien, tienen en común estos dos casos que el Alto Tribunal indica (en ambos) que la norma comunitaria tiene carácter facultativo, pero su aplicación tiene carácter exclusivo, como indica la doctrina (véase, en particular, *DIAGO DIAGO*, M. P., «Reglamento 1206/2001...», *loc. cit.*, p. 21). Esto es, tendrá que aplicarse siempre que se requiera la colaboración entre las autoridades de los Estados miembros para la práctica de la prueba en el extranjero. De otro lado, si bien el Reglamento 1206/2001 prevalece sobre las disposiciones de los convenios bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros y, en especial, el Convenio de La Haya, de 1 de marzo de 1954 y el citado Convenio de La Haya de 1970, no se opone a que dos o más Estados mantengan o celebren acuerdos encaminados a facilitar en mayor medida la obtención de pruebas, siempre que sean compatibles con las disposiciones de la citada norma comunitaria (art. 21.2.º). Y, en tercer extremo, «puede ocurrir que, en determinadas circunstancias, al tribunal que ordena una prueba judicial de este tipo le resulte más sencillo, eficaz y rápido proceder a tal obtención de pruebas prescindiendo del citado Reglamento».

Así es como sucede, precisamente en el asunto *ProRail*. De conformidad con el Reglamento 1206/2001, el procedimiento de obtención de pruebas de forma directa por el órgano jurisdiccional del Estado requirente sólo podrá utilizarse cuando se lleve a cabo de forma voluntaria (art. 17.2.º). En este caso, la práctica de la prueba será efectuada por un miembro del personal judicial o por cualquier otra persona, como p. ej. un experto, designado con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano judicial requirente (art. 17.3.º).

Por tanto, la práctica de la prueba podrá realizarse por un miembro del personal judicial del Estado requirente o por cualquier otra persona, en especial, por un perito. En este sentido, si bien se han suscitado muchas dudas en la doctrina italiana, con respecto a la cuestión de saber si la prueba pericial está comprendida en el ámbito material del Reglamento 1206/2001, el propio texto comunitario indica expresamente esta posibilidad, esto es, que «la obtención de pruebas será efectuada por un miembro del personal judicial o por cualquier otra persona, como por ejemplo, un experto designado con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente» (art. 17.3.ª).

En concreto, un sector de la doctrina diferencia la *consulenza* técnica de parte y la *consulenza* técnica de oficio, de forma que la segunda no puede practicarse en el

extranjero, al tratarse de una prueba atípica (cuya valoración se hace de conformidad con el principio de libre apreciación de la prueba (véase, COMOGLIO, L. P., *Le prove civili*, Torino, UTET, 1998, pp. 33 y ss.). De otro lado, la actuación de estas autoridades suscita también discusión en lo que respecta a si se trata de un medio de prueba o, por el contrario, de un procedimiento de instrucción, en cuyo caso estaría comprendido en el ámbito del Reglamento 1206/2001, que es más amplio (véase, AULETTA, F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, Cedam, 2002, pp. 45 y ss.).

6. Por tanto, para obtener una prueba pericial en el extranjero no es necesario que la autoridad judicial del Estado requirente se dirija a la autoridad judicial del Estado requerido para que ésta nombre o designe a un perito, sino que la primera puede nombrar al perito, que puede realizar su función en cualquiera de los países miembros de la UE, con la condición de que sea aceptada esta petición por el Estado requerido (art. 17.1.º), de un lado (véase, TROCKER, N., «Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003-3, p. 698). De otro, no pueden emplearse medidas coercitivas y, en tercer lugar, para el caso de que se trate de tomar declaración a una persona, el órgano judicial requirente la ha de informar de que las diligencias tienen carácter voluntario (art. 17.2.º, apdo. 2).

Ahora bien, la existencia de este procedimiento para la obtención de pruebas de forma directa previsto en la citada normativa comunitaria no empece su práctica (en el territorio de otro Estado comunitario) de otro modo. Por ello, como señala el Alto Tribunal, «de cuanto precede resulta que un tribunal nacional, que considere conveniente ordenar la práctica de una prueba pericial en el territorio de otro Estado miembro no tiene necesariamente la obligación de recurrir al modo de obtención de pruebas previsto en los artículos 1, apartado 1, letra b), y 17 del Reglamento 1206/2001» (FD 49). Y ello, siempre que no afecte al ejercicio del poder público del Estado miembro en el que ha de llevarse a cabo, en especial, si se trata de una pericia efectuada en lugares relacionados con el ejercicio del poder público o en lugares, en los que, en virtud del Derecho del Estado miembro en que haya de realizarse, esté prohibido el acceso o la realización de determinadas actividades o sólo se permita a personas autorizadas (FD 47).

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA
Universidad de Jaén

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

3.1. Competencia judicial internacional

2013-22-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL.—
Contrato de prestación de servicios.—Aplicación del Reglamento Bruselas I.—
Determinación del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda.—Prestación del servicio en España.

Preceptos aplicados: art. 5.1.b) del Reglamento (CE) 44/2001; arts. 3 y 4 del Reglamento (CE) 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; art. 1171 del CC; art. 21.1 LOPJ.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19.^a), núm. 139/2012 de 31 de octubre de 2012. Ponente: M.^a Asunción Claret Castany.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2013/10935.

Pues bien, en el supuesto de autos la obligación que sirve de base a la petición efectuada en la demanda el pago de una suma dineraria —100.000 dólares americanos— por la prestación de servicios por parte del actor en favor de las demandadas; y más concretamente por la intermediación en el cobro de la deuda que la sociedad Tecno Plastic, S. L. española, mantenía con SHW Capital Investment, Ltd., cesionaria del crédito que la mercantil Battenfeld había ostentado contra la sociedad española, sociedad que a su vez pertenecía al grupo de Adcuram Group, AG.

Constituyendo la obligación que sirve de base a la demanda, esto es, la obligación cuyo cumplimiento se reclama o constituye la base de la acción judicial, el pago por la prestación de unos servicios de intermediación o gestión en el cobro de una deuda, y no siendo de aplicación ninguno de los foros de competencia exclusiva a que se refiere el art. 22, ni tampoco los especiales de los arts. 8 y ss. —en materia de seguros, en materia de contratos celebrados con consumidores, en materia de contratos individuales de trabajo—, ni existe sumisión expresa (art. 23) ni tácita (art. 24), los tribunales españoles serán competentes cuando se tratare del cumplimiento de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios, tal y como reza el art. 5.1) b) apartado segundo.

Al existir previsión expresa en el Reglamento (CE) 44/2001 sobre qué debe entenderse como lugar de cumplimiento de la obligación cuando se tratare de una prestación de servicios, deberá estarse a dicha previsión normativa —lugar en el que hubieren sido o debieren ser prestados los servicios según contrato—.

Y dicho lugar —prestación de los servicios— en atención a la obligación cuyo cumplimiento se reclama en la demanda, lo fue en el Estado español, toda vez que la intermediación en el cobro de la deuda pendiente lo fue respecto de la mercantil española Tecno Plastics, S. L. Puesto que una cosa es la competencia judicial internacional y otra distinta la legislación aplicable una vez determinada aquella —conflicto de leyes—. Y lo primero precisamente se determinó en atención a las previsiones normativas narrativas contenidas en el Reglamento (CE) 44/2001 y a los criterios especiales de competencias establecidos en dicho Reglamento en materia de cumplimiento de obligaciones de prestación de servicios (arrendamiento de servicios). Puesto que el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (LCEur 2008, 1070) versa sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales Roma I).

Por todo ello debe establecerse la competencia judicial de los Tribunales Españoles para el conocimiento de los presentes autos.

Nota. 1. En este caso, se trata de un auto de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona estimando un recurso de apelación frente a un auto de un Juzgado de Primera Instancia (JPI) de Barcelona que estimaba una declinatoria internacional. Como veremos, el JPI no resuelve correctamente las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional que se plantean, pero la AP corrige esta interpretación errónea de forma adecuada.

La declinatoria se había presentado en el marco de un litigio en reclamación de 100.000 dólares estadounidenses a las sociedades extranjeras, con domicilio en la Unión Europea (UE), SHW Capital Investment, Ltd y Adcuram Group AG. Esta cantidad constituía la retribución de los servicios prestados por parte del actor, D. Valentín,

por la intermediación en el cobro de una deuda de la sociedad española Tecno Plastic S.L. a favor de las dos entidades demandadas.

El auto de Primera Instancia afirmaba la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles y ordenaba el archivo del proceso iniciado por D. Valentín. Para ello, se basaba en la doctrina tradicional para determinar la obligación que sirve de base a la demanda acuñada como consecuencia de la jurisprudencia *Tessili* (STJUE de 6 de octubre de 1976, *Tessili c. Dunlop*, 12/76, *Rec.* p. 1473) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a la hora de interpretar el foro especial en materia contractual del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (Reglamento Bruselas I - RBI). De acuerdo con esta doctrina, a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, a efectos del art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968, habría que acudir a la ley aplicable al fondo del contrato. En el momento actual, ello supondría, como afirma el JPI, acudir al Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I - RRI). No obstante, como explicaremos en el presente comentario, esta solución tradicional ya no resulta aplicable a los contratos de prestación de servicios, en el marco del RBI.

Nos encontramos, por tanto, ante un contrato internacional de intermediación para el cobro de una deuda. La competencia judicial internacional se determinará, por consiguiente, acudiendo al RBI (se dan los elementos para su aplicación temporal, material y espacial) y, la ley aplicable, de conformidad con el RRI. Los dos Autos se centran, sin embargo, en esclarecer si los tribunales españoles son competentes o no para conocer del asunto. Teniendo en cuenta la materia del litigio, como acertadamente señala la AP (véase razonamiento jurídico segundo, párr. 7) no entraría en juego ninguno de los foros exclusivos del art. 22 RBI. Tampoco se produce sumisión tácita (art. 24 RBI), puesto que las demandadas plantearon la declinatoria en el momento oportuno. Por otra parte, no parece que exista en el contrato ninguna cláusula atributiva de competencia. Por lo que tampoco entraría en juego el foro de la sumisión expresa.

2. Por consiguiente, las únicas alternativas que restan con el fin de atribuir la competencia judicial internacional son el foro general (art. 2 RBI) y los foros especiales. En particular, el foro especial por razón de la materia previsto en el art. 5.1 RBI para las obligaciones contractuales. El foro general no nos conduce a afirmar la competencia de los tribunales españoles, dado que las entidades demandadas no tienen domicilio en España, sino en otros Estados de la UE. Por lo que la afirmación de la competencia de los tribunales españoles en este supuesto, pasa necesariamente por la localización del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda en España.

De ahí que el problema interpretativo sobre el que se basan los dos autos, y que se resuelve de manera divergente en las dos instancias, sea precisamente la localización del lugar de cumplimiento de acuerdo con el art. 5.1 RBI. Este precepto consta de tres apartados, las letras *a)*, *b)* y *c)*. En la primera, se establece la regla general para la determinación de la competencia judicial internacional en materia contractual, a favor de los tribunales del lugar en el que «hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda». De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en esta materia, la obligación relevante será entonces la obligación litigiosa en cada caso (asunto *De Bloos*) (STJUE de 6 de octubre de 1976, *De Bloos c. Soc. Bouyer*, 14/76, *Rec.* p. 1497) y su lugar de cumplimiento, en el caso de no estar establecido en el contrato, se determinaría de acuerdo con la ley aplicable al fondo del asunto (*lex*

contractus). Probablemente, el principal motivo que condujo al TJUE a no decantarse por una interpretación autónoma de esta noción, fueron las importantes divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a la hora de regular esta cuestión (véase apdo. 14, asunto TJUE *Tessili*, *loc. cit.*). Éste es precisamente el proceso interpretativo que lleva a cabo el auto de Primera Instancia. Parte de que la obligación relevante es la de pago, por tratarse de la obligación litigiosa, y recurre al RBI para determinar la ley aplicable con el fin de determinar el lugar de cumplimiento de dicha obligación. Conforme a los arts. 3 y 4 del Reglamento, afirma que la ley aplicable sería el Derecho español, acudiendo al vínculo de la residencia habitual (RH) del prestador del servicio. Y, de acuerdo con el art. 1.171 del Código Civil, dicho lugar se situaría fuera de España, pues al no haberse fijado el lugar de pago, ni consistir en la entrega de una cosa determinada, habría de utilizarse la regla del «domicilio del deudor».

Sin embargo, este planteamiento es erróneo. Podría haberse considerado adecuado en el marco del Convenio de Bruselas de 1968, en el que el art. 5.1 se limitaba a la actual letra *a*). Pero no es correcto en la actualidad, por desconocer la existencia de la letra *b*) del art. 5.1 y la jurisprudencia del TJUE en relación con la misma, ya que el RBI prevé expresamente qué debe entenderse por lugar de cumplimiento de la obligación en el caso de los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios.

En efecto, la letra *b*) del art. 5.1 opera como *lex specialis* respecto de la letra *a*). En particular, en relación con dos tipos de contratos: las compraventas de mercaderías y las prestaciones de servicios. De hecho, al poder encuadrarse la mayor parte de los contratos del comercio internacional en estas dos categorías, la letra *b*) convierte a la letra *a*) en la regla excepcional. No parece que haya dudas, en este caso, sobre que, de acuerdo con la interpretación autónoma que debe darse a este concepto (MANKOWSKI, P., *Brussels I Regulation*, Múnich, Sellier, 2012, núm. marg. 90), nos encontramos ante un contrato de prestación de servicios. En efecto, se trata de un contrato en el que una de las partes se ha comprometido a realizar una actividad (el cobro de un crédito) en interés de otra, a cambio de una remuneración. La obligación característica del contrato es la prestación de un servicio. Ello implica que no nos encontramos en el marco de la letra *a*), sino de la letra *b*) del art. 5.1. Las consecuencias de este dato son muy importantes, pues nos van a conducir a afirmar que la interpretación mantenida por el JPI de Barcelona era errónea.

La aplicación de la letra *b*) del art. 5.1 RBI supone que la obligación relevante a la hora de determinar la competencia judicial internacional no va a ser ya la obligación litigiosa, que en este caso era el pago, sino la prestación del servicio. Por tanto, aunque se reclame el pago, lo relevante según el RBI es el lugar de prestación del servicio. Y ello para cualquier demanda derivada de ese mismo contrato. Ello supone dar relevancia a la prestación característica del contrato frente a la obligación litigiosa, con el fin de evitar la fragmentación del mismo desde el punto de vista jurisdiccional. Esto es, en definitiva, la concentración de todas las demandas derivadas de un mismo contrato, con independencia de la obligación con cual estén relacionadas o de la cual derivan, ante los tribunales de un mismo lugar (véase en este mismo sentido, STJUE de 3 de mayo de 2007, *Color Drack GmbH c. Lexx International Vertriebs GmbH*, C-386/05, *Rec. p.* I-3699, apdo. 39; FRANZINA, P., «Struttura e funzionamento del foro europeo della materia contrattuale alla luce delle sentenze Car Trim e Wood Floor della Corte di Giustizia», *RDIPP*, 3/2010, p. 683; HEREDIA CERVANTES, I., «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *REDE*, 9/2004, p. 79): el del cumplimiento de la prestación del servicio, entendido, con carácter general, como el lugar donde el prestador rea-

liza las actividades necesarias y entrega el resultado. En caso de no coincidir ambos lugares, se daría preferencia al de ejercicio de la actividad, que es lo que caracteriza al contrato. Lo cual no deja de cumplir con el principio esencial al que responden los foros especiales por razón de la materia: el principio de proximidad razonable (véase por ejemplo, STJUE *Color Drack*, *loc. cit.*, apdo. 22).

Para determinar el lugar de cumplimiento de la prestación del servicio habrá de estarse en primer lugar a lo establecido en el contrato bien expresamente, o bien de manera implícita, de acuerdo con los términos del mismo. Parece que, en este caso, podría afirmarse que dicho lugar es España, en la medida en que la actividad relacionada con la gestión del cobro de la deuda debía realizarse en este país, por ser el del domicilio de la entidad deudora. Si bien la prestación del servicio se compone de dos elementos: el desarrollo de la actividad y la entrega del resultado al cliente, el énfasis en el caso de una prestación de servicios debe ponerse en el ejercicio de la actividad (MANKOWSKI, P., *op. cit.*, núm. marg. 124).

Por tanto, parece que el enfoque de la AP de Barcelona, centrado en la aplicación de la letra *b)* del art. 5.1 RBI, es el adecuado y nos permite afirmar que los tribunales españoles serían competentes, en este caso, para entrar a conocer del asunto.

3. Si no hubiere podido determinarse el lugar de prestación del servicio de acuerdo con lo establecido en el contrato, en lugar de recurrir a la ley aplicable al mismo —como se había venido haciendo tradicionalmente— el TJUE, en el asunto *Car Trim* (STJUE de 25 de febrero de 2010, *Car Trim, GmbH c. KeySafety Systems Srl*, C-381/08, *Rec.* p. I-1255, apdos. 57 y 62) se ha decantado (aunque en el marco de una compraventa) por una interpretación autónoma del mismo, atendiendo a la situación del lugar de entrega material de las mercancías al comprador en el destino final. Por lo que ha dejado de ser evidente ya el recurso a la *lex causae* [en este sentido, véase CANEDO ARRILLAGA, M.^a P., «Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 25 febrero 2010 (*Car Trim*: Asunto C-381/08): Los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001», *CDT*, vol. 3, marzo 2011, núm. 1, p. 269; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, 2012, p. 96].

4. Si el lugar de pago de la remuneración de D. Valentín hubiera estado establecido en el contrato, podríamos entender que a la situación le sería aplicable la expresión «salvo pacto en contrario» contenida en la propia letra *b)* del art. 5.1 RBI. Entonces, si dicho lugar no hubiera estado situado en España, la solución hubiera sido diferente, pues en ese caso, hubiéramos aplicado la letra *c)* del art. 5.1, de acuerdo con la cual, cuando la letra *b)* no sea aplicable se aplicará la letra *a)* (véase FRANZINA, P., «Struttura e funzionamento...», *op. cit.*, p. 658).

Laura GARCÍA GUTIÉRREZ
Universidad Autónoma de Madrid

2013-23-Pr

MATERIA DELICTUAL O CUASIDELICTUAL.—Reglamento 44/2001.—Acción declarativa negativa.—Litispendencia: inexistencia.—Conexidad: inexistencia.

Preceptos aplicados: arts. 2, 5.3 y 6.1 [implícitamente], 27 y 28 RB I; art. 5 LEC.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2.^a) núm. 40/2013, de 25 de enero. Ponente: Albert Montell García.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2013/83408.

Finalment, cal efectuar una consideració en relació a la còpia que han aportat les parts de l'Extrat des Minutes du Secretariat-Greffe du Tribunal de Grande Instance de Bordeaux, de data 5-7-12. Segons resulta del seu contingut, sembla que aquest Tribunal va acordar la suspensió de l'incident processal provocat per Axa France al cridar com a intervinent en el procediment instat per la família Coral Casiano a Catalana Occidente SA i a Baqueira Beret SA, a fi i efecte de procedir a la seva acumulació amb aquest procediment ordinari, i tot això en aplicació del art. 27 del Reglament núm. 44/2001 del Consell, de 22 de desembre de 2000. Tanmateix, no s'ha rebut hores d'ara cap declinatoria del Tribunal de Grande Instance de Bordeaux, per la qual cosa no ha estat possible efectuar la declaració de competència prèvia a l'acumulació de ambdós procediments (art. 27.2 del Reglament). Afegir, només, que l'acumulació no sembla que fos possible atesos els arts. 77.4 de la LEC i 28.2 del Reglament, segons es desprèn de la documentació presentada per les parts, tota vegada que mentre el procediment judicial encetat a França es trobava en primera instància, en canvi, el procediment ordinari iniciat al Jutjat de Primera Instància de Vielha ja es trobava en fase d'apel·lació i incoada la segona instància en aquesta Audiència Provincial.

Nota. 1. A nuestro conocimiento, es ésta la primera vez que, en España, se ejerce una acción declarativa negativa de responsabilidad extracontractual en el marco de un litigio transfronterizo, pero el tribunal, al menos para asumir la competencia, no tiene en cuenta para nada el componente extranjero del pleito, que, sin embargo, asoma tan pronto como se pasa revista a los hechos que están en el origen del mismo y que son los siguientes: el 2 de marzo de 2007, una menor de edad —todo da a entender que— francesa y domiciliada en Francia sufre un accidente de esquí en las pistas de Baqueira Beret, que, al parecer, le causan importantes lesiones; enterada la sociedad explotadora de la estación invernal —Baqueira Beret SA— de que los padres de la accidentada tienen la intención de iniciar, en Francia, acciones judiciales al respecto, lo comunica, en una carta de febrero de 2010, a su aseguradora —Seguros Catalana Occidente, SA de Seguros y Reaseguros— para que tome las medidas que crea oportunas; lo que ésta hace el 16 de abril de 2010 al presentar una demanda contra Baqueira Beret SA —aseguradora y asegurada discrepan tanto sobre el monto máximo de un hipotético resarcimiento como de si la póliza lo cubre aun cuando sea determinado por un tribunal extranjero—, contra Axa France IARD SA —en tanto que aseguradora de la compañía organizadora del viaje— y contra los padres de la víctima, en nombre propio y en el de su hija, en la que solicita que se declare que Baqueira Beret SA no es responsable de los daños sufridos por la menor —y, en consecuencia, que la actora, aseguradora de la exonerada, no está obligada a repararlos—; y subsidiariamente, en caso de estimarse la existencia de culpa de su asegurada, interesa —evidenciando un profundo desconocimiento de los resortes del Derecho procesal civil internacional— que se declare que la indemnización exigible solamente puede fijarla un tribunal español sin exceder la cantidad de 300.000 euros. Por su parte, dos de los codemandados —los restantes, los padres de la víctima, están en rebeldía— no se oponen a la pretensión principal de la demandante, sino que la reiteran —Baqueira Beret SA— o la complementan —Axa France IARD SA— al pedir que se exculpe expresamente a la agencia de viajes. Por lo que hace a la pretensión subsidiaria, Baqueira Beret SA reclama que se condene solidariamente a la aseguradora hasta un máximo de 3.000.000 euros, ya sea de resultados del procedimiento en curso, ya lo sea de cualquier otro que se sustancie ante órganos jurisdiccionales españoles o extranjeros. El juez de instancia desestima la pretensión de la actora —y la paralela de Axa France IARD SA— por no haberse demostrado «la existencia de incertidumbre sobre la cuestión traída al proceso, lo que determina la falta de uno de los requisitos de prosperabilidad de cualquier

acción meramente declarativa». Disconformes con el veredicto, la demandante y Baqueira Beret SA apelan la sentencia, pero su recurso también fracasa, porque la AP de Lleida juzga que «no s'ha acreditat l'interès legítim de la societat demandant» (FD 2).

2. Debido a la apreciable complejidad del caso, hemos dedicado particular atención a las circunstancias que lo rodean, las cuales, empero, no encuentran el eco adecuado en la resolución de la Audiencia. En efecto, ésta, razonando exclusivamente en términos de Derecho procesal interno, se limita a identificar la acción ejercitada por la actora como una de las de tipo declarativo, que, tras la promulgación de la LEC 2000, han sido recogidas explícitamente por el Derecho positivo [art. 5 LEC, para un comentario del mismo, véase CORDÓN MORENO, F., «Artículo 5», en CORDÓN MORENO, F. *et al.* (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, *Arts. 1 a 516*, 2.^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 99-130 (pp. 119-122)]; y a enumerar los requisitos (existencia de un interés digno de tutela, incertidumbre sobre la existencia o el alcance de una relación jurídica, temor a que la falta de certeza ocasione un perjuicio o lesión, imposibilidad de usar otra herramienta o vía para poner fin al estado de incertidumbre) que la jurisprudencia ha venido requiriendo para que estas acciones puedan prosperar (FD 1). De estas condiciones, la AP de Lleida, a diferencia del juez de instancia —que había cimentado su fallo en el incumplimiento de la segunda de ellas: la existencia de inseguridad jurídica provocada por la situación que da pie al pleito—, desestima el recurso sobre la base de la primera: la demandante no acredita el interés legítimo que precisa la tutela judicial solicitada [para un análisis exhaustivo del concepto de «interés» en las acciones declarativas, véase CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 218-331].

3. Como se desprende del apartado anterior, la Audiencia ni siquiera se plantea que, en un litigio internacional como el que tiene entre manos, la primera cuestión a resolver es la de saber si tiene —o no— competencia judicial internacional para conocer del asunto. Aunque, a la vista de las consideraciones hechas por el tribunal, el resultado probablemente no hubiera cambiado, es una lástima que se haya desaprovechado una oportunidad como la presente para abordar la problemática internacional de las acciones declarativas negativas. Además, la ocasión era propicia, pues es notorio que el TJUE se pronunció el año pasado sobre esta clase de acciones y hubiera sido interesante ver hasta qué punto la AP de Lleida participaba de su criterio. Hasta hace escasos meses, la división de opiniones existente en la jurisprudencia y en la doctrina con relación a la inclusión de las acciones declarativas negativas dentro de la noción de materia delictual acogida por el art. 5.3 RB I [véase, al respecto, ORÓ MARTÍNEZ, C., «Las acciones declarativas negativas y el art. 5.3.º del Reglamento Bruselas I», *AEDI-Pr*, XI, 2011, pp. 198-205] permitía poner sobre la mesa argumentos —opuestos— que de entrada eran atendibles. Así, a los partidarios de tomar al pie de la letra el concepto de materia delictual tal como lo había establecido la sentencia *Kalfelis* (por ejemplo, GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, París, 4.^a ed., LGDJ, 2010, pp. 218-219) o de rechazar por su irrazonabilidad la posibilidad de que el presunto autor del daño pudiera emplazar a la hipotética víctima del mismo ante unos tribunales que no fueran los del domicilio de ésta (por ejemplo, HERTZ, K., *Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention*, Copenhagen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, p. 279) se contraponían quienes, a nuestro juicio más acertadamente, patrocinaban una interpretación literal y sistemática más generosa del art. 5.3 RB I (por ejemplo, ORÓ MARTÍNEZ, C., *loc. cit.*, pp. 196-198) o hacían hincapié en la necesidad de coordinar la exégesis del art. 5.3 RB I con la del art. 27 RB I, sobre todo a la luz de la lectura que del segundo precepto había hecho el Tribunal

de Justicia en el asunto *Tatry*, al dictaminar que una demanda interesando una declaración de responsabilidad por daños y otra en la que se instaba a declarar una exoneración de dicha responsabilidad compartían objeto y causa (por ejemplo, KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 8.ª ed., Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2005, p. 150). No obstante, desde que, el 25 de octubre de 2012, el TJUE se ha pronunciado sobre el asunto C-133/11, *Folien Fischer AG y Fofitec AG c. Ritrama SpA* (decisión comentada por ORÓ MARTÍNEZ, C., *REDI*, LXV, 2013-1, pp. 208-211) el debate parece haberse cerrado para siempre, ya que la citada sentencia concluye que «una acción declarativa negativa que tenga por objeto que se declare la inexistencia de responsabilidad delictual o cuasidelictual está incluida en el ámbito de aplicación de dicha disposición [el art. 5.3 RB I]» (apdo. 55). Con este veredicto en la mano, si la AP de Lleida se hubiera percatado de que, para obrar correctamente, debía afrontar la cuestión de la competencia judicial internacional, dos eran las alternativas que se le ofrecían para que los tribunales españoles pudieran conocer del litigio. Por un lado, recurrir a la vía tradicional de fundar la competencia en el domicilio del demandado (art. 2 RB I); ahora bien, concurriendo, en este caso, una pluralidad de demandados de los que uno tiene el domicilio en España pero el resto está domiciliado en Francia, la presentación de la demanda en nuestro país hubiera tenido que pasar por el empleo del foro que el art. 6.1 RB I prevé básicamente para los supuestos con litisconsorcio pasivo [sobre las condiciones de operatividad del mismo, véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, pp. 212-216; adviértase que, en un pleito como el que nos ocupa, en el que únicamente uno de los demandados —Baqueira Beret SA— tiene el domicilio en España y cuya llamada a juicio la Audiencia considera injustificada (FD 1), podría haberse conjeturado acerca de un uso abusivo de este foro con la sola finalidad de atraer a las personas físicas y jurídicas domiciliadas en Francia]. Por otro lado, estaría el cauce, definitivamente expedito tras la sentencia *Folien Fischer*, del *forum loci delicti commissi*, la utilización del cual el TJUE supedita a que «los elementos relacionados con la acción declarativa negativa pued[a]n justificar la conexión con el Estado en el que, o bien ha sobrevenido el hecho causal o bien se ha producido o puede producirse el daño» (apdo. 52). En el litigio que comentamos, el vínculo de los presupuestos de la acción con España, lugar en el que se produjo el accidente, es manifiesto, por lo que, sobre la base del art. 5.3 RB I, tal como es interpretado por la actual jurisprudencia comunitaria, la competencia internacional de nuestros órganos jurisdiccionales hubiera sido indiscutible.

4. El único aspecto de internacionalidad que la AP de Lleida detecta en el caso examinado es la relación existente entre el pleito español y otro que está pendiente ante los tribunales franceses. De la información que contiene la sentencia, se deduce que, en representación de su hija, los padres presentaron en Burdeos una demanda no contra Baqueira Beret SA —quizás temiendo la falta de competencia de los órganos jurisdiccionales franceses, a menos que mediara una descartable sumisión tácita de la sociedad española—, sino contra la agencia de viajes con la que contrataron el paquete turístico y su aseguradora. Abierto este segundo frente y ante la solicitud de Axa France IARD SA de proceder a una acumulación de actuaciones, la AP de Lleida invoca confusamente los arts. 27 y 28 RB I, que respectivamente regulan la litispendencia y la conexidad. Como es sabido, estaremos ante una institución o la otra en función de si los litigios afectados comparten —o no— el objeto (VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, pp. 361-362). Es evidente que la demanda presentada en España —que pretende obtener una declaración de exoneración de responsabilidad extracontractual— y la sometida a los tribunales franceses —presumiblemente dirigida a la

obtención de una condena por responsabilidad *necesariamente* contractual— no son idénticas, por lo que la apelación a una situación de litispendencia, amparada en el art. 27 RB I, es improcedente. Más discutible podría ser la apreciación de conexidad entre los litigios implicados, mas, por aplicación del art. 28.2 RB I, la Audiencia llega a la conclusión —correcta— de que, al hallarse el pleito español en segunda instancia, no concurren los requisitos de la conexidad comunitaria.

5. En definitiva, la sentencia analizada nos deja aquella vieja sensación de «lo que pudo haber sido y no fue», la pérdida de una ocasión inmejorable para que nuestros tribunales se hubieran posicionado ante una de las cuestiones de competencia judicial más interesantes y candentes que cabe encontrar en nuestra disciplina.

Josep M. FONTANELLAS MORELL *
Universitat de Lleida

2013-24-Pr

PROPIEDAD INDUSTRIAL.—Marca comunitaria.—Acción declarativa de ausencia de infracción.—Competencia judicial.—Litisconsorcio pasivo.—Falta de legitimación pasiva.—Fraude procesal (Acción «torpedo»).

Preceptos aplicados: art. 97 Reglamento 207/2009 de marca comunitaria; art. 6.1 Reglamento 44/2001; art. 127 Ley de patentes; art. 11.2 LOPJ; arts. 53 y 65 LEC.

Sentencia de la AP de Alicante (Sección Tribunal marca comunitaria) núm. 85/2012 de 10 de mayo. Ponente: Luis Antonio Soler Pascual.

F.: Aranzadi Westlaw AC 2012/1807.

TERCERO: [...] En el caso que nos ocupa, la demanda se dirige contra el titular de la marca comunitaria frente a la que formula la acción negatoria, que es una mercantil francesa, pero también frente al distribuidor en España, que ni es licenciataria ni cotitular de la marca.

Pues bien, es en este marco que adquiere su sentido la alegación de la distribuidora Diprimsa sobre el foro competente pues si, como hemos dicho, el artículo 127 atribuye en exclusiva la legitimación pasiva en las acciones negatorias al titular de la marca, y que la demandada no es ni titular ni licenciataria de la marca, la razón de ser del vínculo determinante del foro competente —el domicilio del demandado— quiebra si se sustenta en quien naturalmente carece de legitimación activa [...].

La consecuencia de cuanto se ha indicado no puede ser otra que la de apreciar que la acción dirigida contra Diprimsa no constituye sino un acto de fraude procesal en relación a la fijación del foro competente [...].

Al margen de que en efecto, la materia relativa a la legitimación pasiva es cuestión de fondo a resolver en Sentencia, en el caso su apreciación sí tiene relevancia porque constituye el vínculo de la competencia que es lo que se cuestiona y es por ello que sí afirmamos, ante la evidencia de la falta de legitimación pasiva, que existe un uso fraudu-

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado «La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012-36920.

lento —arts. 11-2 LOPJ y 6-4 CC— consistente en atribuir legitimación para modificar el criterio de competencia territorial internacional a que se hace referencia el artículo 97 RMC, figura, la del fraude, que no es desconocida en las normas reguladoras de la competencia internacional —art. 6-2 RCJ ni en la jurisprudencia del Tribunal Europeo - STJUE C-10/07, de 1 de julio—.

Nota. 1. La presente sentencia recoge el intento del demandante (García Carrión) de atraer la competencia para conocer de una acción de comprobación de inexistencia de infracción de marca comunitaria propiedad de la sociedad francesa Louis Roederer a los tribunales de marca comunitaria de Alicante. Para ello, incluye como codemandado en dicha acción a Diprimsa, empresa que se encarga de la distribución en España de los productos de la empresa francesa. Probablemente, como afirma el tribunal, la acción del demandante supone un fraude procesal —una «acción torpedeo»— por cuanto la demanda contra Diprimsa claramente debe ser desestimada por carecer de legitimación pasiva en esta categoría de acciones. Ahora bien, durante el tiempo que tarde el Juzgado de lo mercantil de Alicante en pronunciarse, cualquier acción por infracción que pueda presentar L. Roederer en cualquier otro Estado de la Unión Europea —por ejemplo, en Francia— queda bloqueada por incurrir en litispendencia internacional (art. 27 Reglamento 44/2001). Este parece ser el fin perseguido por el demandante.

Si se tratase de una marca nacional, la atribución de competencia a los tribunales españoles hubiera sido fácil por cuanto, tras la STJUE de 25 de octubre de 2012, C-133/11, *Folien Fischer*, queda meridianamente claro que el art. 5.3 habilita a los tribunales del lugar de producción del hecho dañoso para conocer de las acciones declarativas de inexistencia de infracción en supuestos en los que la infracción pudiera producirse en ese lugar.

Ahora bien, tratándose de un litigio en materia de la marca comunitaria, los abogados de García Carrión debieron esmerarse en construir el caso, pues el art. 97.5 Reglamento 207/2009 (RMC) expresamente indica que estas acciones no pueden presentarse ante los tribunales designados por el *forum delicti commissi*. Ante esta eventualidad, el demandante decide incluir en la demanda a Diprimsa, con lo que espera conseguir que los tribunales de Alicante se declaren competentes para conocer de la demanda contra esta última por el art. 97.1 RMC —domicilio del demandado—, y de la demanda contra L. Roederer por el art. 6.1 Reglamento 44/2001, en la medida en que ambas demandas son conexas en el sentido de esa disposición.

En un primer momento, la estrategia del demandante tiene éxito por cuanto el Juzgado núm. 2 de Alicante desestima la declinatoria presentada por Diprimsa en su auto de 20 de septiembre de 2011. Ahora bien, dicho auto es objeto de recurso de reposición, el cual es estimado y, por consiguiente, el tribunal determina su falta de competencia internacional para conocer de la demanda «al corresponder [ésta] a los tribunales de la República francesa».

2. Contra el auto resolutorio del recurso de reposición el demandante interpone recurso de apelación basado en dos motivos: *a)* nulidad de actuaciones en relación con la tramitación de la declinatoria formulada por Diprimsa por no haberse dado traslado de la misma a la codemandada (L. Roederer), con lo que se le niega su derecho a participar y se genera el riesgo de incurrir en resoluciones contradictorias; *b)* infracción del art. 97 RMC pues una de las codemandadas tiene domicilio en España y, por tanto, la competencia internacional correspondía a los tribunales de Alicante. Según el apelante, no suponía un obstáculo a este resultado la posible falta de legitimación activa de Diprimsa, pues ésa era una cuestión de fondo que debía ser

analizada una vez determinada la competencia internacional. A su vez, se alega que al no haberse notificado a la co-demandada se impidió que la misma pudiera someterse tácitamente (art. 24 Reglamento 44/2001) a la jurisdicción del tribunal español fijando, en todo caso, su competencia por esta vía.

Ambos motivos son rechazados, siendo el segundo de ellos el que queremos analizar en la presente *Nota*. Concretamente ese segundo motivo es rechazado porque la Audiencia Provincial considera que la presentación de la demanda contra Diprimsa supone un fraude procesal en cuanto a la fijación del foro competente. Ello es así porque, de acuerdo con el art. 127 Ley de patentes, el único legitimado pasivo en las acciones declarativas de ausencia de infracción es el titular de la marca, sin que resulte posible demandar a un distribuidor como Diprimsa. Si bien la legitimación pasiva es una cuestión de fondo a resolver en sentencia, su apreciación se realiza en sede de competencia judicial internacional para evitar ese fraude, facultad que, según la Audiencia, está admitida por el art. 6.2 Reglamento 44/2001 y la jurisprudencia del TJUE. Adicionalmente se indica que, al no ser admisible la acción contra Diprimsa, no existe el riesgo de incurrir en una resolución contradictoria con la que se pudiera derivar de la demanda contra L. Roederer, por lo que el art. 6.1 no es aplicable.

3. La decisión de la Audiencia nos parece acertada en cuanto al objetivo a proteger: favorecer la protección efectiva de la propiedad industrial. Ahora bien el razonamiento presenta a nuestro entender dos defectos. Por un lado, el art. 6.2 se refiere a un supuesto —la intervención de un tercero en un proceso principal— diferente al que se presenta en el caso concreto, un litisconsorcio pasivo recogido en el art. 6.1. Si bien es cierto que el art. 6.2 establece que la disposición no es aplicable cuando la demanda se «hubiere formulado con el único objeto de provocar la intervención de un tribunal distinto del correspondiente al demandado», la aplicación analógica de este requisito al supuesto planteado en el art. 6.1 fue expresamente descartada por el TJUE en su sentencia de 11 de octubre de 2007, C-98/06, *Freeport*. Efectivamente, en ella el Tribunal entendió que dicha disposición se aplica cuando las demandas formuladas contra distintos demandados son conexas «[...], sin que sea necesario, además, establecer de manera clara que las demandas no han sido formuladas con el único fin de sustraer a uno de los demandados de la competencia de los tribunales del Estado en el que tiene su domicilio». Es decir, la primera base legal esgrimida por la Audiencia —véase el FD 4— es errónea. Además, la existencia de demandas conexas susceptibles de derivar en resoluciones contradictorias debe analizarse en abstracto, sin atender a las circunstancias particulares del caso concreto. Lo contrario —que parece ser lo que sostiene la Audiencia Provincial— supondría sujetar la aplicación del art. 6.1 a un estudio preliminar del resultado del litigio por parte del tribunal ante el que se presenta la demanda, circunstancia que no parece compatible con el sistema unificado de jurisdicción del Reglamento 44/2001.

Por otro lado, en relación con la segunda base legal —la jurisprudencia del TJUE sobre el «fraude procesal»—, no nos ha sido posible encontrar la «STJUE C-10/07 de 1 de julio» citada por la Audiencia en su resolución. En cualquier caso, dudamos de que el TJUE haya admitido, de manera tan amplia como insinúa la Audiencia, la figura del «fraude procesal». Ello es así porque tal figura otorgaría a los tribunales nacionales la facultad de referirse a sus normas internas a la hora de su aplicación, circunstancia que podría afectar al efecto útil del Reglamento 44/2001. En este sentido, el TJUE no se cansa de recordar la necesidad de garantizar la aplicación uniforme de las disposiciones de los Reglamentos UE —en relación con el RMC, véase la STJUE de 14 de diciembre de 2006, C-316/05, *Nokia*, apdo. 21—. A mi modo de ver, el recurso al art. 11.2 LOPJ y 6.4 CC por parte de la Audiencia para castigar el uso fraudulento

de las normas de jurisdicción por parte del demandante no resulta compatible con la jurisprudencia del TJUE. Es más, en su sentencia de 13 de julio de 2006, C-103/05, *Reisch Montage*, el TJUE tuvo ocasión de conocer un supuesto muy similar al que es objeto de la presente sentencia y descartó el recurso a normas internas sobre legitimación. En ella, el TJUE declaró que el art. 6.1 «no contiene ninguna remisión expresa a la aplicación de las normas internas ni ningún requisito por el que se exija la admisibilidad, con arreglo a la normativa nacional, de una demanda contra varias personas, desde el momento de su interposición, frente a todas ellas». Y añadió que el art. 6.1 «puede ser invocad[o] en el marco de una acción ejercitada en un Estado miembro contra un demandado domiciliado en dicho Estado y un codemandado domiciliado en otro Estado miembro, *aun cuando desde el momento de su ejercicio, dicha acción sea considerada inadmisibile frente al primer demandado en virtud de una normativa nacional*».

4. Por último, es preciso reiterar la validez de fondo de la decisión adoptada por la Audiencia por cuanto una protección efectiva de la propiedad industrial exige poner fin a prácticas procesales como la que intenta el demandante en este caso. Sin duda alguna la rigidez de las normas de jurisdicción del Reglamento 44/2001 dificulta, en ocasiones, alcanzar ese fin y abren la puerta a abusos procesales. Ahora bien, en este caso en particular, la «acción torpedo» del demandante podría haberse castigado de una manera compatible con el RMC y el Reglamento 44/2001 si la Audiencia se hubiera basado en la redacción del art. 96.b) RMC. Esta disposición condiciona la competencia de los tribunales de marca comunitaria para conocer de acciones de comprobación de inexistencia de infracción *a que «la legislación nacional las admit[a]»*. En este caso, y como excepción a la regla general, el recurso a la legislación interna está expresamente autorizado, circunstancia que debió ser utilizada por la Audiencia para inadmitir la demanda con base en que la legislación española —en concreto el art. 127 LP— no admite la presentación de este tipo de acciones contra personas diferentes del titular de marca.

Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ
Universidad de Alicante

3.2. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

2013-25-Pr

EJECUCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO ALEMÁN.—Régimen aplicable.—Aplicación temporal del Convenio de Bruselas de 1968.—Ejecutividad.—Notificación al deudor.—Orden público.

Preceptos aplicados: arts. 34, 53 y 54 del Reglamento (CE) núm. 44/2001.

Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.ª) núm. 51/2012, de 19 de marzo. Ponente: Fernando Lacaba Sánchez.

F.: Aranzadi Westlaw, AC/2012/778.

Cuarto. [...] Este Reglamento parte del principio de reconocimiento absoluto de los documentos públicos y al respecto, examinando los requisitos concurrentes en el presente caso, no cabe duda que el documento notarial alemán que se intenta ejecutar en España tiene fuerza ejecutiva según establece la Ley Procesal Civil de Alemania (ZPO) en

su art. 794.1.5. La misma norma procesal alemana, establece en su arts. 795 y 750 los requisitos para la ejecución forzosa, que son; a) existencia de una cláusula ejecutiva en el propio documento y notificación al deudor de la copia auténtica ejecutiva (Certificado de Ley aportado con la demanda).

Quinto. La cuestión a resolver consiste en el análisis de si el tribunal español puede, como ha sucedido en el presente caso, examinar la forma en que se ha practicado la notificación, que según la documentación aportada con la demanda, lo fue por correo remitido por el Alguacil superior al domicilio del deudor sito en la localidad de Moers, el día 15.07.2010 no siendo posible la práctica de la notificación.

En orden a las causas o motivos de no reconocimiento, el meritado Reglamento las recoge en su Art. 34 [...].

Séptimo. Corolario de lo expuesto es la no corrección de la denegación de la ejecución solicitada dado que, la escritura notarial es un documento que lleva implícita la ejecución y la notificación se hizo siguiendo las reglas procesales de Alemania, sin que se pueda apreciar ningún tipo de indefensión, máxime cuando los ejecutados pudieron saber que su residencia en España sin notificar el cambio de domicilio al banco podría acarrear que no tuvieran conocimiento de la notificación; máxime cuando el impago del préstamo era causa del correspondiente procedimiento.

Nota. 1. Como es sabido, dentro de los diferentes efectos que pueden pretenderse de un documento público, el efecto ejecutivo es el que, tradicionalmente, ha merecido una consideración propia en el ámbito institucional ya desde el Convenio de Bruselas de 1968. En este contexto, el caso analizado por la AP de Girona versa sobre la solicitud de declaración de ejecutividad presentada por una entidad mercantil alemana tomando como título ejecutivo una escritura notarial autorizada por un notario de Düsseldorf mediante la que se había constituido una hipoteca abstracta a favor de la demandante. Invocaba la mercantil, como fundamento de su pretensión, el Convenio de Bruselas de 1968 y el Convenio bilateral con Alemania de 1983. En instancia, el Juzgado rechazó *in limine* la demanda ejecutiva presentada por incorrecta fundamentación normativa. En concreto, rechaza la aplicación del Convenio bilateral con Alemania por falta de notificación de la resolución tendente a la ejecución y considera que «el contrato base de la demanda» (*sic*) está sometido al Reglamento Bruselas I. Por su parte, la Audiencia revoca tal resolución, justificando que se inicie el procedimiento de exequátur al entender que, al amparo del Reglamento, no se ha producido ninguna indefensión a los deudores a pesar de la falta de notificación efectiva de la demanda ejecutiva. Nótese que la apelación se circunscribe, en los términos marcados por el auto de instancia, a la decisión sobre la apertura del procedimiento de exequátur, no a un pronunciamiento directo sobre la declaración de ejecutoriedad del título en España.

Son múltiples las cuestiones que procede analizar en este caso partiendo, en primer lugar, de la determinación del instrumento aplicable, para, posteriormente, verificar las condiciones concretas a las que la eficacia ejecutiva de un documento público debe someterse.

2. Desde la perspectiva de la fuente normativa rectora del procedimiento de exequátur en este supuesto, los planteamientos en las fases de instancia y de apelación son erráticos. Aunque es un aspecto que pasa inadvertido para nuestros juzgadores, toda la cuestión es reconducible a un problema de compatibilidad entre los diversos instrumentos y, en concreto, de aplicación temporal. Tal problema no es nuevo en la práctica española; ya se había suscitado y resuelto, también en relación con una escri-

tura pública alemana, por la AP de las Islas Baleares (Sección 5.^a) en el Auto 174/2007, de 17 de diciembre (*AEDIPr.*, t. VIII, 2008, pp. 1034 y ss., con nota de F. GARAU SOBRIÑO). La eventual elección entre el Reglamento 44/2001 y el Convenio de Bruselas se resuelve, para el sector de los documentos públicos, acudiendo al criterio general de aplicación temporal basado en la fecha de formalización del documento público (art. 54.1 del Convenio de Bruselas de 1968 y art. 66.1 del Reglamento 44/2001) (KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilproßrecht*, 8.^a ed., Frankfurt, Recht und Wirtschaft, 2005, p. 568). Considerando que la escritura se formalizó en Alemania en 1988, parece claro, a la vista de la irretroactividad marcada por las disposiciones citadas, que resulta aplicable el Convenio de Bruselas, vigente en aquel momento para Alemania. En relación con el Convenio bilateral de 1983, resulta además sobradamente conocida la cláusula de compatibilidad del art. 55 del Convenio de Bruselas de 1968 y el consiguiente efecto desplazamiento del régimen convencional bilateral.

3. La determinación de la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 resulta relevante en el supuesto planteado. De una parte, sabida es la diferencia sustancial en el procedimiento de exequátur entre el Convenio y el Reglamento 44/2001, ya que sólo el primero permite un control de condiciones en primera instancia. Pero, de otra parte, y en apariencia de menor entidad, existe también una diferencia en la documentación que la parte solicitante debe aportar para el inicio del procedimiento y que podría tener, en los términos que indicaremos, su trascendencia en el aspecto de la notificación debida al deudor:

Ciertamente, todo el problema gira en este caso, según se apunta tímidamente en la instancia, y se profundiza en la apelación, en torno a la relevancia que puede tener para el procedimiento de exequátur una notificación de la demanda ejecutiva realizada infructuosamente en el domicilio de los deudores en Alemania. Consta acreditado en el proceso que la notificación se intentó por medio de un correo remitido por un funcionario alemán pero que no pudo hacerse efectiva debido a un aparente traslado estratégico de domicilio sin comunicación al demandante acreedor.

El debate se plantea en los siguientes términos: según el demandante, la notificación de la demanda ejecutiva se realizó en cumplimiento de las normas procesales alemanas y su falta de efectividad no afecta al carácter ejecutivo del título en el Estado de origen; según la Audiencia, vistas las circunstancias del caso concreto y después de valorar el alcance de los arts. 34.1 y 34.2 del Reglamento 44/2001, no se ha producido una verdadera indefensión de los deudores y, por tanto, nada impide que se inicie el correspondiente procedimiento de exequátur. Al margen de la pertinencia procesal de este análisis de fondo para decidir sobre la revocación de una inadmisión a trámite, lo cierto es que la cuestión de la notificación de la demanda ejecutiva puede ser analizada desde una triple perspectiva: como integrante de las condiciones de ejecutividad de la escritura conforme al Derecho alemán; como presupuesto de admisibilidad de la demanda de exequátur; y, finalmente, como aspecto de orden público causante de una eventual denegación de la declaración de ejecutoriedad del título en España.

Aunque pueda resultar obvio, no debe dejar de subrayarse que la eficacia ejecutiva de un documento público requiere que el demandante acredite que el documento es auténtico y está dotado de ejecutividad en el Estado de origen (art. 50 del Convenio de Bruselas). Si la notificación de la demanda ejecutiva constituyera un requisito de ejecutividad del título en el Estado de origen, faltando este requisito faltaría el presupuesto mismo del título habilitante para el inicio del exequátur en el Estado requerido. En este punto, y conforme a la propia información sobre la normativa procesal aportada (§§ 794.1.5, 795 y 750 de la ZPO alemana), no se deduce que sea

requisito para la ejecutividad de la escritura notarial una notificación de la solicitud de ejecución, condición que, sin embargo, sí resultaría imprescindible para el inicio del procedimiento de ejecución forzosa.

La necesidad de notificación de la «resolución» sí aparece en el art. 47.1 del Convenio de Bruselas entre la documentación que el solicitante de exequátur debe aportar para iniciar este procedimiento. Debe considerarse que esta exigencia documental se ha entendido aplicable también al exequátur de documentos públicos con base en la remisión efectuada en el párr. 3 del art. 50 del Convenio (KROPHOLLER, J., «Art. 50», *op. cit.*, 4.^a ed., 1993, apdo. 9). La justificación de este requisito era garantizar en todo caso al deudor el conocimiento de la resolución y que éste dispusiera de un plazo para cumplirla voluntariamente antes de instar su ejecución (así se desprende de P. JENARD en el Informe del Convenio de Bruselas, *DOCE* C 189, de 28 de julio de 1990). Tal exigencia, aunque formalmente subsumible en la remisión del art. 50, es de dudosa trascendencia en el caso de los documentos públicos, dado que éstos suponen, por definición, una asunción de obligación asumida *ex ante* por parte del deudor, quien es perfectamente conocedor del carácter ejecutivo del título para caso de incumplimiento por su parte. A los efectos que estamos analizando, parece obvio que las cautelas y garantías que pudieran predicarse para las resoluciones judiciales no se requieren para el caso de un documento ejecutivo, máxime cuando la obligación de base contenida en el título puede discutirse en el procedimiento declarativo correspondiente. De hecho, ni siquiera la remisión que efectúa el mencionado párr. 3 del art. 50, que engloba el art. 47.1, obliga a tener que cumplir todas las condiciones aplicables a las resoluciones judiciales sino sólo aquellas disposiciones «en la medida en que fuere necesario». Tal necesidad, como decimos, no se desprende en relación con la notificación de una demanda ejecutiva de un documento público como presupuesto previo para el exequátur de éste.

Debe, además, señalarse el peso relativo de la exigencia documental del art. 47.1 del Convenio de Bruselas, incluso en relación con la solicitud de exequátur de las resoluciones judiciales. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 1996 (asunto C-275/94: *van der Linden*) ya mostró, en su momento, una interpretación muy flexible en torno al requisito de la notificación de la resolución, restando su valor como presupuesto de admisibilidad de la demanda de exequátur y permitiendo la acreditación de la notificación incluso en la fase contradictoria del propio procedimiento de declaración de ejecutoriedad. En definitiva, se trataba de habilitar la posibilidad material de cumplimiento voluntario por parte del deudor, algo que incluso el propio procedimiento de exequátur garantiza con su fase contradictoria. Conforme al sistema vigente de Bruselas I, tal requisito de acreditación de la notificación de la resolución ya ni siquiera aparece en la documentación requerida por el art. 53 ni en las certificaciones previstas en los arts. 54 (en relación con el Anexo V) y 57.4 (en relación con el Anexo VI) (aspecto expresamente subrayado por GEIMER, R. y SCHÜTZE, R. A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2010, p. 840 en relación con p. 822). Por su parte, en el marco del art. 58 del Reglamento (UE) 1215/2012, toda esta problemática dejará de suscitarse al desaparecer el procedimiento de exequátur para la ejecución de los documentos públicos.

Finalmente, la tercera perspectiva de análisis en relación con la notificación al deudor se sitúa en el control del orden público como motivo de denegación del exequátur. Sigue en este punto la Audiencia el planteamiento clásico sobre la indefensión material a partir del art. 34.2 del Reglamento Bruselas I. Nuevamente aquí corresponde realizar varias puntualizaciones, sin necesidad de reiterar la incorrección de la fuente utilizada. La primera tiene que ver con la falta de precisión y rigor por

parte de nuestro tribunal en la determinación de las condiciones aplicables para los documentos públicos. No es baladí recordar que la solicitud de exequátur sólo podrá rechazarse cuando «la ejecución del documento» fuere contraria al orden público del Estado requerido en los términos establecidos en el art. 50 del Convenio de Bruselas. Ello inhabilita, de mano, la aplicación general de las condiciones de los arts. 27 y 28 del Convenio de Bruselas (o arts. 34 y 35 del Reglamento Bruselas I). La segunda puntualización es que, al margen de la ubicación formal del control del orden público en diferentes preceptos del Convenio, lo cierto es que esta condición tiene unos contornos precisos en su aplicación al efecto ejecutivo de los documentos públicos: puede valorarse el contenido de la ejecución misma, la licitud de la relación obligatoria subyacente o, incluso, el procedimiento de otorgamiento de la escritura pública (véanse las diferentes hipótesis en GEIMER, R. y SCHÜTZE, R. A., *op. cit.*, pp. 839-840). Pero lo que no está justificado es una valoración del orden público procesal en los términos del art. 34.2 del Reglamento (o 27.2 del Convenio de Bruselas) dirigido a proteger los derechos de defensa y de contradicción procesal del demandado que, si bien tienen pleno sentido en el marco de procesos judiciales, no se adecuan al régimen de los documentos públicos.

4. El resto de la exposición de la Audiencia, particularmente el *excursus* sobre Derecho comparado hispano-alemán sobre la constitución de hipotecas, aunque interesante en su planteamiento, resulta superflua en el marco del presente procedimiento de declaración de ejecutividad. Puede tener su relevancia en otros casos, sobre todo si se pretende el efecto registral de una hipoteca constituida ante un notario alemán sobre un inmueble situado en España. Pero eso ya forma parte de otro conocido debate.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Universidad de Oviedo

4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

4.1. Matrimonio, nulidad, separación y divorcio

2013-26-Pr

NULIDAD MATRIMONIAL.—Matrimonio celebrado en Marruecos.—Impedimento de ligamen.—Ley aplicable a la nulidad.—Ley marroquí.—Ausencia de alegación y prueba del Derecho extranjero.—Desestimación de la demanda.

Preceptos aplicados: art. 22.3 LOPJ; arts. 9.2, 46, 73 y 107 CC; art. 281 LEC 1/2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.ª) núm. 57/2012, de 2 de febrero de 2012. Ponente: Ángel Luis Sanabria Parejo.

F.: CENDOJ Roj: SAP CA 773/2012.

Sentado cuanto antecede y delimitado el objeto del recurso ha de tenerse muy presente que para el examen de la nulidad que se invoca ha de traerse a colación que aun cuando a través del artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la competencia de los Tribunales españoles en el presente litigio, la determinación de la legislación material o sustantiva aplicable viene dada por el artículo 9.2 del Código Civil, que establece que la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artícu-

lo 107, señalando este último artículo que la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración, razón por la que si bien son competentes los tribunales españoles para conocer la demanda y se aplican las leyes procesales españolas, ha de acudirse a la ley extranjera conforme a la cual se celebró el matrimonio para determinar si existe causa de nulidad y regular, en su caso, sus efectos. Regulación ésta distinta a la que se prevé en el mismo artículo para la separación y el divorcio en la que prevalece la aplicación de la ley material o sustantiva española (según reforma operada por Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre) cuando la separación y el divorcio se pida de mutuo acuerdo o cuando la ley nacional no contemple la posibilidad de la separación o el divorcio o lo haga de forma discriminatoria o contraria al orden público español, supuesto en que se aplicaría la ley española. En definitiva, la ley aplicable para determinar si existe el impedimento de ligamen que se sostiene como causa de nulidad no puede ser otra que la ley del lugar de su celebración, esto es, la ley marroquí y no la ley española. En definitiva, el artículo 49 del mismo Código Civil claramente establece que los españoles pueden contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de la celebración, y así ocurrió en el presente caso, en que el apelante, de nacionalidad española, contrajo matrimonio en Marruecos, con arreglo a la ley de dicho país, a la cual se sometió al contraer matrimonio en el repetido estado, y habiéndose celebrado el matrimonio bajo el imperio de esa legislación extranjera, no tendría el menor sentido que la nulidad del matrimonio hubiese de regirse por la legislación española, ni siquiera en lo referente a lo que pudiéramos llamar aspectos sustantivos de la celebración del matrimonio.

Nota. 1. Distintas observaciones cabe realizar a la sentencia que se va a comentar. Como casi siempre, sin embargo, hay que empezar diciendo que de los antecedentes de hecho no cabe extraer de manera completa los antecedentes fácticos que dieron pie a la sentencia. Puede deducirse que un español contrajo matrimonio en Marruecos con una mujer que estaba casada con otro hombre sin que este vínculo matrimonial previo se hubiera disuelto. El demandante, posteriormente apelante, insta la nulidad matrimonial ante los tribunales españoles. La demanda se desestima y no prospera tampoco la apelación, dándose la circunstancia de que en ambos casos la sentencia se dicta en rebeldía de la demandada. Se van a comentar tres aspectos que se desprenden de la sentencia dictada por la AP de Cádiz: la competencia de los tribunales españoles, la ley aplicable a la nulidad matrimonial y, en conexión con ello, la solución proporcionada ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero.

2. Por lo que se refiere a la competencia de los tribunales españoles, se confirma una vez más la escasa receptividad existente a la aplicación de Reglamentos europeos. Este desconocimiento es sorprendente en una Audiencia como la de Cádiz que tiene que resolver con cierta frecuencia supuestos internacionales en los que resulta de aplicación algún Reglamento europeo en materia de Derecho internacional privado y que, en realidad, no siempre ignora ni relega su aplicación tal como puede constatare en otras resoluciones. Así pueden citarse las resoluciones de 13 de enero de 2012 (Roj: AAP CA 12/2012), de 12 de marzo de 2010 (Roj: SAP CA 597/2010), de 26 de enero de 2010 (Roj: AAP CA 49/2009), todas ellas en materia de responsabilidad parental, o el auto de 15 de septiembre de 2005, donde deslinda el texto normativo que corresponde aplicar en relación con unas medidas provisionales en materia de alimentos, rechazando la aplicación del Reglamento 2201/2003 por ser una cuestión que queda fuera de su ámbito material de aplicación. En esta sentencia el Tribunal aplica el art. 22.3 LOPJ para establecer si los tribunales españoles tienen atribuida la competencia judicial internacional. En cualquier caso, como se decía al principio, no tenemos suficientes datos para aseverar con contundencia que ésta no era la norma

que debía aplicarse. Cabe la posibilidad de que el demandante, en su condición de español y residente en España, pudiera interponer la demanda ante los tribunales españoles sobre la base de la LOPJ en la medida en que hiciera menos de seis meses que residiera en España. Todo ello en cumplimiento de la interpretación que ofreció en su momento el TJUE en el asunto *Sundelind López* (véase STJUE de 29 de noviembre de 2007, asunto C-68/07). En cualquier caso, la aplicación del régimen autónomo de competencia judicial internacional únicamente resulta de aplicación subsidiaria y, por consiguiente, la AP debería haber justificado la remisión efectuada a partir del Reglamento 2201/2003. Debe advertirse, no obstante, que al menos distingue muy bien lo que supone tener atribuida la competencia judicial frente a la determinación de la ley aplicable que, en este caso, considera la AP de Cádiz que es la marroquí.

3. La determinación de la ley aplicable a la nulidad matrimonial es uno de aquellos supuestos en los que claramente la norma confunde. Se constata un enorme dislate entre lo que parece que la norma diga y lo que se quiere hacer decir a la misma norma. El art. 107 CC confunde cuando establece que «La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración». En efecto, bajo una redacción simple, se esconde una falsa remisión porque si bien es cierto que nos remite a la ley que regula la celebración del matrimonio, también lo es que no hay propiamente una norma que establezca cuál es la ley que rige la celebración del matrimonio. O, cuando menos, puede afirmarse que no se dice lo que se quiso decir. La AP entiende que esta referencia a la ley de la celebración supone enmarcar el matrimonio en la ley del lugar de celebración. La aplicación de esta ley se fundamenta en la designación efectuada por el art. 49 CC que contempla la posibilidad de que un español contraiga matrimonio en el extranjero con arreglo a la ley del lugar de celebración. Sin embargo, la AP atribuye un alcance a la ley del lugar de celebración mucho mayor de lo que prevé el art. 49 CC. En efecto, esta disposición limita la aplicación de la ley del lugar de celebración, la marroquí en este caso, a la forma del matrimonio. Resulta llamativo que la ampliación del alcance y función de la ley marroquí, en su calidad de ley del lugar de celebración, es deliberado. Así, declara la AP de Cádiz «y habiéndose celebrado el matrimonio *bajo el imperio* de esa legislación extranjera, no tendría el menor sentido que la nulidad del matrimonio hubiese de regirse por la legislación española, ni siquiera en lo referente a lo que pudiéramos llamar *aspectos sustantivos* de la celebración del matrimonio» (el destacado es del autor de la nota). La primera observación que debe realizarse es que el Tribunal parece estar enmarcando el matrimonio en una legislación por la autoridad ante la que éste se celebra. Esta referencia al imperio de una ley parece evocar al imperio de una autoridad, aquella ante la cual este matrimonio ha sido sancionado, aquella gracias a la cual este matrimonio existe y es válido. La *lex auctoritatis* toma así un papel relevante que se extiende incluso a los aspectos sustantivos. La declaración del Tribunal tiene una segunda vertiente que consiste en hacer decir al legislador lo que no dice. Esta atribución supone investir de un poder a la autoridad competente, y a su ley, que comprende los aspectos sustantivos del matrimonio, inclusive la capacidad de los contrayentes o los impedimentos. En realidad, el planteamiento seguido por la AP de Cádiz no es nada incoherente. Se trata nada más ni nada menos que de reconocer, o no, un matrimonio celebrado en el extranjero ante autoridad extranjera. El planteamiento construido huye pues de una aproximación conflictualista y reduce el proceso de nulidad seguido ante tribunal español a dos funciones básicas (como ya puso de relieve ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, p. 237): de-

terminar si el matrimonio es válido desde la perspectiva del ordenamiento extranjero y establecer si este matrimonio puede desplegar efectos en el ordenamiento español. Siguiendo con este planteamiento, aparentemente bastaba con acreditar la existencia y validez del matrimonio conforme al ordenamiento extranjero (y debe recordarse que en la práctica se presume la validez del matrimonio si ésta ha sido establecida por una autoridad del ordenamiento en el que se ha celebrado (véase OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 257) y oponer el impedimento de vínculo como obstáculo a su eficacia en España. No obstante, el Tribunal tuerce este planteamiento y acaba decidiendo conforme a una aproximación netamente conflictual.

4. La demanda no prospera, como se dijo al inicio de esta nota, porque la legislación marroquí no ha sido ni alegada ni probada. El Tribunal se niega a promover de oficio la prueba del Derecho extranjero cuando las partes se han mostrado completamente inactivas al respecto. Debe apuntarse que la AP de Cádiz tenía ejemplos bien próximos para facilitar la resolución de la cuestión litigiosa. En efecto, la propia AP había dictado una sentencia el 24 de marzo de 2011 (Roj: SAP CA 280/2011) en la que se había acreditado que conforme a la ley marroquí el matrimonio será nulo cuando se haya celebrado con una mujer casada. La sentencia, con un planteamiento netamente conflictual, acogía el recurso interpuesto por la apelante. Sin embargo, podía haberse resuelto la cuestión con un planteamiento más próximo al reconocimiento (o no reconocimiento) del matrimonio celebrado en Marruecos. En este sentido, no se trataba tanto de acreditar el contenido de la ley marroquí como de aportar certificado del matrimonio que había tenido lugar en Marruecos y de acreditar que la contrayente mantenía vínculo matrimonial con otra persona cuando el matrimonio objeto de nulidad fue celebrado. La acreditación del impedimento de vínculo matrimonial hubiera bastado para declarar la nulidad del matrimonio conforme al ordenamiento español — y, por tanto, de su eficacia en España —, al margen de que no se hubiera demostrado que la ley marroquí no admite el matrimonio poliándrico. De hecho, esta es la clave del asunto: la acreditación del ligamen de la contrayente al celebrarse el matrimonio. Precisamente por eso, la propia LEC 1/2000 vela porque el Tribunal pueda pronunciarse habiendo tenido en cuenta todos los elementos necesarios para emitir su veredicto o declaración. En efecto, el art. 770.4.º de la mencionada ley establece que «Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.//Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad [...]». No cabe duda entonces de que el Tribunal, de acuerdo con los requisitos establecidos en el art. 73.2 en relación con el art. 46.2, ambos del CC, necesitaba que se acreditara que la persona con la que se contrajo matrimonio estaba ya casada y, lo más importante, podía haber impulsado de oficio la práctica de la prueba antes de decidir si el matrimonio era nulo. Ahora bien, la solución adoptada por el Tribunal estriba en mantener la existencia, y consecuente validez del matrimonio en España, por falta de acreditación del Derecho extranjero. Adviértase que en este caso no se acoge la tradicional solución consistente en la aplicación sustitutiva del Derecho del foro que hubiera desembocado en la declaración de nulidad del matrimonio, siempre que se hubiera acreditado el impedimento de ligamen. Así pues, el Tribunal admite la validez, de un matrimonio que puede estar viciado de raíz y ello por falta de instar la práctica de una prueba que hubiera podido ser concluyente. Pese a que la solución adoptada no es aislada (SAP de Alicante de 4 de diciembre de 2012 o SAP

de Barcelona de 10 de mayo de 2004), no hay que olvidar que, conforme a reiterada jurisprudencia, el matrimonio poligámico no puede ser aceptado en el ordenamiento español puesto que constituye una vulneración manifiesta del orden público.

Albert FONT I SEGURA
Universidad Pompeu Fabra

2013-27-Pr

DIVORCIO.—Competencia judicial internacional.—Ley aplicable.—Relaciones paternofiliales: atribución de guarda y custodia.—Alimentos.—Atribución del uso de la vivienda familiar.—Remisión a un sistema plurilegislativo.

Preceptos aplicados: art. 24 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea; art. 6.a) del Convenio Europeo de 1996 sobre el ejercicio de los derechos del niño; art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989; arts. 3 y 8 del Reglamento 2201/2003; art. 5.2 del Reglamento 44/2001; art. 14.1 del Estatuto de Cataluña; art. 9.7 CC; arts. 111.3.1, 233-8 y 233-10 CCCat; art. 3 de la Llei 8/1995, *d'Atenció i protecció dels infants i els adolescents*.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª), núm. 1/2013, de 9 enero. Ponente: Joaquín Bayo Delgado.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2013/71975.

SEGUNDO: Siendo la demandante española y el demandado italiano, y ambos residentes en Cataluña, como los hijos comunes, la sentencia apelada omite el análisis preceptivo de los aspectos pertinentes de Derecho internacional, lo cual debe aquí subsanarse.

La competencia internacional de los tribunales españoles para la acción de divorcio viene determinada por esa residencia común en España, a tenor del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis) y la ley española que ha sido aplicada es la procedente según el artículo 107 del Código Civil estatal (CC) al ser la demanda anterior al 21 de junio de 2012, cuando entró en vigor el Reglamento 1259/2010.

La competencia internacional para los aspectos de responsabilidad parental también corresponde a los tribunales españoles por la residencia de los niños, a tenor del artículo 8 del Reglamento 2201/2003 (y 12.1 del mismo reglamento, por estar bajo la responsabilidad parental de quienes se divorcian y ser la acumulación beneficiosa para los menores) y debe aplicarse el derecho del foro según el artículo 15 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (vigente desde el 1/1/2011 y aplicable al ser la demanda posterior). La lex fori en este caso es el Derecho civil catalán, en virtud de la territorialidad del Derecho catalán (artículos 14.1 del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya). Por razón de la fecha de la demanda, posterior al 1 de enero de 2011, en que entró en vigor el Libro II del Codi Civil de Catalunya (CCC) según la disposición final quinta de la ley aprobatoria del Libro II CCC, debe aplicarse ese texto legal y no, como hace la sentencia apelada y denuncia el apelante, el Codi de família de Catalunya (CF).

La competencia internacional para el análisis de la contribución alimenticia para los hijos y, como contribución en especie, la atribución del uso del domicilio familiar, viene dada por la mencionada residencia de los hijos y progenitores en España, y ser una

acción acumulada a la de divorcio, según el artículo 5.2 del Reglamento 44/2001 (Bruselas I) —aplicable al ser la demanda anterior al 18 de junio de 2011, cuando entró en vigor el Reglamento 4/2009— y el derecho aplicable al fondo es el Derecho civil catalán, concretamente el Codi Civil de Catalunya, en razón de la citada territorialidad y de la residencia en Cataluña de los hijos, según el artículo 9.7 CC, por no haber entrado en vigor, a la fecha de la demanda, el Protocolo de La Haya de 23 de octubre de 2007.

Nota. 1. El texto reproducido de la Sentencia de la AP de Barcelona da buena muestra de la riqueza normativa que puede albergar un simple procedimiento de divorcio, desde el punto de vista del DIPr. El grado de especialización alcanzado en los últimos años hace que el juzgador se haya tenido que plantear la aplicación de un buen número de instrumentos distintos y, dentro de ellos, de regímenes singulares o especiales para dar respuesta a cada uno de los aspectos sobre los que se le pedía que resolviese: la disolución propiamente dicha del vínculo matrimonial, la determinación del régimen de guarda y derechos de visita de los hijos, la determinación del derecho y la determinación del concreto crédito alimenticio entre parientes, el establecimiento del régimen de la titularidad del uso de la vivienda familiar y la determinación de la eventual pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges. Multipliquemos cada uno de estos aspectos por dos (competencia judicial internacional y ley aplicable) y tendremos un mosaico normativo digno de cualquier supuesto práctico a resolver en un curso avanzado. Si a este panorama, llamémosle clásico, le añadimos los condimentos del tiempo (cambios normativos recientes) y la peculiaridad de una eventual llamada de la ley de un Estado plurilegislativo, como el nuestro, el resultado es realmente atractivo.

El juzgador aborda con solvencia y con llamativa sobriedad cada uno de los temas anunciados en el párrafo anterior. Se permite el lujo, incluso, de señalar por qué no aplica tal régimen y sí aplica tal otro. Encomiable. Tan sólo un lunar empaña el razonamiento: el de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Además, recurre a una inefable apelación a la territorialidad del Derecho civil catalán, virus cada vez más arraigado en la práctica de los juzgados y tribunales localizados en Cataluña, que merece un comentario siquiera breve. A ambos aspectos les precede en esta Nota una descripción sucinta del supuesto y las soluciones no comprometidas.

2. La situación de hecho es simple: cónyuges de nacionalidad española e italiana con dos hijos comunes y residentes en Barcelona (en Cataluña, según la determinación de factores relevantes que hace la Audiencia). Disuelto el matrimonio, se atribuye la custodia de los hijos a la madre, un derecho de visitas al padre, la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre y a los hijos que quedan bajo su guarda, una pensión alimenticia a favor de los hijos y con cargo al padre y se desestima la solicitud de pensión compensatoria solicitada por el marido a cargo de la esposa. En apelación, el padre solicita la custodia compartida en aplicación del CCCat y la pensión compensatoria.

3. La AP aplica correctamente el Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis) a la competencia judicial internacional para pronunciar el divorcio y para fallar sobre los aspectos discutidos en torno a la responsabilidad parental respecto de los hijos. Acierta también en la determinación de la ley aplicable al divorcio, ley de la residencia habitual común en el momento de presentación de la demanda, en defecto de nacionalidad común, de conformidad con lo dispuesto en el art. 107 CC, aplicable, como bien plantea la AP, por no serlo aún el Reglamento Roma III; no por no haber entrado en vigor, como señala la AP (el Reglamento está en vigor desde el 30 de diciembre de 2010), sino por no ser aún de aplicación en el momento de presentación de la deman-

da (se aplica a partir del 21 de junio de 2012 a casos como el presente). Igualmente acierta en la determinación de la ley aplicable a las cuestiones de responsabilidad parental en función del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, y a reserva de lo que diré más adelante sobre el camino que recorre desde el Convenio hasta el CCCat. No acierta, como adelanté, en lo tocante a la ley aplicable a la deuda alimenticia.

El razonamiento sobre este último aspecto viene precedido de un también tópico, erróneo e inocuo, recurso al art. 5.2 del Reglamento 44/2001, ya que por razones temporales aún no era de aplicación lo dispuesto en el Reglamento 4/2009. El juzgador apunta que tanto la residencia habitual del acreedor, cuanto la vinculación de la demanda a una acción de estado, acreditaría la competencia para conocer de la cuestión alimenticia y de la atribución del uso del domicilio familiar; aspecto éste de discutida calificación, pero que, a mi juicio sí disfruta de una calificación alimenticia en casos como el que la AP juzga. Como es bien sabido, teniendo el demandado, como tiene, el domicilio en España, es el art. 2 del Reglamento Bruselas I, el que, con ayuda de las normas de competencia territorial internas, determina la competencia judicial internacional (el tribunal barcelonés no es un tribunal de una persona domiciliada «en otro Estado miembro», cual es el supuesto de hecho de todos los foros del art. 5).

Sorprende, sin embargo, el lapsus que le lleva a preferir el art. 9.7 CC, por no haber entrado en vigor, a la fecha de la demanda, el Protocolo de La Haya de 23 de octubre de 2007. Es extraño que, a la vista de la erudición mostrada por la AP, no supiese que, en su caso, el instrumento competente era el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en un caso similar, también bajo la premisa de la aplicación territorial del Derecho catalán, se acude correctamente al art. 4 de dicho Convenio en la SAP de Barcelona, sec. 18.^a, núm. 520/2012 de 24 julio, JUR 2012/294805). Un lapsus que sí nos ponemos a sacarle punta, bien pudiera derivar en un resultado poco querido al tribunal. Bastaría con que aceptemos el siguiente planteamiento: padre (acreedor) e hijos poseen la nacionalidad común italiana; esa es la primera conexión prevista por el art. 9.7 CC; privilegiar la española en este caso (art. 9.9 CC) puede ser discutible a la luz de ser una de las nacionalidades una nacionalidad comunitaria (reconozco que esta parte es muy débil, pero no de inverosímil defensa)... y ya está la huida de la ley catalana.

4. En todo caso, estos borriones en un razonamiento generalmente competente no empañan la solución última. Llama más la atención (aunque por su frecuencia, la verdad, cada día llama *menos* la atención), que un tribunal tan docto despache un tema de tanta enjundia como la remisión a un sistema plurilegislativo con un ritual recurso a la «territorialidad del Derecho catalán (arts. 14.1 del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya)». Como dije más atrás, es una especie de virus que aqueja a una buena parte de los tribunales radicados en Cataluña, que algunos hemos pretendido denunciar sin ningún éxito, dicho sea de paso (ARENAS GARCÍA, R., «Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea», *AE-DIPr*, t. X, pp. 547-593 pp. 583-585). Es un virus llamativo, entre otras cosas, porque el objetivo que pretende conseguir, probablemente pudiera obtenerse por otras vías acordes con un razonamiento cabal y ajustado a la normativa vigente. Un mero ejemplo: la aplicación de la ley catalana a los aspectos de responsabilidad parental en el caso analizado no deriva del mantra de la territorialidad, sino del art. 47.1 del aplicable Convenio de La Haya de 1996, a cuyo tenor «Cualquier referencia a la residencia habitual en este Estado [plurilegislativo] se interpretará como una referencia a la

residencia habitual en una unidad territorial». Y la aplicación de la ley catalana a los aspectos alimenticios, derivaría no de la dichosa territorialidad, sino de lo dispuesto en el art. 16 del Convenio de La Haya de 1973 («Cuando deba tomarse en consideración la ley de un Estado que, en materia de obligaciones alimenticias, tenga dos o más sistemas jurídicos de aplicación territorial o personal —como pueden ser los supuestos en los que se hace referencia a la ley de la residencia habitual del acreedor o del deudor o a la ley nacional común—, se aplicará el sistema designado por las normas en vigor en dicho Estado o, en su defecto, el sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados»), que da mucho juego. Pero claro, en estos casos, la «territorialidad» no es criterio alguno: ¿dónde quedarían los arts. 14.1 del *Estatut d'Autonomia de Catalunya* y 111.3.1 del *Codi Civil de Catalunya*, si los menores tuviesen su residencia habitual en Aragón, en el País Vasco o en Madrid? ¿Seguiría la AP aplicando el Derecho civil catalán por su *territorialidad*? Si pretende ser coherente con el «argumento», sí: y eso es claramente contrario, por ejemplo, al art. 47.1 del Convenio de 1996 que he reproducido (si se quieren más ejemplos, échese un vistazo al art. 16 del Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que la AP descarta correctamente por motivos temporales, pero que hoy sería aplicable). Que el ejemplo es posible sólo requiere consultar superficialmente las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2201/2003 y las normas de competencia territorial de la LEC.

5. Para concluir, quiero alejarme del desencanto que provoca hablar del tema desarrollado en el punto cuarto de esta nota y quedarme con lo positivo: la familiaridad con que las autoridades judiciales españolas comienzan a tratar a los Reglamentos comunitarios y el cierto dominio de su pluralidad.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela

4.2. Contrato individual de trabajo

2013-28-Pr

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.—Noción de trabajador desplazado.—Ley aplicable a contrato individual de trabajo.—Disposiciones imperativas y leyes de policía.—Ley aplicable en materia de seguridad social.

Preceptos aplicados: arts. 34, 38, 40.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; Directiva 96/71/CE, de 21 de enero, sobre desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; art. 3 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre; art. 8 del Reglamento Roma I.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, Oviedo, núm. 230/2013, de 1 de febrero de 2013. Ponente: J. M.^a Martín Morillo.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2013/96168.

[...] aunque la Directiva 96/71/CE no fija un plazo máximo ni un plazo mínimo al desplazamiento cabe entender que no ha tenido el propósito de incluir en su ámbito un supuesto como el de referencia, sino que lo coherente es supeditar el carácter temporal del desplazamiento a que el trabajador trabaje habitualmente en otro Estado diferente a aquel al que sea o vaya a ser desplazado. Esta interpretación es la que deriva por lo demás

del Reglamento (CE) n.º 593/2008, Roma I que, en su Considerando 36 determina, por un lado, que «Por lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero», lo que facilita una aproximación flexible y subjetiva a esta cuestión, basada principalmente en las expectativas y en la intención de las partes (esto es, el *animus revertendi* del trabajador y el *animus retrahendi* del empleador). [...] En consecuencia, en el supuesto analizado, al no quedar comprendido dentro del campo de aplicación de la Directiva y, por ende, de la Ley 45/1999, se abre el paso a la aplicación de las normas ordinarias de Derecho internacional privado.

[...] el art. 8.1 acoge, como primer punto de conexión, la autonomía de la voluntad de las partes. Este principio autonomista, sin embargo, cuenta con severos límites para estos contratos, en consonancia con el carácter tuitivo del ordenamiento laboral que ha provocado que el legislador elabore una serie de mandatos destinados a garantizar que la vertiente material de la elección de la ley aplicable no perjudique a la parte contractual con menor capacidad de negociación [...].

[...] Dicha solución significa que las normas europeas permiten el fraccionamiento del derecho aplicable y supone un complejo proceso aplicativo, al no precisar con claridad cómo se debe llevar a cabo la comparación entre los ordenamientos involucrados; posibilitando —a la postre— que se resuelva esta cuestión de forma diferente en cada Estado miembro. Así, por lo que hace a España, la STSJ Madrid de 11 de diciembre de 2003 (rec. 3879/200) se muestra favorable a una comparación «global» de las legislaciones nacionales [...].

[...] Sucede sin embargo que, el art. 8.1 no clarifica que se ha de entender por «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo», siendo así que el TJUE ha amparado una aplicación restrictiva de esta categoría, en vistas a permitir su compatibilidad con las libertades comunitarias; como se aprecia en sus decisiones en los Asuntos Arblade (STJUE, de 23 de noviembre de 1999, en los asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL c. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL, Rec. 1999, I-8453) y Mazzoleni (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, en el Asunto C-165/98, André Mazzoleni, Rec. 2001, I-2189). Por lo que, únicamente aquellas disposiciones que establezcan condiciones mínimas de trabajo podrán contar con tal calificación; sirviendo de ejemplo las establecidas en el art. 3 de la Ley 45/1999 —al concretar el conocido como «núcleo duro»— [...].

[...] La aplicación de esta doctrina y normativa expuestos, conducen a la desestimación del recurso, al entender la Sala que la mejora de la prestación de IT reclamada en la demanda no forma parte del núcleo indisponible o de mínimos de derecho necesario del ordenamiento jurídico interno y, habida cuenta por otra parte, que la Seguridad Social queda fuera del ámbito estrictamente laboral y también del ámbito de aplicación de las normas de conflicto europeas que han sido analizadas, puesto que no cabe dentro de la expresión de «contratos individuales de trabajo», de manera que no resulta beneficiado de la indemnización complementaria reclamada.

Nota. 1. La libre circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea tiene su cara negativa en el *dumping* social que alientan las distintas legislaciones en materia laboral y de seguridad social. Esta sentencia nos regala un ejemplo elaborado del mismo, en el que la empresa portuguesa celebra en Portugal un contrato de trabajo sometido a la ley laboral portuguesa y al régimen de seguridad social portugués con un trabajador español residente en Asturias. El supuesto no tendría nada de especial si no fuera porque el primer y único destino laboral de este trabajador es la propia

Asturias en el marco de una subcontrata para prestar distintos servicios forestales. Enfermo profesionalmente, el recurrente reclama frente a su empleadora y la empresa contratista española una serie de prestaciones amparadas en el convenio colectivo asturiano y que le niegan conforme a la legislación portuguesa. El Tribunal Superior de Justicia debe despejar las dudas sobre si, efectivamente, estamos ante un desplazamiento temporal del trabajador, tarea que acomete analizando la noción prevista en la Directiva 96/71/CE, de 21 de enero, sobre desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y su ley española de transposición. Correctamente arrumba esta normativa para llegar adonde debería haber empezado, a determinar la ley rectora del contrato de trabajo de acuerdo con el art. 8 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, en adelante Roma I (2). Sin embargo, su acertado razonamiento hace aguas a la hora de aplicar el citado precepto por cuanto confunde las disposiciones imperativas a las que se refiere su apartado primero con las leyes de policía reguladas en el art. 9 del mismo Reglamento, privando en consecuencia al trabajador de la especial protección conferida en el primero (3). Por último, se impone una brevísimas referencia a los conflictos de leyes en materia de seguridad social, completamente obviados por la sentencia aquí comentada y que también podrían haber ayudado en el supuesto a la adecuada protección del trabajador (4).

2. El recurrente apoya su demanda en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que transpone la citada Directiva, intentando demostrar que no estamos ante un trabajador desplazado. Sin embargo, el *modus operandi* para llegar a la aplicación de esta normativa siempre es otro, esto es, partiendo de que estamos ante un contrato de trabajo sometido a una ley distinta del país donde el trabajador está prestando efectivamente y de modo temporal sus servicios. Por ello y tras una larga digresión, el Alto Tribunal ovetense acaba reconduciendo la cuestión a la determinación de la ley rectora del contrato celebrado en enero de 2011, conforme al art. 8 Roma I. Del relato de los hechos se desprende que existe una válida elección de ley portuguesa, pero cuya aplicación al caso ha de medirse en función de la ley objetivamente aplicable al contrato, la *lex loci laboris* si puede determinarse el lugar de prestación habitual del trabajo y no existe otra ley más vinculada. El mismo relato precisa que el trabajador, residente en Asturias, comenzó a prestar los servicios para los que había sido contratado en Asturias indicándose también, entiendo que irónicamente, que el susodicho trabajador no acudía por sus propios medios a su puesto de trabajo, sino que era transportado por su supervisora. La ironía parece apropiada en un supuesto en el que se da la vuelta al que presidió los trabajos de elaboración de Roma I: evitar la contratación *in situ* de trabajadores para enviarlos a países con estándares labores superiores al de origen; a día de hoy, en el supuesto de que este estatuto sea menos garantista que el de destino entra en juego la Directiva 96/71/CE para intentar aminorar, que no eliminar, el *dumping* social.

Esta lógica es alterada fraudulentamente en el supuesto de hecho, aunque el Derecho internacional privado ofrece las suficientes vías como para no tener que acudir a mecanismos más complejos y difíciles de probar como el fraude de ley. De hecho, el propio Tribunal Superior de Justicia cita el Considerando 36 del Reglamento Roma I, donde se pone de manifiesto que lo que cualifica un desplazamiento como temporal es la intención de las partes de reanudar la relación laboral en el país de origen. Tal intención es claramente inexistente en este caso, por lo que sólo cabe concluir que el *locus laboris* es Asturias y, por tanto, la ley objetivamente aplicable al contrato de trabajo la española.

3. Con estos parámetros es labor del tribunal aplicador, incluso de oficio, colocar el colchón protector que el art. 8.1 del Reglamento Roma I ha concedido al trabajador y que consiste en impedir que la elección de ley le prive de los derechos que le aseguren «las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» en virtud de la ley objetivamente aplicable al contrato de trabajo, en este supuesto la ley española. El tenor amplio del precepto a la hora de definir esas disposiciones se debe a la intención de marcar distancias con las normas materiales imperativas a las que se refiere el art. 9 del Reglamento Roma I en el sentido de que la tutela de la parte débil habilita el recurso a la imperatividad simple, esto es, basta cualquier disposición imperativa de la *lex loci laboris* y no sólo aquellas caracterizadas por su imperatividad reforzada en tanto que su observancia es considerada esencial para la salvaguardia de los intereses públicos de un país, tales como su organización política, social o económica (véase STJCE de 23 de noviembre de 1999, As. C-369/96 y C-376/96, *Arblade* y art. 9.1 Roma I). La sentencia comentada incurre en confusión grave entre ambas modalidades de imperatividad al indicar literalmente y con cita expresa de la decisión *Arblade* que «sucede sin embargo que, el art. 8.1 no clarifica que se ha de entender por “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo”, siendo así que el TJUE ha amparado una aplicación restrictiva de esta categoría, en vistas a permitir su compatibilidad con las libertades comunitarias [...]», por lo que «únicamente aquellas disposiciones que establezcan condiciones mínimas de trabajo podrán contar con tal calificación» (STSJ Asturias, FJ 4).

La mera coexistencia de los arts. 8.1 y 9 del Reglamento Roma I denuncia lo errado de este planteamiento que hace tabla rasa de su literalidad y lleva al tribunal ovetense a una conclusión que reduce el colchón protector de este trabajador a las leyes de policía del foro. En este sentido, ha de coincidirse con el mismo tribunal que dicho «núcleo duro» está conformado, al menos, por las disposiciones desgranadas en el art. 3 de la Ley 45/1999 que reproduce, a su vez, la lista del art. 3 Directiva 96/71/CE, habiendo el TJUE confirmado su carácter de normas materiales imperativas en el asunto *Laval* (STJUE de 23 de mayo de 2007, asunto C-341/05). La paradoja de este asunto está en que, a pesar de los esfuerzos del tribunal de suplicación para aclarar que no estamos ante un trabajador desplazado, la protección que finalmente le reconoce es la que a éste se le concede, sin reparar en que la que ha de recibir es la proporcionada por la *lex loci laboris* y no por las leyes de policía del foro. Correctamente enfocado el supuesto, el tribunal hubiera debido indagar en los derechos que de forma irrenunciable le confiere la legislación española entre la que se incluye el convenio colectivo aplicable al caso. De haberlo hecho así, hubiera debido examinar si la indemnización reclamada por el recurrente podía derogarse por acuerdo de las partes o no en el sentido del art. 8.1 del Reglamento Roma I.

Esta indagación nos obliga a una última precisión sobre cómo ha de realizarse la comparación entre la ley elegida por las partes y la rectora del contrato en su defecto, a efectos de concluir cuál es la más favorable para el trabajador. Dos observaciones del tribunal del caso llaman la atención. La primera apunta que esta comparación no está definida en el precepto, por lo que el proceso aplicativo depende de cada Estado, afirmación que no se corresponde en absoluto con la vocación uniformadora del Reglamento, más intensa si cabe en las normas dedicadas a la protección de una parte débil. La segunda observación apunta que España opta por una comparación «global» entre ambas con cita expresa de una sola sentencia; pues bien, es obvio que el propio tribunal conocedor no lleva a cabo dicha comparación global en el supuesto, método que por otra parte no emplea por su dificultad ningún tribunal de un Estado

miembro. Por razones prácticas se atiende a la institución en juego para realizar una comparación puntual.

4. Pero lo que más llama la atención de esta decisión es que, tratándose de una prestación por incapacidad temporal, no se determine en momento alguno la ley rectora del régimen de seguridad social despachando la cuestión en prácticamente el último párrafo de la motivación de la sentencia y para indicar que ésta no está incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I. El instrumento aplicable a día de hoy es el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social que se ocupa de esta cuestión en su art. 11. Allí parte de dos principios básicos, el primero que es aplicable sólo la legislación de un Estado miembro, para evitar cotizaciones múltiples, y el segundo que dicha legislación será, por regla general, la del lugar habitual de trabajo. La autonomía de la voluntad no tiene rol alguno dentro de este Reglamento por lo que sólo cabe concluir en el supuesto, como mínimo, el error en la cotización por el trabajador español a la seguridad social portuguesa. Ello no obsta a que haya de examinarse el carácter de la prestación pactada en convenio colectivo, puesto que se trata, según el tribunal, de un mero complemento retributivo a cargo de la empresa. Estando así las cosas, volveríamos a la aplicación del art. 8.1 del Reglamento Roma I y a las consideraciones ya realizadas a propósito de si estamos o no ante una disposición que no puede excluirse mediante acuerdo de las partes. Entiendo que aquí cabe defender la calificación contractual del supuesto, pero incluso de abogar por la extracontractual tomando en consideración las dudas interpretativas al respecto, el resultado sería el mismo por aplicación del art. 4 Reglamento (CE) núm. 864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

Universidad de Santiago de Compostela

4.3. Obligaciones no contractuales

2013-29-Pr

RESPONSABILIDAD NO CONTRACTUAL.—Accidente de circulación por carretera ocurrido en Portugal.—Aplicación de la ley portuguesa.—Reglamento «Roma II».—Convenio de La Haya de 1971.—Falta de prueba del Derecho extranjero.—Aplicación de la ley española.

Precepto aplicado: art. 4 Reglamento (CE) 864/2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.^a) de 6 de noviembre de 2012. Ponente: A. J. Gutiérrez Rodríguez-Moldes.

F.: ROJ SAP PO 2888/2012.

Primero.—[...] Alega también indebida interpretación del Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). La lectura de su art. 4 ratifica la acertada interpretación del Juez a quo, pues esta disposición establece como norma general la aplicación de la ley del país donde se produce el daño, en este caso Portugal. Sin que se entienda aplicable la excepción contenida en su apartado 3, por desprenderse «que el

hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto», que en este caso se pretende España por la nacionalidad de los lesionados. Esta nacionalidad no es argumento suficiente porque ya el apartado 2 se refiere a ese supuesto, pero con exigencia expresa de ser las dos partes (responsable y perjudicado) las que tengan su residencia habitual en otro país distinto, lo que no resulta ahora acreditado. El apartado 3 de este art. 4 se califica en las consideraciones previas (18) del Reglamento como una «cláusula de escape», lo que tiene lugar «cuando quede claro, a partir de todas las circunstancias del caso, que el daño está manifiestamente más vinculado con otro país». En este caso es obvia la vinculación de España, pero no superior a la de Portugal por la nacionalidad del otro vehículo y su aseguradora demandada.

Segundo.—Comenzando por la primera cuestión hemos de decir que el Reglamento 864/2007 de 11 de julio del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la norma aplicable a las obligaciones extracontractuales parte del principio de la «lex loci damni» en cuanto establece un justo equilibrio entre los intereses de las personas cuya responsabilidad se alega y los de la persona perjudicada, que en el caso de accidentes de tráfico contempla su art. 4.1, pero, a su vez, en el apartado 2.º también establece o prevé una excepción a este principio general creando una conexión especial cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país (siendo esta la regulación la que esgrime e intenta hacer valer la parte apelante) y, en el apartado 3.º, también recoge una «cláusula de escape» a las anteriores (1 y 2) cuando quede claro, a partir de todas las circunstancias del caso, que el daño esté manifiestamente más vinculado a otro país. La redacción de la norma en base a los Considerandos que recoge al principio de la misma, el alcance de la responsabilidad que regulan los arts. 1 y 4 y al hecho de establecer que no afecta a los Convenios internacionales celebrados con terceros países, art. 28, viene a indicar la vigencia del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 ratificado (por España y en vigor desde 21-XI-187) como recoge la resolución de la instancia. En su consecuencia por disposición de lo prevenido en sus arts. 3 y 4, c), se ha de estar a la aplicación de la norma portuguesa.

Nota. 1. La Audiencia Provincial de Pontevedra analiza la ley aplicable a sendas demandas, interpuestas por perjudicados de un «vehículo español» (*rectius*, de matrícula española y con estacionamiento habitual en España) como consecuencia de accidentes ocurridos en Portugal. Curiosamente, la corrección de la sentencia de 13 de diciembre de 2012 contrasta con los errores de la de 6 de noviembre de 2012, por lo que resulta interesante su comparación.

La sentencia de 6 de noviembre de 2012, en la que la demanda se dirige contra la compañía aseguradora de un vehículo de «nacionalidad portuguesa» (*rectius*, de matrícula portuguesa y con estacionamiento habitual en Portugal), es poco afortunada. La Audiencia aplica el Reglamento «Roma II», obviando que, en virtud de su art. 28.1, tiene preferencia el Convenio de La Haya de 1971, ni siquiera mencionado. En nada afecta que el accidente haya ocurrido en un Estado no parte del Convenio, Portugal, dado que éste tiene aplicación universal de conformidad con su art. 11. Tampoco afecta que todos los elementos significativos del caso estén vinculados con Estados miembros de la Unión Europea. La cláusula de compatibilidad del Reglamento «Roma II» no está articulada en clave de aplicación a situaciones propias a la Unión Europea, lo que hubiera eliminado el *forum shopping* —Portugal, por ejemplo, no es Estado parte en el Convenio—. Como tampoco dicha compatibilidad está estructurada en clave de desplazamiento del Convenio salvo en las relaciones *inter partes*. El legislador de la Unión prefirió respetar la aplicación universal reclamada por el Convenio, aún a costa de reducir la aplicación práctica del Reglamento «Roma II».

Abstracción hecha de que no era aplicable el Reglamento «Roma II», lo cierto es que sus normas sí han sido correctamente manejadas. La Audiencia concluye la aplicación de la ley portuguesa en tanto que ley del lugar donde se produce el accidente (art. 4.1). No ha habido acuerdo, ni expreso ni inequívoco, entre las partes para aplicar la ley española (art. 14), como lo demuestra que el actor fundamentó la aplicación de la ley española en el art. 4, precepto aplicable en defecto de elección de ley, y que el demandado contestó alegando y probando el Derecho portugués. El tribunal también desatiende la aplicación de la ley española por falta de residencia habitual común en España de ambas partes (art. 4.2) y porque no se ha acreditado que dicha ley pueda considerarse más estrechamente vinculada (art. 4.3). El demandante intentó fundamentar esta vinculación con España en la nacionalidad del perjudicado —ni siquiera en su residencia—, conexión, que, de forma aislada, resulta irrelevante. En este punto, la Audiencia considera que la vinculación con España es «obvia» pero no «superior» a la vinculación con Portugal por «la nacionalidad del otro vehículo y su aseguradora demandada». No estaría de más que la Audiencia hubiera señalado que la vinculación con España era «inferior» a la que presentaba el caso con Portugal, no sólo por la «nacionalidad» del otro vehículo y de su aseguradora, sino porque allí se produjo el accidente.

2. A diferencia de lo expuesto, el planteamiento de la Audiencia es más correcto en su sentencia de 13 de diciembre de 2012, con relación a una demanda presentada contra el conductor del vehículo español y su aseguradora por un ocupante del propio vehículo, estando implicado un segundo vehículo portugués. Acierta la Audiencia en destacar la «vigencia» (*rectius* «aplicación preferente») del Convenio de La Haya respecto del Reglamento «Roma II». Es verdad que el Convenio de La Haya excluye expresamente las acciones relativas a aseguradoras (art. 2.5, con la excepción relativa a la admisibilidad de la acción directa), pero, en el caso, se discuten cuestiones relativas a la existencia misma de «responsabilidad» del conductor y a su fundamentación y cuantificación, regidas por el Convenio. No se abordan cuestiones sobre la «cobertura» a prestar por la aseguradora, es decir, a la obligación accesoria de «garantizar» el pago de la reparación del daño. Éstas quedarían fuera del ámbito material del Convenio y se regirían por las normas de transposición de la Directiva 2009/103/CE, que exige a la aseguradora prestar la mejor cobertura de las previstas por la ley del Estado miembro donde se ha producido el accidente y por la ley del Estado miembro de estacionamiento habitual del vehículo.

También es verdad que el Convenio no se aplica a las «reclamaciones entre personas responsables» (art. 2.4) y que la Sentencia se refiere a la eventual responsabilidad solidaria que pudiera existir entre el vehículo español y el vehículo portugués, cuyo conductor y aseguradora no han sido demandados. Pero, en cualquier caso, la materia excluida no es la juzgada en el proceso, sino las eventuales y futuras acciones de repetición que pudiera tener el conductor del vehículo español contra el conductor del vehículo portugués, y que habría que someter al Reglamento «Roma II» (en particular, a su art. 20).

En este contexto, la Audiencia concluye la aplicación de la ley portuguesa, con una mera cita sin explicación alguna del art. 3 y del apdo. c) del art. 4 del citado Convenio de La Haya, este último referido a la aplicación de la ley del lugar del accidente cuando estén implicadas en el accidente personas que se encuentran fuera de los vehículos y no residan en el Estado de matriculación de estos. De lo expuesto en autos, sin embargo, no parece que exista ninguna persona fuera de los automóviles implicados, ya que la demanda la presenta un ocupante del vehículo de matrícula española contra el conductor de éste. Parecería más correcto fundamentar la aplicación de la ley portuguesa, como

ley del lugar donde se produjo el accidente, con base en el apdo. b) del mismo art. 4, que establece la preferencia de dicha ley frente a la ley de la matrícula, cuando existan varios vehículos implicados con matrícula de distintos Estados. Hecha esta salvedad, sí que ha de considerarse un mérito de la Sentencia distinguir claramente entre vehículos «implicados» y partes «demandadas». Ciertamente, la intervención de un segundo vehículo de matrícula portuguesa ya es motivo suficiente de acuerdo con el Convenio para dejar de aplicar la ley española como ley de la matrícula del primer vehículo, y ello sin perjuicio de que ni el conductor del segundo vehículo portugués ni su aseguradora hayan sido demandados. En este punto, la regulación del Convenio tiene la ventaja de evitar que la estrategia procesal del actor, en lo que atañe a la identificación y selección del demandado, condicione la ley aplicable al caso. Aunque, quizá, también tenga el inconveniente de no tomar en consideración cuál es el grado de intervención y de culpa de ese segundo vehículo, cuyo conductor no ha sido demandado.

3. En resumen, se trata de dos sentencias con una argumentación muy distinta pero con un resultado común: la aplicación de la ley portuguesa. Este resultado queda, sin embargo, alterado en la Sentencia de 13 de diciembre de 2012 por la falta de prueba del Derecho portugués exigible a las partes, lo que conduce a la aplicación de la ley española. La Audiencia, siguiendo una jurisprudencia consolidada en este ámbito, se limita a citar el art. 281 de la LEC de 2000 en lo que concierne a la necesidad de prueba del Derecho extranjero. Obvia, no obstante, otras posibles soluciones de sobra conocidas, que van desde la desestimación de la demanda hasta la práctica de determinadas pruebas de oficio «cuando así lo establezca la ley» (art. 282 LEC). Precisamente, esta última solución sería la más acorde con la obligación de cumplir con lo dispuesto por un tratado internacional como el Convenio de La Haya de 1971; máxime si éste sólo permite dejar de aplicar la ley designada, *in casu*, la portuguesa, por razones de orden público y no por falta de diligencia probatoria (art. 10).

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

2013-30-Pr

DERECHO APLICABLE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR INTROMISIÓN EN EL DERECHO AL HONOR.—Sociedad de la información: Prestador de motor de búsqueda y servicios de enlaces.—Determinación del lugar de establecimiento.—Régimen especial de responsabilidad.—Ámbito de aplicación.

Preceptos aplicados: arts. 2 y 17 Ley 34/2002 LSSICE, LO 1/1982.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 144/2013, de 4 de marzo de 2013.

Ponente: Juan Antonio Xiol Rios.

F.: Roj: STS 2245/2013.

Tercero.—Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información. Aplicación subjetiva y material.

Esta Directiva fue objeto de trasposición al ordenamiento español a través de la ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio

electrónico (LSSICE), en cuyo artículo 2 se define la aplicación de esta normativa a los servicios establecidos en España. El establecimiento se hace coincidir con la residencia o domicilio social en España, cuando en este se encuentra la gestión y dirección de su actividad. Sin embargo, la ley también es de aplicación para los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado, con establecimiento permanente en territorio español, definiendo este como la disposición en España de «forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad».

La LSSICE regula en sus artículos 15 y siguientes los requisitos para exonerar de responsabilidad a los proveedores de servicios que realicen copia temporal de datos, alojamiento o almacenamiento de los mismos o faciliten enlaces y entre ellos se encuentra el «conocimiento efectivo» que es definido en los artículos 16 y 17.

Cuarto.—Aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado. Aplicación subjetiva de la ley.

En el motivo primero del recurso de casación la parte recurrente plantea la no aplicación subjetiva de la LSSICE a Google INC. por tener su domicilio en Estados Unidos [...] La sentencia recurrida ha considerado acreditado en este punto que la demandada opera en España a través de una oficina permanente que tiene en Torre Picasso y que a través de ella realiza toda su actividad dirigida al mercado español.

Este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: [...] (ii) la aplicación de la LSSICE al caso es correcta al constar acreditado en el procedimiento que la demandada Google Inc. dispone conforme al artículo 2 de la LSSICE de una oficina de ventas en España, según su propia información corporativa disponible, concepto que ha de encuadrarse en el supuesto de domicilio fuera de España, pero con disponibilidad de «forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad».

Quinto.—Aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado. Aplicación de la LSSICE.

Esta Sala coincide con la valoración fáctica y jurídica de la sentencia recurrida, sin que ninguna vulneración del artículo 17 de la LSSICE se haya producido, habiéndose realizado una aplicación correcta del mismo al excluir de responsabilidad a la entidad demandada por falta de conocimiento efectivo de la falsedad de la información.

Esta misma argumentación conlleva a la desestimación del tercer motivo de casación en el que la parte recurrente pretende la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 para declarar la responsabilidad de Google [...]. La falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de la información hace decaer los argumentos de la parte recurrente.

Nota. 1. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, esta sentencia, en materia de responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios, reviste un especial interés vinculado a la interacción entre, de una parte, el ámbito de aplicación espacial propio de la legislación europea sobre servicios de la sociedad de la información y la legislación nacional de transposición, y, de otra, las reglas de nuestro sistema de Derecho internacional privado sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

En relación con el sometimiento a la LSSICE de la actividad de Google Inc. consistente en la prestación de su servicio de buscador, la Sentencia concluye, en línea con lo ya afirmado por la AP de Madrid, que en el caso de Google, al operar en España a través de una oficina permanente en Madrid, debe entenderse que la LSSICE resulta aplicable, de acuerdo con el art. 2.2 LSSICE. Según esta norma, la LSSICE es de aplicación a los servicios que prestadores residentes en otro Estado «ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España», previendo que esta circunstancia concurre cuando el prestador disponga en España «de forma continuada o habitual,

de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad». Incluso si no concurriera esta circunstancia, cabe entender que el sometimiento a la LSSI de los prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo pero que tienen un elevado número de usuarios en España, vendría típicamente impuesto por el art. 4 LSSI, según el cual: «Los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables».

2. La inclusión en el ámbito de aplicación espacial de la LSSICE del prestador de servicios de intermediación llevaría para establecer su eventual responsabilidad, según se desprende del texto de la sentencia, a la aplicación de las reglas específicas de la LSSICE que prevén la exoneración de responsabilidad de dichos intermediarios si concurren ciertos requisitos, en concreto el art. 17 LSSICE, relativo a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. Ahora bien, en relación con la concreta cuestión controvertida objeto de esta sentencia, es decir, precisamente el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda establecido en el art. 17 LSSICE, las normas sobre el ámbito de aplicación de la LSSI y, en particular, su art. 2, no parece que deban ser entendidas en el sentido de que el ámbito de aplicación de la LSSICE determine la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de los intermediarios de Internet. Cabe recordar que conforme al art. 1.4 de la Directiva 2000/31/CE, que transpone la LSSICE, dicha Directiva «no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia».

3. A este respecto, cabe considerar que las normas sobre el ámbito de aplicación de la LSSICE no dejan sin efecto a las reglas de conflicto en materia de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, en relación con las cuestiones típicamente incluidas en el ámbito de aplicación de estas últimas. Las disposiciones de ley aplicable determinadas por las reglas de conflicto no deben afectar a la libertad de circulación de bienes y servicios regulada por los instrumentos comunitarios, como la Directiva 2000/31/CE (como establece el cdo. 35 del Reglamento Roma II). Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la repercusión en este ámbito de la Directiva 2000/31/CE supone básicamente que el prestador de un servicio de comercio electrónico no puede estar sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador (STJ de 25 de octubre de 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising*), pero, siempre que se respete ese límite, no excluye la aplicación de las reglas de conflicto relevantes en materia de obligaciones extracontractuales para determinar la ley que rige la responsabilidad extracontractual de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Típicamente, entre las materias incluidas dentro del ámbito de la ley aplicable a una obligación extracontractual quedan comprendidas la determinación de los responsables, la responsabilidad por actos propios o de terceros, las limitaciones o exenciones de responsabilidad... Aunque el Reglamento Roma II no sea aplicable en materia de obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de los derechos relacionados con la personalidad, su art. 15 resulta ilustrativo como relación no exhaustiva de los aspectos típicamente comprendidos dentro del ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

4. Con respecto a la cuestión controvertida en la sentencia de 4 de marzo de 2013, en la medida en que las normas de los arts. 16 y 17 LSSICE van referidas a la determi-

nación de los responsables civiles de ciertos ilícitos, cabe entender que su aplicación depende en principio de que conforme a la regla de Derecho internacional privado que deban aplicar los tribunales españoles en el caso concreto, sea la ley española la aplicable a la responsabilidad de que se trate. Consecuencia de lo anterior es que el régimen aplicable a la limitación de responsabilidad respecto de los prestadores intermediarios en las situaciones internacionales ha de ser el previsto en la ley aplicable a cada categoría de ilícitos o sector de responsabilidad extracontractual, determinada con arreglo a la correspondiente regla de conflicto (del Reglamento Roma II, un convenio internacional o, como en materia de violaciones de los derechos relacionados con la personalidad, el art. 10.9 CC).

Ciertamente, el ordenamiento así designado será el aplicable para concretar la responsabilidad exigible como consecuencia de las actividades en línea, determinar qué servicios de intermediación y bajo qué condiciones se benefician de exclusiones de responsabilidad, así como cuál es el alcance de tales exclusiones (DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, 4.ª ed., Navarra, Civitas, 2011, pp. 270-273). Esta conclusión no impide apreciar que en el caso concreto el resultado sería el mismo que el alcanzado por el Tribunal Supremo, en relación con la aplicación del art. 17 LSSI con respecto a la actividad de Google objeto del litigio, pues cabe entender que a la luz de los hechos litigiosos, en el marco del art. 10.9 CC, sería la ley española la ley del lugar donde habría ocurrido el hecho del que derivaba la pretendida responsabilidad.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Universidad Complutense de Madrid

4.4. Sucesión por causa de muerte

2013-31-Pr

SUCESIONES.—Ley aplicable.—Legitimación activa de segunda mujer.—Sucesión abintestato.—Matrimonio putativo.—Validez testamento consular.

Preceptos aplicados: art. 9.8 CC; art. 10 LEC.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4.ª), núm. 377/2012 de 18 de septiembre. Ponente: María de la Paz Pérez Villalba.

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2012/1730.

[...] Como antecedentes necesarios para resolver la alzada hay que indicar y como bien resume la sentencia apelada que por la parte actora se presentó demanda solicitando que judicialmente se declare que la sucesión de D. Cayetano, fallecido el día 9 de julio de 1976, debe regirse por su ley personal, esto es, por la ley venezolana, y, en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del acta de declaración de herederos abintestato de D. Cayetano otorgada ante el Notario D. José Luis Crespo Mayo el 31 de agosto de 1992.

Alega en apoyo de sus pretensiones que D. Cayetano adquirió en fecha 1 de junio de 1955 la nacionalidad venezolana, ostentando la actora su condición de viuda al haber contraído matrimonio con el difunto el 18 de julio de 1953 tras haber obtenido previamente el divorcio respecto del matrimonio contraído en España con Dña. Bernarda.

Añade que en fecha 11 de junio de 1976 D. Cayetano otorgó testamento por el que le instituida única heredera.

Frente a las pretensiones se alzó la representación de D. José Luis, hoy apelante, oponiéndose a las afirmaciones efectuadas en el escrito de demanda con fundamento en la impugnación de los documentos que se acompañan al no constar en ellos la apostilla a la que se refiere el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961. Alega asimismo que el causante no pudo divorciarse de su primera mujer pues en aquella fecha aún ostentaba la nacionalidad española y la legislación entonces vigente no admitía la disolución del matrimonio por divorcio. Por todos estos razonamientos considera que la actora carece de legitimación activa para solicitar las declaraciones que figuran en el suplico de la demanda ya que nunca podría ostentar la condición de heredera de D. Cayetano [...].

Nota. 1. La Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria en sentencia de 18 de septiembre de 2012, desestima el recurso de apelación contra una decisión que versa sobre la ley aplicable a la sucesión de un español que ostenta la nacionalidad venezolana en el momento de su fallecimiento y cuya segunda mujer, también venezolana, actora en primera instancia, pretende hacer declarar la nulidad del acta de declaración de herederos *ab intestato* de su marido, otorgada ante Notario de Las Palmas y promovida por el hijo de su primera mujer en España, por haberse realizado prescindiendo de las normas de Derecho internacional privado.

Los hechos son los siguientes: D. Cayetano fallece el 9 de julio de 1976, con nacionalidad venezolana adquirida el 1 de junio de 1955. Dos años antes, el 18 de julio de 1953, contrae matrimonio con Dña. Paula, tras haber obtenido en Venezuela el divorcio respecto a un primer matrimonio contraído en España. El 31 de agosto de 1992 el hijo de su primera mujer solicita la declaración de herederos *ab intestato* a su favor y al de su madre en exclusiva ante Notario de Las Palmas. Ante tales circunstancias Dña. Paula, en condición de viuda, demanda la nulidad de dicha acta de declaración por considerar que la sucesión debe regirse por la ley personal del causante, esto es, por la ley venezolana. Y además aporta un testamento de fecha de 11 de junio de 1976 realizado por D. Cayetano en el Consulado de Venezuela, en Texas, mediante el que se le instituye como única heredera. Frente a tales pretensiones el codemandado y posterior apelante, D. José Luis (hijo de la primera mujer), se opone a las afirmaciones realizadas por Dña. Paula alegando que la actora carece de legitimidad activa para solicitar las mencionadas declaraciones, puesto que en ningún momento ha disfrutado de la condición de viuda-heredera de D. Cayetano en tanto el causante no pudo divorciarse de su primera mujer porque en aquella fecha no existía el divorcio en España.

2. Como podemos observar la controversia tiene como objeto dos cuestiones distintas. Para la actora el debate gira en torno a la correcta aplicación del Derecho internacional privado y la consiguiente nulidad de la declaración *ab intestato* realizada en su perjuicio de acuerdo al Derecho sustantivo español sin tener en cuenta que la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento es la venezolana. Sin embargo, el codemandado y apelante, D. José Luis, sortea el debate en torno a la correcta aplicación de las normas de Derecho internacional privado y fundamenta su contestación, y posterior apelación, en la falta de legitimación activa de la actora que, según dice, no puede ostentar la cualidad de heredera forzosa al carecer de validez su matrimonio con el causante en tanto no se ha podido disolver el primer matrimonio contraído en España con su madre.

La primera de las cuestiones no plantea duda alguna. Tal y como establecen correctamente tanto la sentencia de Primera Instancia como la de la Audiencia, en aplicación del art. 9.8. CC la sucesión del causante debe regirse por su última ley nacional, es de-

cir la venezolana, y por ello se debe ordenar la nulidad de la declaración *ab intestato* realizada en España prescindiendo de la ley personal del causante en el momento del fallecimiento. El art. 9.8 CC introducido con la reforma del Título Preliminar del CC de 1974 resolvía el eventual problema del *conflicto móvil* inherente a la nacionalidad como punto de conexión estableciendo el momento en el que hay que tener en cuenta dicha conexión: al tiempo del fallecimiento. Al igual que los Anteproyectos de reforma del CC de 1944 y 1962, y tal y como venía estableciendo la jurisprudencia —STS de 27 de mayo de 1968 y STS de 30 de enero de 1960— en caso de que el causante hubiera tenido varias nacionalidades en lo que a la sucesión *ab intestato* respecta se tendrá en cuenta aquella que ostenta en el momento de su fallecimiento (véase ORTIZ DE LA TORRE, T., «Las sucesiones en el Derecho civil internacional», en AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho civil internacional*, vol. II, Madrid, Servicio de Publicaciones de la UCM, 1973, p. 546) y en este supuesto no se discute el hecho de que es la venezolana.

2. La segunda cuestión que se aprecia gira en torno a la legitimación activa de Dña. Paula, segunda mujer del causante. Los enrevesados argumentos del codemandado y posterior apelante en contra de tal legitimación se centran en la validez del segundo matrimonio del causante del que, a su juicio, depende su condición de heredera y, por tanto, su legitimación activa. Bajo la validez del segundo matrimonio contraído en Venezuela se encuentra un debate con posturas enfrentadas y que comportan distintos resultados. Pero en el que ni la sentencia de Instancia ni la Audiencia se han atrevido a entrar alegando que la validez o no del matrimonio contraído en segundas nupcias no es objeto del pleito. A pesar de ello consideramos interesante plantear las distintas perspectivas coexistentes.

Por un lado se nos plantea la posibilidad de que un español (recordemos que en el momento en que se divorció de su primera mujer y contrajo segundo matrimonio todavía ostentaba la nacionalidad española) recupere su capacidad nupcial para contraer de nuevo matrimonio con una extranjera en el extranjero tras una sentencia de divorcio dictada en el extranjero de la que no se ha obtenido previamente el exequátur en España (y de la que, en ese momento, no se hubiera obtenido por ser contrario al orden público). Es decir, nos centramos en los efectos «constitutivos» o «primarios» de la sentencia extranjera de divorcio. Si el ordenamiento extranjero atribuye efectos constitutivos a la sentencia de divorcio desde la fecha de su firmeza, la teoría de la extensión de los efectos impide desconocer en España que a partir de aquel momento se ha producido la modificación del estado civil de los afectados. De tal manera que sin necesidad del previo exequátur «los efectos sustantivos de la resolución extranjera de divorcio pueden integrarse en el supuesto de una norma española, operando la resolución extranjera como documento público y no como acto jurisdiccional de otro Estado» [véase GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y ABARCA JUNCO, P., «Comentario al art. 107 CC», en LACRUZ BERDEJO, J. L. (coord.), *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del CC*, 2.^a ed, Madrid, Civitas, 1994, pp. 1355-1356]. Ciertamente la sentencia extranjera no cobrará fuerza de cosa juzgada ni fuerza ejecutiva, pero sí posee efecto probatorio de la constitución de un nuevo estado civil en el que fundamentar la legitimación activa de Dña. Paula (GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., en «Nota» a la *Res. DGRN de 28 de enero de 1981 y a la Res. DGRN de 2 de noviembre de 1981*, *REDI*, 1982, pp. 521-523).

3. Sin embargo, también existe la postura contraria. De hecho se han dado casos en los que esos mismos efectos de sentencias extranjeras de divorcio eran denegados en España por subsistencia, al menos formal, del impedimento de ligamen (res. DGRN de 4 de marzo de 1988, *REDI*, 1989, p. 322; res. DGRN, de 1 de julio de 1989, *REDI*, 1990, p. 628, res. DGRN, de 5 de octubre de 1990, *REDI*, 1991, pp. 530-531,

véase ABARCA JUNCO, P., «Divorcio y separación en el Derecho civil internacional», en AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho civil internacional*, vol. II, Madrid, Servicio de Publicaciones de la UCM, 1973, pp. 135-138). Si así fuera y se considerara que el segundo matrimonio no es válido y no surtiera efectos que, por tanto, podría llegar a ser declarado nulo por existir un matrimonio anterior, todavía cabría la posibilidad de dotar de validez a determinados efectos derivados del mismo en caso de que los cónyuges hubieran obrado de buena fe. Ello nos situaría ante la eventual existencia de un matrimonio putativo y el alcance de sus efectos (véase REQUEJO ISIDRO, M., «Matrimonios sucesivos y matrimonio putativo en Derecho internacional privado (a propósito de la STD de 25 de noviembre de 1999)», *Revista Xuridica de Galicia*, 2000, núm. 27, 2000, pp. 35-45). En este caso el problema se trasladaría a qué ley es aplicable a la subsistencia de efectos residuales del matrimonio anulado, o lo que es lo mismo qué ley se aplica para calificar el matrimonio putativo y cuál para determinar sus potenciales efectos y si entre ellos cabría integrar los derechos sucesorios (véase DE FUENMAYOR, A. «El derecho sucesorio del cónyuge putativo», *RGDJ*, 1941, pp. 431 y ss.) y sobre este tema también existen posturas encontradas (véase GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y ABARCA JUNCO, P., *op. cit.*, pp. 95-96) pero no creo que tenga sentido realizar ese análisis en esta Nota en tanto el matrimonio es válido para la legislación venezolana y por tanto sólo tendría sentido cuestionar la validez de sus efectos de acuerdo al ordenamiento español.

4. Además, como ya se ha comentado con anterioridad, a pesar de que el demandado y posterior apelante alude a la falta de validez del segundo matrimonio de D. Cayetano y de su divorcio para alegar la falta de legitimación activa de Dña. Paula y su condición de heredera forzosa, la sentencia que nos ocupa no ha entrado en esa cuestión y considera que la legitimación activa de la actora deriva de otra circunstancia suficientemente probada: la institución de heredera universal del causante hecha en testamento otorgado por el causante 30 días antes de su muerte en el Consulado de Venezuela de Texas. De esta forma la sentencia se fundamenta en la existencia de ese testamento para reconocer el interés legítimo de la actora para el ejercicio de las acciones entabladas en aras a defender su condición de heredera, como es la pretensión de declarar la ley venezolana como ley aplicable a la sucesión y la nulidad de la declaración de herederos realizada en España prescindiendo de las normas de Derecho internacional privado. Pero aunque no existiera dicho testamento no creo que se pueda poner en duda la legitimación activa de quién fue segunda mujer del causante de acuerdo a la ley venezolana, previo divorcio, aunque fuera de acuerdo a la ley venezolana, cuando además el causante en el momento del fallecimiento tenía la nacionalidad venezolana. El interés legítimo para ejercitar las acciones entabladas en la demanda estaría más que justificado y de lo contrario se violaría el derecho a la tutela judicial efectiva de Dña. Paula.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI *
Universidad de Deusto

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto DER2010-15162, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER.