

Jurisprudencia española

ADOPCIÓN

44. LA “KAFALA” DEL MENOR PUEDE SER RECONOCIDA EN ESPAÑA SI HA SIDO VÁLIDAMENTE CONSTITUIDA POR AUTORIDAD EXTRANJERA (AAP Barcelona 18ª 16 enero 2024)

Observaciones: 1. Hechos. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, de 16 de enero de 2024, recurso nº 906/2023 (ECLI:ES:APB:2024:190A), objeto de comentario, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra un auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Granollers, al que revoca en el sentido de autorizar el execuátur de una resolución extranjera dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Tingir (Marruecos), en virtud de la cual se otorgaba la *kafala* de una menor. Asimismo, concede una guarda de hecho con funciones tutelares, incluyendo la representación legal de la menor. El auto recurrido considera que no se trata de una resolución judicial que atribuya la tutela ni la guarda, sino de un acta notarial de *kafala*, en virtud de la cual los padres biológicos no renuncian a su patria potestad, sino que la delegan a favor de un familiar de la menor (su tío), de nacionalidad marroquí y residente en España. El tribunal *ad quem*, en este sentido, considera que el reconocimiento de dicha resolución no tiene cabida en el ordenamiento jurídico español. Según este, concurren las causas del art. 46, aps. a) y c) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (BOE 31.7.2015), que regulan, respectivamente, la cláusula de orden público y el control de competencia judicial internacional.

2. Peticiones, alegaciones y fundamentos jurídicos. El apelante sostiene que la resolución marroquí que otorga la *kafala* es reconocible y ejecutable en España en virtud del Convenio bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE 24.6.1997). Solicita que se otorgue el correspondiente execuátur y que se le declare tutor legal de su sobrina, o subsidiariamente, que se determine que ostenta la guarda y custodia de la menor con funciones tutelares, incluida la representación legal de la misma. El Ministerio Fiscal se opone a esta solicitud, argumentando que, al tratarse de una *kafala* notarial, los padres biológicos solo consignan el cuidado del menor a un *kafil* (quien asume la guarda), pero no le confieren a este la representación legal del menor. Considera, además, que la *kafala* no encaja dentro de las medidas de protección de menores que regula la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE 29.12.2007, en adelante LAI), ya que no constituye ni tutela ni acogimiento. Por su parte, el apelante discrepa de esta interpretación. Sustenta su postura en los arts. 233–10 y 225–1º y 3º Cc Catalán (DOGC nº 5686 5.8. 2010, BOE 21.8.2010, en adelante CCC), que regulan la protección del menor y guarda de hecho.

¿Cómo resuelve la AP esta cuestión? La AP se refiere sucintamente a la Resolución–Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN, actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 15 de julio de 2006 sobre el reconocimiento e inscripción de adopciones internacionales en el Registro Civil *español* (BOE 30.8.2006), en la que se establece que la *kafala* se equipara al acogimiento familiar y puede ser reconocida en España, siempre que haya sido válidamente constituida por una autoridad extranjera, que no vulnere el orden público internacional español y que los documentos en los que conste estén traducidos a un idioma oficial español (arts. 323 y 144 LEC). Aunque, en cierta medida, se aparta de ella, ya que considera que el acta notarial de *kafala* debe considerarse como una guarda de hecho con funciones tutelares, según o establecido en los arts. 225–1,

225-3º y el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. Según esta normativa, el guardador de hecho es aquella persona que, sin tener la potestad legal sobre un menor o persona susceptible de serlo, ejerce funciones propias de las instituciones tutelares. Por ello, y considerando que la menor reside con su tío, su esposa y la hija de este en España, concluye que debe autorizarse el execuátur de la *kafala* y la equipara a una guarda de hecho con funciones tutelares.

3. Valoración. Con carácter previo a cualquier opinión sobre el AAP de Barcelona, conviene distinguir que en el presente caso se trataba de decidir si una *kafala* notarial marroquí puede ser reconocida en España y, en caso de respuesta afirmativa, con qué efectos. Dicho esto, la sentencia produce sensaciones contradictorias. Por un lado, el razonamiento de la Audiencia es doblemente inadecuado. En primer lugar, no aborda la norma aplicable al reconocimiento de la *kafala*, limitándose a mencionar la Resolución Circular de la DGRN, que solo se aplica cuando la *kafala* pretende su acceso al Registro Civil español. En segundo lugar, la Audiencia no ofrece suficientes argumentos para determinar la viabilidad del reconocimiento, lo que resulta relevante, dado que su reconocimiento podría ser contrario al orden público internacional, ya que, en el derecho español, la potestad parental es un derecho indisponible e irrenunciable. Pese a ello, la AP obvia cualquier razonamiento en clave de Derecho internacional privado. Concede el execuátur de la *kafala* notarial, basándose en lo dispuesto en el Código Civil de Cataluña, y le atribuye los efectos previstos en dicha norma. Es indiscutible que el execuátur no puede concederse en virtud de esa norma, pero no resulta del todo descabellado considerar que la transposición de instituciones pueda llevarse a cabo conforme a lo establecido en el Derecho interregional.

4. Reflexión. Cuando la *kafala* se lleva a cabo fuera del contexto familiar, su reconocimiento entre los Estados miembros se rige por el Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental y medidas de protección de los niños (BOE 2.12.2010). Según este Convenio, el reconocimiento de la *kafala* debe otorgarse de pleno derecho, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 23, y debe ser reconocida en España con los efectos que le otorga el ordenamiento jurídico del Estado de origen. Por el contrario, cuando la *kafala* se realiza dentro del entorno familiar, no resulta aplicable dicho Convenio. En consecuencia, surge la cuestión de si puede aplicarse el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE 25.6.1997). La respuesta debe ser negativa. El Convenio hispano-marroquí regula el reconocimiento de resoluciones judiciales y documentos públicos ejecutivos, pero no incluye los documentos públicos que carecen de fuerza ejecutiva. Por tanto, el reconocimiento de una *kafala* notarial marroquí en España debe regirse por el régimen establecido en la Ley 54/2007, de Adopción internacional (BOE 29.12.2007, en adelante, LAI) y, en concreto, el art. 34. Según esta norma, la *kafala* podría asimilarse a la tutela o al acogimiento, siempre que los efectos sean equivalentes, se cumplan los requisitos de autenticidad del documento y no vulnere el orden público español. La cuestión está en saber si podría vulnerarse el orden público internacional. A nuestro juicio, no se vulneraría por dos razones. La primera, porque, aunque según el derecho español, los padres tienen el derecho fundamental, irrenunciable, imprescriptible e indisponible de ejercer la patria potestad sobre sus hijos, dichos caracteres son predicables únicamente de la titularidad de la patria potestad, pero no de su ejercicio. Esto significa que es posible delegar el ejercicio de las funciones que implica la patria potestad y, por tanto, no vulnera el orden público español, tal y como se pronunció el AAP Barcelona, Sección Decimoctava, de 14 de mayo de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:2488ª). En segundo lugar, y como muy bien indica el art. 34 LAI, la aplicación de esta cláusula no solo es excepcional, sino que está condicionada al “interés del menor”. Esto implica que se podrá denegar el reconocimiento de aquellas medidas que vulneren dicho interés. De igual manera, no se podrá denegar el reconocimiento de las medidas que lo garanticen. De lo que no hay duda alguna es que toda *kafala* notarial atribuye la representación legal del menor. Más discutible es determinar si esta medida debe asimilarse a un acogimiento o a una tutela, o si, por el

contrario, debería equipararse a una guarda de hecho, tal como establece el CCC. Esto es particularmente relevante si se tiene en cuenta que todos los derechos civiles en España gozan de igualdad de trato. Si ello no es así, se debe a la falta de sensibilidad del legislador español frente a la pluralidad normativa existente en nuestro país. Con todo, y como mantuvimos en otra sede la *kafala* marroquí debería ser reconocida en España con los efectos que le son propios en el derecho marroquí (N. Marchal Escalona, "Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol", *Revue critique droit international privé*, 2015, nº 1, pp. 89-113), como así sucede en nuestra legislación con las adopciones simples o menos plenas (art. 30.1º LAI). Cualquier otra propuesta, supone desnaturalizar la institución extranjera y, por tanto, no respetar lo establecido en el Derecho marroquí.

Nuria MARCHAL ESCALONA *

45. NO SE HA INCUMPLIDO UN CONTRATO EN LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO DE MEDIACIÓN PARA LLEVAR A CABO UN PROCESO DE ADOPCIÓN EN RUSIA (SAP Barcelona 16ª 1 febrero 2024)

ALIMENTOS

46. LA SENTENCIA DE DIVORCIO MARROQUÍ NO HA SIDO RECONOCIDA EN ESPAÑA Y NO PUEDE SERVIR COMO FUNDAMENTO PARA ABSTENERSE DE CONOCER DE UNA DEMANDA SOBRE ALIMENTOS DE UN MENOR, ESPAÑOL Y CON RESIDENCIA EN ESPAÑA (AAP Valladolid 1ª 28 noviembre 2023)

Nos encontramos ante la inadmisión de una demanda sobre reclamación de alimentos de un menor(nacido el ... 2011), hoy español, presentada por su madre, de nacionalidad marroquí y ambos residentes en España(Valladolid) frente a su progenitor, actualmente con nacionalidad española y con residencia en España(Salamanca), progenitores que se encuentran divorciados por sentencia dictada por los tribunales del Reino de Marruecos de 24.9.2013, y donde además de conceder la guarda y custodia del hijo menor a la madre, se fijaba como pensión a cargo del padre de 500 dirhams mensuales doc. nº 7 de la demanda, resolución que no ha sido objeto de exequatur.

De acuerdo con la Audiencia el recurso debe ser estimado, ya que la sentencia de divorcio pronunciada por un tribunal extranjero (Marruecos) no ha sido reconocida en España (no consta que ninguna de las partes hubiera pedido su reconocimiento en España) y no puede servir como fundamento para abstenerse de conocer (no produce cosa juzgada, STS 263/2009 de 12 enero 2009) de una demanda sobre alimentos de un menor, español y con residencia en España, sin que pueda, de oficio, el Juzgado de 1ª instancia inadmitir dicha demanda y obligue a las partes a que pidan dicho reconocimiento cuando ellos mismos no lo han hecho, y por tanto impedir que un tribunal español pueda conocer de la presente demanda, siendo de aplicación el art. 38 LEC, el art. 21 LOPJ, el Reglamento (CE) 2201/2003 el Consejo de 27 de noviembre del 2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental.

Los preceptos de la LOPJ solo son aplicables cuando ningún Estado miembro de la UE es competente, cláusula residual del art. 14, (fundamento del Mº Fiscal) y la competencia para conocer de una reclamación de alimentos la determina el Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos, cuyo art. 3 atribuye la competencia a los Estados donde el demandado tenga su residencia habitual o donde la tenga el acreedor o el órgano competente para conocer de una acción relativa a la responsabilidad

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

parental, y el art. 8, atribuye la competencia en materia de responsabilidad parental a los tribunales del Estado de la residencia habitual de los menores, todo ello tal y como se recoge en el auto de la AP Barcelona, sección 18 de 12.1.2022 en caso análogo al presente (progenitores marroquíes, hija menor con nacionalidad española y residencia en España con sentencia de divorcio dictada por el Reino de Marruecos).

Con arreglo a tales criterios legales, en donde la residencia y nacionalidad del menor es española, al igual que la del demandado y residiendo la demandante en España, determina que la competencia del juzgado de Primera Instancia de Valladolid, donde actualmente viven la madre y su hijo menor, lo que lleva a estimarse el presente recurso, y acordar que por el JPI 13 se admita a trámite la demanda por los trámites correspondientes»

ARBITRAJE

47. RECONOCIMIENTO DE UN LAUDO PRONUNCIADO EN LONDRES EN EL SENO DE LA ASOCIACIÓN DE ÁRBITROS MARÍTIMOS DE LONDRES (LMAA) (STSJ Cataluña CP 1ª 8 noviembre 2023)

48. PROCEDE EL EXECUTUR DE UN LAUDO VENEZOLANO, PUES NO SE APRECIA NI UN ERROR PATENTE, NI ARBITRARIEDAD QUE DETERMINE UNA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL (ATSJ Madrid CP 1ª 21 diciembre 2023)

49. DESESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA ARBITRAL, PUES EL CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA NO CONTIENE UNA CLÁUSULA ATRIBUYENDO COMPETENCIA A UN TRIBUNAL ARBITRAL (AAP Valencia 9ª 23 enero 2024)

El presente litigio versa sobre una acción de reclamación de cantidad en cumplimiento de un contrato de transporte internacional celebrado entre la mercantil TAE T. I S.L., S.L., con domicilio social en Barcelona, y la mercantil FR L.G.F., S.L., con domicilio social en Paterna, Valencia. El transporte que da origen al presente pleito se lleva a cabo entre dos ciudades sitas en diferentes países y ciudades, en concreto, una de las facturas reclamadas por 1.391,50 euros, corresponde al transporte de mercancías desde Wittenberg–Lutherstadt (Alemania) con destino Saint Genes Campanelle (Francia); la otra factura reclamada por la suma de 1.633,50 euros, corresponde al transporte de mercancías desde Pinto, Madrid, (España) hasta la localidad de Bruz (Francia), por lo tanto, se trata, en ambos casos, de un transporte internacional sometido a la reglas del CMR puesto que el lugar de carga y descarga, según determina la recurrente y consta documentalmente, fueron en diferentes países, entre Alemania y Francia, y entre España y Francia.

Es determinante para resolver la cuestión planteada identificar la legislación aplicable, pues estamos ante un transporte internacional de mercancías por carretera que se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR), hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956, cuyo art. 1.1, relativo al ámbito de aplicación del mismo, establece “El presente Convenio se aplicará a todo contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, siempre que el lugar de la toma de carga de la mercancía y el lugar provisto estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante, independientemente del domicilio y nacionalidad de las partes del contrato”. Se aplica pues obligatoriamente el CMR cuando el origen y destino de dicho transporte se sitúa entre dos países distintos y al menos uno de ellos es firmante del Convenio (en este caso lo son tanto

Alemania, Francia como España), sin que conste que se trate de uno de los supuestos excluidos de su aplicación, de conformidad con el art. 1.4 del mismo, dado que no se trata de transportes efectuados bajo la regulación de convenios postales internacionales, ni de transportes funerarios, ni transportes de mudanzas.

Por su parte, el art. 33 CMR prevé “El contrato de transporte puede contener una cláusula atribuyendo competencia a un Tribunal arbitral, a condición de que esta cláusula prevea que el Tribunal aplicará el presente Convenio”. Examinada la documentación aportada al presente procedimiento, no consta ninguna cláusula en tal sentido, y la aplicación de una norma de estas características no puede depender del hecho de que el actor haya reclamado previamente ante la Junta Arbitral de Madrid que se declaró incompetente, consideramos que esta circunstancia no puede impedir acudir a la jurisdicción mercantil ni hace inaplicable la previsión del art. 33 CMR. Por estos motivos la Sala concluye que debe estimarse el recurso de apelación dejando sin efecto la resolución recurrida y, en su lugar, procede la desestimación de la declinatoria planteada por la falta de jurisdicción al no resultar competente la Junta Arbitral

50. INARBITRABILIDAD DE LA CONTROVERSIA Y VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA. CONCESIÓN DEL EXECUÁTUR A UN LAUDO ARBITRAL DICTADO EN LETONIA EN REBELDÍA DE LA PARTE DEMANDADA (AAP Valencia CP 1ª 25 marzo 2024)

51. EXECUÁTUR DE UN LAUDO PROCEDENTE DEL CIADI CONDENATORIO AL ESTADO DE LIBIA, TRAS SER RECHAZADA SU ANULACIÓN POR EL TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL DISTRITO DE COLUMBIA (ATSJ Madrid CP 1ª 18 junio 2024)

El TS otorga el execuátur de un Laudo arbitral, dictado por un Tribunal del CIADI, en los términos que se establecen en el Laudo referido. La demanda de reconocimiento de laudo o resolución arbitral fecha 29 de junio de 2020 dictado por el Tribunal Arbitral designado por el CIADI, en virtud del Acuerdo APPRI firmado entre el Gobierno de la República de Austria y la Gran Yamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, frente al Estado de Libia. La sede del arbitraje se fijó en Washington D.C. Las solicitudes de nulidad y la apelación subsiguiente fueron rechazadas por la Corte de Distrito de Columbia y por la Corte de Apelaciones de Columbia. Tras referirse a la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje, el presente Auto considera que:

“(…)–No hay razones para dudar de la correcta actuación del Tribunal Arbitral del CIADI y de que las actuaciones realizadas con las partes y en particular con la parte demandada, han tenido lugar, lo que pone de relieve, otra vez, la ausencia de infracción del orden público procesal.

No tenemos por qué dudar de que el procedimiento arbitral, seguido ante el referido Tribunal en Washington D.C., se ajustó a las garantías procesales básicas referidas, en materia, entre otras de comunicaciones, notificaciones y emplazamiento.

Procede, en consecuencia, estimar la demanda de execuátur formulada por la mercantil actora Strabag SE frente a la condenada, el Estado de Libia, en el arbitraje seguido en Washington en el seno del CIADI y merced al APPRI suscrito en su día por las partes”.

52. EXECUÁTUR DE UN LAUDO PRONUNCIADO EN LONDRES DERIVADO DE UN CONTRATO DE FLETAMENTO MARÍTIMO (ATSJ Madrid CP 1ª 18 junio 2024)

ASILO

53. LA AUDIENCIA NACIONAL ORDENA AL EMBAJADOR EN PAKISTÁN QUE DOTE A UNA FISCAL ANTITERRORISTA AFGANA Y A SU HIJO DE DOCUMENTACIÓN PARA TRASLADARSE A ESPAÑA (AAN Sala c/a 4ª 5 abril 2024)

BIENES

54. INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA PARA RESOLVER LA NUEVA VARIACIÓN DE RÉGIMEN DOMINICAL QUE SE PRETENDE ESTABLECER RESPECTO DE LOS INMUEBLES SITUADOS EN VENEZUELA (AAP A Coruña 6ª 12 abril 2024)

La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto frente al auto de 28/11/23 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Santiago en el incidente de declinatoria por falta de jurisdicción formulada y asimismo estima dicha declinatoria exclusivamente en cuanto a la pretensión 2 de la demanda por lo que esta se refiere a la atribución a la demandada de los bienes radicados en Venezuela aludidos en la demanda. De conformidad con el presente Auto:

“(…) Existe una segunda pretensión consistente en que, después de reconocerse, en virtud de la primera pretensión, la atribución pro indiviso a los litigantes de los bienes radicados en Venezuela por efecto de lo acordado en el cuaderno particional, se interesa que proceda a atribuir al demandante el bien radicado en Santiago y a su hermana los sitios en Venezuela. El carácter conexo o supuestamente acumulado de esta acción respecto de la acción supuestamente principal antes examinada no exime de la necesidad de que se cuente con jurisdicción para conocer de la pretensión acumulada (art. 73.1.1 LEC).

Discrepa esta sala de lo mantenido por la resolución recurrida (en realidad, de lo postulado por todos los intervinientes). Si de una universalidad hereditaria de bienes se pasa a una atribución de condominios sobre cada uno de los bienes inmuebles que se integraban en aquella –la comunidad dominical ya existente sobre el inmueble sito en Santiago y las que se pretende establecer en el primer punto de la demanda– ningún tipo de contenido sucesorio o mortis causa se atisba en que, desaparecida tal universalidad y una vez producidas plurales situaciones de condominios singulares –como las que pudieran derivar de cualquier otro motivo no sucesorio– se articulen pretensiones dirigidas a poner fin a esas (cuatro) situaciones de comunidad dominical. Son pretensiones de naturaleza real y no sucesorias o mortis causa (sin perjuicio de que aquellas partan de la atribución dominical derivada de la sucesión) y, por tanto, resulta patente que la jurisdicción española carece de competencia para resolver la nueva variación de régimen dominical que se pretende establecer respecto de los inmuebles situados en Venezuela.

Lo impide, al no estar domiciliada la demanda en un Estado miembro, la remisión del art. 6.1º Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, a la legislación de cada Estado miembro sobre la competencia judicial. Esta legislación española determina, de conformidad con el art. 22 octies 3 LOPJ, que deba declararse la incompetencia de la jurisdicción española para conocer dicha petición, pues no existe ninguna norma de atribución de competencia en favor de la jurisdicción española respecto de acciones reales relativas a bienes inmuebles radicados en el

extranjero, sin que demandada se haya sometido a los tribunales españoles respecto de esta acción de naturaleza real.

Cuestión distinta es la competencia respecto de la nueva situación dominical que, dentro de esa misma pretensión, pretende atribuirse al bien radicado en España –que cabe pensar que es el verdadero interés que mueve el litigio–, que evidentemente sí es susceptible de ser conocida por los tribunales españoles (art. 24.1 Reglamento, también el art. 22.a LOPJ).

Deberá ponderar la parte actora si a la vista de esta delimitación definitiva del objeto del litigio mantiene o no sus pretensiones”.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

55. LA DEMANDADA CUENTA CON NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y AL ESTAR DOMICILIADA EN ESPAÑA SE ENCUENTRA SOMETIDA A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES (SAP Palma de Mallorca 5ª 18 enero 2024)

56. INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES POR GRAN RETRASO EN UN VUELO CON ORIGEN Y DESTINO EN ESTADO COMUNITARIO (ATS Civ 1ª 9 julio 2024)

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE BIEN INMUEBLE

57. LEY APLICABLE A CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE. LAS PARTES NO SE SOMETEN A DERECHO NACIONAL ALGUNO Y NO EXISTE VINCULACIÓN ALGUNA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL CON LA NACIÓN ESPAÑOLA O CON EL DERECHO ESPAÑOL (SAP Madrid 14ª 21 julio 2023)

Esta sentencia estima el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de instancia en un asunto concerniente a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de una vivienda sita en Marruecos, adquirida de Property Logic Morocco, SARL (Property Morocco), mediante contrato de compra de 16 de agosto de 2006, más intereses legales, todo ello con fundamento en la Ley 57/1968. Dentro de las consideraciones, la presente decisión declara que:

“Para resolver la cuestión planteada debe recordarse que el contrato de compraventa se firmó en Uchda (Oujda), Marruecos, el 18 de agosto de 2006 por don Baldomero como comprador, de nacionalidad británica y domiciliado en Irlanda, y Property Morocco como vendedora, domiciliada en Uchda y de nacionalidad marroquí, sobre una vivienda sita en Marruecos, a entregar en 21 meses desde la obtención del permiso de construcción, por precio de 1.873.023 dirhams marroquíes.

A tenor de la cláusula 13 del contrato ‘El comprador y el vendedor reconocen la competencia de los tribunales marroquíes de Uchda y aceptan someterse exclusivamente a dicha jurisdicción competente en caso de litigio en el marco del presente convenio y de su ejecución’. Al margen de esa cláusula de sumisión a los tribunales marroquíes, no existe ninguna estipulación contractual alusiva al Derecho material aplicable, ni remisión alguna al derecho material nacional español.

No se comparte la afirmación de la sentencia apelada que declara probado que la promotora y transmitente de la vivienda lo fue Property Invest, sociedad española, sobre la

premisa de la identidad de socios entre esa mercantil y la vendedora, Property Morocco. No se invoca en la sentencia precepto legal, o doctrina jurisprudencial, que justifique dicha afirmación. No resulta tampoco probado que, en el contrato o en otro documento obrante en autos, Property Morocco designara a ningún efecto algún domicilio en España. El principio de autonomía personal y patrimonial de las personas jurídicas no puede obviarse ni eludirse arbitrariamente, sin apoyo en normas jurídicas o en la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo.

De la prueba practicada, incluyendo la aportada con la demanda, resulta plenamente acreditado que la promotora del inmueble lo fue Property Morocco. Si la parte actora fundamenta su pretensión en la alegación de que fue promotora Property Invest, es lo cierto que no ha propuesto ni practicado prueba alguna en tal sentido, por lo que el hecho controvertido permanece incierto en su perjuicio ex art. 217. 2 y 1 LEC. Sobre los hechos descritos, para determinar la Ley nacional aplicable al contrato litigioso debe atenderse a lo dispuesto en el art. 10.5º Cc, a cuyo tenor ‘Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. / No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen’.

Por su parte establece el art. 12.6º Cc. que: ‘Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español’. Como se alega en el recurso, el contrato es de fecha anterior al Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de Junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que entró en vigor el 17 de diciembre de 2009, celebrándose bajo la vigencia del convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Sobretudo lo expuesto, se concluye que no existe vinculación alguna de la relación contractual descrita con la nación española o con el Derecho español. Las partes no se someten a derecho nacional alguno. Pactan sumisión a los tribunales marroquíes. Ninguno de los contratantes es nacional español, ni tiene residencia en España. El contrato no fue celebrado en territorio español. No se contempla en el contrato que los pagos sean realizados a través de una mercantil española, ni mediante ingreso en un Banco español. Y el inmueble se encuentra en Marruecos. Por lo que la relación contractual no queda sometida a la Ley española”.

58. ES EVIDENTE QUE NO HAY NINGÚN NEXO DE CONEXIÓN CON ESPAÑA MÁS ALLÁ DEL INGRESO EN LA CUENTA DE UN BANCO ESPAÑOL Y SERÁ DE APLICACIÓN LA LEGISLACIÓN MARROQUÍ (ARTS. 10.5º Y 10.9º Cc) (SAP Málaga 6ª 11 noviembre 2023)

59. JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LEY APLICABLE A LA COMPRAVENTA DE DOS APARTAMENTOS EN MARRUECOS (SAP Madrid 19ª 24 enero 2024)

60. APLICACIÓN DE LA LEY BRASILEÑA QUE NO PREVÉ EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD, QUE EN LA LEY ESPAÑOLA SE ATRIBUYE A LAS ENTIDADES BANCARIAS QUE INTERVIENEN O PARTICIPAN EN LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN (SAP Madrid 13ª 16 febrero 2024)

61. LEY APLICABLE A UNA PROMOCIÓN INMOBILIARIA ESPAÑOLA DE UN COMPLEJO RESIDENCIAL EN MARRUECOS DIRIGIDO EN BUENA PARTE A ADQUIRENTES ESPAÑOLES, CELEBRÁNDOSE LOS CONTRATOS EN ESPAÑA (SAP Madrid 21ª 27 febrero 2024)

62. NO CONSTANDO SUMISIÓN EXPRESA A LA LEY ESPAÑOLA NI EXISTIENDO PUNTO ALGUNO DE COINCIDENCIA (RESIDENCIA DE CONTRATANTES NI UBICACIÓN EN ESPAÑA DEL INMUEBLE) NO ES DE APLICACIÓN LA LEY ESPAÑOLA (SAP Málaga 5ª 2 abril 2024)

La Audiencia confirma la decisión de instancia que desestimó la demanda interpuesta por D. Jeronimo contra la entidad C. Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, que alegó que ‘a tenor de lo dispuesto en el art. 12, ap. 6 del Código Civil (aplicación de oficio de las normas de conflicto del derecho español) y no ser de aplicación la Ley 57/68, al encontrarnos ante un contrato de compraventa concertado entre una sociedad mercantil marroquí y un comprador inglés residente en Inglaterra, cuyo objeto es un inmueble sito en Marruecos, siendo de aplicación la legislación marroquí (artículo 4 del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales). Por otro lado, en ningún error de valoración incurre el Juzgador de Instancia, pretendiendo la parte recurrente sustituir el criterio valorativo de la sentencia en orden a la prueba testifical y documental obrante en autos de la que no se desprende en qué concepto se hacían los ingresos ni la capacidad de vigilancia de su mandante. Por último, tampoco concurren dudas de hecho que justifiquen la no imposición de costas’.

Esta decisión incluye, entre otras, las siguientes consideraciones:

“(…) con estos antecedentes se ha de concluir, que la imposición legal es al promotor de las viviendas y que la responsabilidad (aquí exigida) del banco, la imposición legal del deber de vigilancia, presupone la aplicación o no de la norma española a la relación jurídica, contrato de compraventa de fecha 9 de junio de 2006 suscrito entre Don Jeronimo con la P.P.L. Marocco S.A.R.L., de una vivienda sita en la ... en Saidia (Marruecos). Y a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.5º Cc (aplicable de oficio por esta sala), el mismo establece: Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen. Por tanto, no constanding sumisión expresa a la ley española ni existiendo punto alguno de coincidencia (residencia de contratantes ni ubicación en España del inmueble) no es de aplicación la Ley 57/68 por lo que no puede surgir la obligación legal de custodia demandada. Es más, conceptualmente, la ley impone obligación legal al promotor y los deberes de vigilancia lo es respecto de cuentas abiertas en la entidad por el promotor de las viviendas, y en el caso, la cuenta en la que se hicieron los ingresos reclamados (30.852,65 euros en total) no es una cuenta de la promotora sino de quien al parecer es la comercializadora Property Logic Invest S.L. respeto de la que ninguna obligación legal impone la ley ni la jurisprudencia de exigencia de cuanta especial y reclamación de aval o garantía”.

63. LA APORTACIÓN DE SENTENCIAS DICTADAS POR SECCIONES DE ESTA AUDIENCIA PROVINCIAL EN ASUNTOS EN MATERIA DE LEY APLICABLE A COMPRAVENTA DE INMUEBLES EN MARRUECOS NO TIENEN NINGÚN EFECTO VINCULANTE PARA RESOLVER LO PLANTEADO (SAP Madrid 25ª 19 abril 2024)

CONTRATOS

64. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES DE USO TURÍSTICO CELEBRADOS ENTRE CONSUMIDOR Y PROFESIONAL (SAP TENERIFE 3ª 4 OCTUBRE 2023)

Observaciones. 1. La decisión de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife tiene su origen en el recurso de apelación que interpone la entidad Diamond Resorts Tenerife Sales SL, demandada en la instancia, frente a la sentencia de 1 de octubre de 2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granadilla de Abona, en la que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. E. y D.ª M.ª L., se declara la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados entre los litigantes y se condena a la recurrente a abonar la cantidad de 44.970 libras esterlinas, más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Esta sentencia se suma a las muchas decisiones dictadas en los últimos años sobre las dificultades que ocasiona la internacionalización de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Realidad que se pone de manifiesto expresamente en el fundamento segundo de la decisión de la Sala, cuando alude a resoluciones anteriores que tenían por objeto litigios sobre este tipo de contratos.

Esta pluralidad de supuestos refleja, a su vez, una amplia casuística, si bien, con carácter general, las pretensiones de los litigantes se centran en la configuración de estas relaciones como contratos internacionales de consumo. De otro lado, se cuestiona la conformación de la relación jurídico-procesal, haciendo referencia a la falta de legitimación pasiva de la entidad Diamond Resorts Tenerife Sales SL que, en el presente caso, alega que no se ha tratado debida ni justamente su condición de empresa inglesa, con su propia filial y/o sucursal en España, además de ignorarse por completo el régimen de fideicomiso inglés (*Trust*). Asimismo, también son cuestiones generalmente controvertidas en estos asuntos las relativas a la determinación del tribunal internacionalmente competente y las que se refieren a la ley aplicable al fondo del asunto, encargada de determinar si procede o no la declaración de nulidad del contrato celebrado y, en su caso, la devolución de las cantidades reclamadas. Cuestiones estas últimas que se plantearon en la instancia, ante el Juzgado, y se reiteran ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife para sustentar los principales motivos del recurso de apelación.

Aunque no se contiene en la decisión de la Sala el resumen de los antecedentes fácticos del asunto, una lectura detallada de la misma permite concluir que, en este caso, ante el juzgado de instancia se planteó por D.ª María Luisa y D. Eulalio demanda de juicio ordinario frente a la entidad mercantil Diamond Resorts Tenerife Sales SL en cuya virtud solicita la declaración de nulidad de los contratos de fecha 1 de mayo de 2003, 19 de abril de 2004 y 20 de septiembre de 2007, así como la restitución de las cantidades abonadas, más los intereses legales desde la fecha de la demanda.

Desde la perspectiva del Derecho internacional privado interesa destacar los dos aspectos que aborda la Audiencia en su resolución y que se refieren a la determinación de la competencia judicial internacional y del Derecho aplicable. Aspectos íntimamente vinculados entre sí y de los que depende la solución al resto de cuestiones planteadas. A su análisis dedicaremos las siguientes páginas.

3. En primer lugar, en cuanto a la determinación de la competencia judicial internacional, la entidad recurrente cuestiona la improcedente desestimación de la declinatoria de jurisdicción formulada en la instancia. Frente a ella, la parte apelada manifiesta su total acuerdo con lo decidido sobre la declinatoria de jurisdicción en el Auto –desestimatorio– de

fecha 4 de julio de 2017, remitiéndose a lo expuesto en la referida resolución, así como a la sentencia recurrida y a la jurisprudencia que cita y/o reseña. En relación con este aspecto, la magistrada resuelve reproduciendo las decisiones adoptadas por la misma Sala los días 18 de diciembre de 2017 y 14 de junio de 2022. En ellas, a partir de las circunstancias fácticas del supuesto y del considerando 18 de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, determina la aplicabilidad del Reglamento (CE) nº 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 (en adelante, Reglamento 44/2001), derogado por el actualmente vigente Reglamento 1215/2012.

En este marco, la configuración de los contratos cuya nulidad se pretende como contratos internacionales de consumo justifica la aplicación de los arts. 15 a 17 Reglamento 44/2001 (actualmente los arts. 17 a 19 del citado Reglamento 1215/2012). Estos preceptos confirman la competencia judicial internacional de los tribunales españoles cuando la demandada es una entidad domiciliada en España. Asimismo, respecto de aquellos otros contratos en los que no concurra esta circunstancia, encontrándonos ante demandas conexas, vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente, la Sala propone el recurso a la solución acogida en el art. 28 del Reglamento 44/01 (actualmente art. 30 del Reglamento 1215/12).

4. El segundo de los motivos alegados por la recurrente y en el que se centra la decisión de la Sala es el relativo a la determinación del Derecho aplicable al contrato litigioso. Sin entrar a cuestionar el régimen jurídico aplicable, que, por la fecha de celebración de los contratos, es anterior al instaurado en el RR I (aplicable a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009), la entidad apelante se centra en dar virtualidad a la elección de ley. Frente a la decisión de instancia, entiende esta parte que, a tenor de la cláusula de elección de ley recogida en el contrato suscrito entre las partes, el mismo se rige por la legislación inglesa. Tanto el tribunal de instancia como el de apelación desestiman las pretensiones de la empresa para confirmar la aplicación de la legislación española. De este modo, la Sala afirma que para resolver la cuestión planteada, atendiendo a la fecha de celebración de los contratos, *debe tenerse en cuenta (...) lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda de la Ley 42/1988, que dispone que todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un periodo determinado o determinable del año quedarán sujetos a las disposiciones de esta Ley cualquiera que sea el lugar y fecha de celebración*. Previsión que actualmente recoge en art. 17 Ley 4/2012.

La solución propuesta, afirma la Sala, es acorde con la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2023 (*Vid. SSTJ 7ª 14 septiembre 2023, as. C-821/21: Club La Costa y otros* y la dictada en el as. C-632/21: *Diamond Resorts Europe y otros*) en la que resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Granadilla de Abona sobre la ley aplicable a los contratos de disfrute de bienes inmuebles en Tenerife, celebrados entre ciudadanos británicos y la misma entidad apelante, se determina la aplicabilidad del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, RR I), en el marco de un litigio ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, a contratos en los que ambas partes son nacionales del Reino Unido, siempre que incluyan un elemento de extranjería.

En su párrafo segundo el art. 6 RR I prevé la posibilidad de que las partes elijan, conforme a lo dispuesto en su art. 3, la ley aplicable al contrato. Sin embargo, esta elección *no puede acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo* en virtud de la ley aplicable a falta de

elección y que, de acuerdo con el párrafo primero, es la ley de la residencia habitual del consumidor. Siguiendo las pautas del juzgador de instancia el tribunal de apelación, aunque admite la elección de ley conforme al art. 3 RRI, considera que tal elección no es válida en virtud de lo dispuesto en el art. 6.2º RRI, *habida cuenta del carácter imperativo y exhaustivo del referido art. 6, ap. 2, no pueden establecerse excepciones a esta disposición en favor de una legislación supuestamente más favorable para el consumidor*, debiéndose aplicar la ley española en tanto que ley del país de residencia habitual del prestador característico.

La solución acogida por el tribunal de apelación nos lleva a cuestionarnos si los límites a la autonomía de la voluntad derivan bien de las previsiones contenidas el art. 3.3 RRI bien de la intervención de normas imperativas del art. 9 RRI (J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., 2020, pp. 655–660 y 687–691). Ninguna de las previstas en el art. 3 son aplicables al supuesto de autos porque en el caso que resuelve la Sala de apelación, en el momento de la elección, los elementos del contrato están conectados tanto con España como con Reino Unido, siendo ambos Estados miembros. Las limitaciones a la autonomía de la voluntad vendrían impuestas, en su caso, por la intervención de normas imperativas del foro ex art. 9 RRI.

5. El carácter abusivo de la cláusula de elección de ley puede impedir la aplicación del Derecho designado aplicable por contravenir las normas imperativas de la *lex fori*. Procede determinar, el carácter abusivo de la cláusula de elección de ley aplicable. Para ello debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE, en tanto que norma general de protección de los consumidores aplicable en todos los sectores de la actividad económica y a la que queda sometida toda cláusula de elección de ley cuando haya sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión. La interpretación que de su art. 3.1º ofrece jurisprudencia del Tribunal de Justicia nos permite concluir que es abusiva una cláusula de un contrato *celebrado entre un profesional y un consumidor, cláusula que no fue negociada individualmente y que establece como Derecho aplicable el del Estado en que se encuentra el domicilio social de la sociedad comanditaria, cuando induzca al consumidor a error dándole la impresión de que el contrato se rige exclusivamente por el Derecho de ese Estado miembro, sin informarle de que, conforme al (...) al art. 6, ap. 2, del RR I, le ampara también la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho nacional que sería aplicable de no existir esa cláusula* (STJUE de 3 de octubre de 2019, as. C–272/18, *Verein für Konsumenteninformation y TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG*). El TS ha señalado las notas que determinan el carácter abusivo de una cláusula de elección de ley afirmando que *no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el art. 5 de la Directiva 93/13 y viola el requisito de transparencia si no informa al consumidor de que la ley designada (...) no puede tener por efecto privarle de la protección que le ofrecen las normas imperativas de la ley del Estado donde tenga su residencia habitual* (STS 20 de julio 2021).

Para ser declarada abusiva la elección de la ley realizada debe causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones entre las partes y obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales al consumidor. Circunstancias que no concurren en la elección realizada en el supuesto de autos. En él, la elección de ley conlleva la aplicación de la ley de residencia habitual del consumidor. Lejos de desproteger al consumidor, le permite aplicar al contrato celebrado un ordenamiento con el que está familiarizado, conoce sus derechos y obligaciones y le resultará más fácil probar su contenido. Tal elección no conlleva el desequilibrio que trata de evitar la Directiva 93/13. Por tanto, frente a la decisión adoptada por la Audiencia, la cláusula de elección de ley contenida en el contrato litigioso no puede ser calificada como abusiva.

Mercedes SABIDO RODRÍGUEZ*

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Extremadura.

65. CONSIDERACIONES SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON ELEMENTO INTERNACIONAL, EN UN VOTO PARTICULAR (AAP Soria 1ª 21 noviembre 2023)

El presente Auto estima un recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Soria, en fecha 12 de septiembre de 2023, que acordó inadmitir a trámite la solicitud de proceso monitorio realizada por la recurrente, con fundamento en falta de legitimación activa de la parte actora. Esta decisión incluye un voto particular de la Magistrada M.J. Sánchez Cano que se reproduce a continuación:

“Respetando la opinión mayoritaria de la Sala en la que se sustenta el presente Auto, debo manifestar mi discrepancia con la fundamentación jurídica y la parte dispositiva de éste, considerando que debió desestimarse el recurso de apelación y confirmarse íntegramente la resolución dictada en la instancia, y ello en los siguientes términos:

En mi opinión, la sentencia mayoritaria, al apartarse del criterio seguido en la SAP Soria de 21 de junio de 2022, no ha tenido en cuenta que nos encontramos ante el problema que suscita muy frecuentemente un supuesto de cesión de créditos con elemento internacional, mediante el cual la entidad cesionaria cede en bloque carteras de créditos contraídos por deudores insolventes y que, por tanto, difícilmente van a cumplir con las obligaciones contraídas. En su mayor parte estas cesiones de créditos se realizan a favor fondos de inversión de alto riesgo, que se dedican, precisamente, a comprar deudas y que, habitualmente, tienen su domicilio social en un país extranjero.

Este tipo de prácticas genera una serie de inconvenientes que se ponen de manifiesto en la práctica judicial, entre otros motivos, por lo que se refiere a acreditar la realidad de la cesión. Los problemas se incrementan cuando, como en el caso de autos, en el contrato de cesión concurre un elemento internacional, lo que, como ya se ha indicado, sucede repetidamente, habida cuenta que alguna de las entidades, bien la cedente o bien la cesionaria, suelen tener su domicilio en el extranjero. En supuestos como estos, tal como más adelante expondré, a mi entender, el juzgador habrá de aplicar, forzosamente, las normas de Derecho Internacional privado vigentes en España. Ello, en especial, para determinar la validez y condiciones de la cesión y sus efectos frente al deudor, en virtud de la ley que rija la situación.

En efecto, a mi juicio, no se trata, pues, de dilucidar, como pretende la entidad apelante, si una persona extranjera puede o no litigar en España, ni de fijarla normativa de competencia judicial internacional aplicable por los órganos jurisdiccionales españoles para establecer si resultan o no competentes para conocer del asunto. Como tampoco es posible, según considero, recurrir en este punto a los arts. 812 ss. LEC, por lo que discrepo en este punto de la resolución mayoritaria. Ello, porque, como, a mi entender, correctamente ha dispuesto la Juzgadora de instancia, primeramente, procede dejar sentado si la mercantil ahora recurrente es en realidad titular de los derechos o intereses legítimos inherentes a la relación jurídica objeto del pleito, lo que le permitiría promover el proceso (art.10 LEC).

A este respecto, recuérdese que el concepto de legitimación ha sido definido por el Tribunal Supremo en el sentido de que ‘consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido’. (SSTS n.º 634/2010, de 14 de octubre; n.º 346/2014, de 27 de junio). De igual manera, en la STS n.º 260/2012, de 30 de abril, el Alto Tribunal ha considerado que la legitimación: ‘constituye un presupuesto procesal susceptible de examen previo al del conocimiento del fondo del asunto en tanto que, incluso siendo acogible la pretensión –si se abstrae de la consideración del sujeto actuante– la misma no ha de ser estimada cuando quien la formula no

puede ser considerado como 'parte legítima'. En todo caso, la existencia o inexistencia de la legitimación viene determinada por una norma procesal (art. 10 LEC), ha de ser considerada de oficio por el órgano jurisdiccional y su reconocimiento no lleva consigo la atribución de derechos subjetivos u obligaciones materiales, sino que, como enseña la más autorizada doctrina, coloca o no al sujeto en la posición habilitante para impetrar la aplicación de la ley a un caso concreto mediante el correspondiente pronunciamiento jurisdiccional'.

Sentado lo que antecede, para determinar si la entidad demandante y ahora apelante, tiene legitimación activa, lo primero que hay que esclarecer es si se ha producido la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso, tal como considero que acertadamente ha hecho la Magistrada de instancia. A tal fin, habrá que establecer la validez del contrato de cesión suscrito entre S.C.F. SA y la mercantil demandante I, LTD, con domicilio en Malta.

Así las cosas, entiendo que de la documentación aportada por la actora únicamente se colige que S.C.F. SA cedió en bloque a I. LTD, con domicilio social en Malta, una serie de créditos entre los que figura el que es objeto del presente litigio, sin que se haya aportado ningún otro documento acreditativo del contrato de cesión. Teniendo en cuenta que el domicilio de la mercantil cesionaria no está situado en nuestro país y aunque la demandante no hizo referencia alguna a dicha consideración, la Juez a quo analiza en su resolución las consecuencias de la presencia de un elemento extranjero en la situación, de acuerdo con doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo, en cuya virtud si las partes no alegan la existencia del elemento extranjero, el órgano jurisdiccional que conozca del caso deberá acreditarlo de oficio (*Vid.* SSTs 6 de junio de 1969, de 13 de febrero de 1974 y de 12 de noviembre de 1976, entre otras).

Una vez acreditada la presencia de, al menos, un elemento internacional en la relación jurídica examinada, considero necesario reiterar que, como más arriba se ha indicado, de conformidad con consolidada jurisprudencia, dicha circunstancia, aún por sí sola, resulta suficiente para que la situación deba ser regulada por el Derecho Internacional Privado español, habida cuenta que el supuesto ha quedado conectado con un país extranjero y toda vez que ello genera un conflicto de leyes. Este es el motivo por el cual, apartándome del criterio seguido por la sentencia mayoritaria, razono que ha de rechazarse la aplicación directa del Derecho Privado interno, sin el previo recurso a la norma de conflicto, que será la que lleve a cabo la localización de la pretensión en un Estado determinado, cuyo Derecho resolverá el litigio planteado, facilitando la concreta solución sustantiva al supuesto litigioso.

En este orden de consideraciones, creo conveniente recordar que, conforme a lo previsto en el art. 12.6º Cc, todos los tribunales y autoridades españolas están obligados a aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español, independientemente de que las partes invoquen su aplicación, sin que en ningún caso sea posible prescindir de las mismas.

Por otra parte, además de en la SAP Soria de 21 de junio de 2023, la imperatividad de la norma de conflicto es defendida en la actualidad por la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de forma unánime y como ejemplo de ello, pueden citarse las SAP de Málaga de 3 de marzo de 2006, SAP de Barcelona de 3 de junio o SAP de Guipúzcoa de 29 de junio de 2009, SAP de Zaragoza de 20 de abril de 2012, entre otras muchas.

Tampoco puede desconocerse que la imperatividad de las normas de conflicto previstas en los Reglamentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea, tales como el RRI, se desprende del art. 288.TFUE (antiguo art. 249 TCE).

En atención a lo expuesto, seguidamente, procederé a valorar la aplicación de las normas de conflicto correspondientes a la categoría jurídica en la que se encuadran las pretensiones de la parte demandante, que en este caso, son las relativas a la ley aplicable al contrato de cesión de créditos.

Así, a la luz de los razonamientos anteriores y atendiendo al domicilio en el extranjero de la empresa recurrente, interpreto que no puede perderse de vista que para determinar la ley

aplicable a la relación jurídica en que la parte apelante podría sustentar su legitimación activa a los efectos del presente litigio, los Tribunales españoles deberán aplicar las normas de conflicto de leyes de Derecho Internacional Privado español que, en materia de contratos, se encuentran recogidas en el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante RRI), también conocido como Roma I, aplicable dado su carácter universal y eficacia erga omnes. Sobre este asunto se pronuncia la STJUE 9 de octubre de 2019 (asunto C-548/18).

El citado Reglamento establece en primer lugar que el contrato de cesión se regirá por la ley elegida por las partes (art. 3 en relación con el art. 1 4.1). Dicha elección podrá ser expresa o deducirse de los términos del contrato de manera inequívoca, lo que se desconoce en el supuesto enjuiciado, habida cuenta que dicho dato no figura en la certificación notarial y toda vez que no se han aportado ninguno de los documentos en los cuales se formalizó la operación de cesión de créditos.

De otro lado, el Reglamento prevé también que será la ley que gobierne el crédito cedido la que determinará su transmisibilidad, así como las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor (art. 14.2).

Luego, a mi juicio, independientemente de que el acta notarial acredite o no la realidad de la deuda y del saldo deudor, lo cierto es que en dicho documento no consta cual pueda ser la ley que regirá la validez y las condiciones de la operación relativa a la cesión. Y en consecuencia, no permite verificar si ha tenido lugar válidamente la sucesión procesal por transmisión del crédito litigioso en favor de la empresa demandante. Como tampoco prueban dichos extremos que el demandante disponga y adjunte junto con la demanda el contrato formalizado entre la parte demandada y S-C.F. SA.

Indudablemente, el ahora recurrente bien pudo haber aportado las escrituras públicas, a que se refiere el acta notarial, para acreditar su legitimación, recabando las mismos de la Notaría correspondiente. Y a mayor abundamiento, tampoco aparece en el procedimiento el CD en el cual se dice que constan las operaciones cedidas.

En consecuencia, al no haberse acreditado suficientemente por parte de la actora la titularidad del crédito que reclama frente a la parte demandada, considero que debería prosperar la falta de legitimación activa decretada por la resolución de instancia y por tanto, los motivos invocados deberían ser desestimados.

Por todo ello, a mi entender, procedería la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de la resolución de instancia, imponiendo a la parte apelante las costas causadas ante esta alzada”.

DERECHO DEL TRABAJO

66. INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA PUES NI EL CONTRATO DE TRABAJO SE HA CELEBRADO EN ESPAÑA, NI ESTÁ EN ESPAÑA LA EMPRESA DEL GRUPO EN LA QUE DEBÍA DE PRESTAR SUS SERVICIOS, NI EL ACTOR TIENE NACIONALIDAD ESPAÑOLA (STSJ MADRID SOC 2ª 17 ENERO 2024)

Estima esta decisión, con referencia a la sentencia de instancia, que “a la fecha del despido, 3 de noviembre de 2020, el actor no mantenía relación alguna con R. en España, sino que su relación laboral era con la empresa del grupo en Colombia, en la que había estado en excedencia mientras estuvo expatriado, con las condiciones laborales y económicas de este país. El art. 25.1º LOPJ, en lo que aquí interesa, lo siguiente: “...”. De manera que a la fecha del despido, no había prestación de servicios en España, sino que debía haberla en Colombia,

siendo despedido, precisamente por su inasistencia al puesto de trabajo; ni había contrato celebrado en España, porque, excepto el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2011 al 31 de octubre de 2013, en que estuvo vigente un contrato celebrado con R.E., S.A., sujeto a la normativa española y cotizando a la seguridad social española, el resto de los servicios prestados por el demandante para el grupo R, lo han sido en calidad de expatriado / impatriado, considerándose en los distintos acuerdos suscritos como país de origen Colombia, en el que se ha cotizado a la seguridad social y se han pagado impuestos, del mismo modo que se han abonado al actor los gastos de residencia en España, en tal calidad, ayuda para los estudios de sus hijas y viajes a dicho país desde el nuestro.

En consecuencia, ni el contrato se ha celebrado en España, donde no residía cuando fue contratado, sino que en todo momento se establece como lugar de origen de la relación laboral Colombia, ni está en España la empresa del grupo en la que debía de prestar sus servicios, ni el actor tiene nacionalidad española, ni mantiene ya ningún vínculo laboral con España, por lo que hemos de declarar nuestra falta de jurisdicción e incompetencia para conocer del asunto, que debe resolverse por los tribunales colombianos”.

67. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SE REALIZÓ EN AGUAS DE SENEGAL, DONDE FUE CONTRATADO EL RECURRENTE, Y A TAL EFECTO SE LLEVÓ UN CONTRATO DE TRABAJO CONFORME LA LEGISLACIÓN DE SENEGAL (STSJ PAÍS VASCO SOC 1ª 26 MARZO 2024)

Esta sentencia desestima el recurso de suplicación contra una sentencia del Juzgado de lo social nº 4 de Donostia– San Sebastián, que desestimó a su vez la demanda, y absolvió a la empresa en aplicación del art. 8.2º Reglamento Roma I con las siguientes consideraciones:

“(…) la prueba practicada desvela una prestación de servicios en aguas de Senegal, donde fue contratado el recurrente, y a tal efecto se llevó un contrato de trabajo conforme la legislación de Senegal, en razón al trabajo en aguas territoriales de Senegal, y, si bien, el recurrente no fue desembarcado al final de la prestación de servicios como marinero, es lo cierto que continuó hasta los puertos españoles de Arrecife y Hondarribia, pero no presto servicios de ninguna clase, por ello no podemos entender la existencia de ningún contrato de trabajo, pues para que exista el mismo tiene que darse los elementos de la prestación de servicios por cuenta ajena en los términos expuestos, y es que simplemente el recurrente pernoctaba y comía en el barco, no llevando a cabo ninguna actividad, y, por ello, al no existir trabajo alguno, no procede el pago del salario tal y como reclama el recurrente, ni tampoco existiendo un contrato de trabajo en España puede ser entendido una obligación remunerar una prestación inexistente.

Efectivamente existía un pago a los que las partes denominan como en la legislación de Senegal ‘contrato de espera’ o remuneración de espera, pero este entra dentro de las previsiones de aquella regulación que nadie aporta y nada prueban, solo los pagos llevados a cabo, como la liquidación final”.

68. CUANDO ES COMPETENTE UN ÓRGANO JUDICIAL ESPAÑOL, NO PUEDE DEJAR DE APLICAR AL CASO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS TRATADOS EN LA MATERIA, AÚN CUANDO APLIQUE A LA RESOLUCIÓN DEL CASO DERECHO EXTRANJERO (STSJ MADRID SOC 2ª 17 ABRIL 2024)

Observaciones. 1. La decisión de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tiene su origen en el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D. Mauricio contra la sentencia de 8 de noviembre dictada por Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid que, estimando la demanda de despido interpuesta por D. Mauricio contra el Ministerio De Asuntos Exteriores y Cooperación, declara, conforme a la legislación de Etiopía,

la ilegalidad del despido del que fue objeto el actor, la vulneración de derechos fundamentales, declara producido el despido y condenando, en consecuencia, al demandado a abonar al actor, en concepto de indemnización, la cantidad total de 10.932,93€, y absolviéndolo del resto de pedimentos ejercitados en su contra.

2. Los hechos de los que trae causa la decisión recurrida son los siguientes: D. Mauricio, en virtud del contrato suscrito el 13 de octubre de 1993, ha venido prestando servicios por cuenta del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, con destino en la embajada de España en Addis Abeba, Etiopía, con la categoría profesional de guarda. En sus cláusulas cuarta y séptima, las partes acuerdan, en primer lugar, que *las disposiciones sobre seguridad y previsión social serán observadas de acuerdo con la legislación social de Etiopía*; y, en segundo lugar, que *Al trabajador le será de aplicación el régimen laboral establecido por la legislación de Etiopía y las normas que dicte el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre el funcionamiento interno de las representaciones relacionadas con su actividad*. Asimismo, en su cláusula novena dispone, como cláusula de extinción del contrato, el cumplimiento de 65 años y pasar a situación de jubilación.

El 20 de marzo 2023, D. Mauricio recibió escrito remitido por la Embajada de España en Addis Abeba, fechado ese mismo día, con el siguiente contenido: *En aplicación de la siguiente normativa: 1. Art. 24.3 de la Ley 1156/2019 sobre normativa laboral establece que el contrato de trabajo terminará con la jubilación del trabajador de acuerdo con la ley aplicable. 2. Art. 18 de la Ley de pensiones de los funcionarios públicos 714/2011 que establece que la edad de jubilación es de 60 años de acuerdo con la fecha de nacimiento registrada cuando (el empleado) fue empleado por primera vez. 3. Art. 35.c de normativa laboral establece que la notificación de la finalización de un contrato de trabajo será de 3 meses para un empleado con más de 9 años de servicio. Notifico a D. Mauricio (guardia de seguridad) que, de acuerdo con los datos que figuran en el registro de personal de los servicios centrales del MAEUC, ha alcanzado la edad de jubilación establecida en la legislación etíope (60 años) y, por tanto, se hará efectiva la jubilación en el plazo de 3 meses a contar desde el siguiente a esta notificación*. En su virtud, D. Mauricio cesó en su empleo el día 20 junio de 2023.

Disconforme, D. Mauricio interpone demanda en materia de despido, que fue estimada por el Juzgado de lo Social mediante sentencia de 8 de noviembre de 2023, con los pronunciamientos anteriormente expuestos. El tribunal declaró que se trata de un despido discriminatorio por razón de edad, si bien ha aplicado al mismo las consecuencias previstas por el Derecho de Etiopía, por el que se regía la relación laboral, de manera que ha impuesto una indemnización y no la readmisión.

Contra dicha resolución recurren ambas partes. El Abogado del Estado fundamenta su recurso en dos motivos: el primero, relativo a la vulneración del art. 14 CE, y el segundo, en el que denuncia vulneración de la normativa etíope aplicable, considerando que la designación por las partes del Derecho laboral de Etiopía impide la aplicación del texto constitucional. Solicitando la desestimación de la demanda. Por su parte, el trabajador alega vulneración del art. 183 LJS. Argumenta que, siendo de aplicación el Derecho laboral etíope en cuanto dicha aplicación conlleva una vulneración de derechos fundamentales debe ser aplicable el precepto citado en orden a indemnizar el daño causado. Daño que no considera no completamente indemnizado por cuanto, tras el despido, ha quedado en situación de desempleo sin cobertura al no haber cotizado el Ministerio empleador ni en la Seguridad Social española ni en la etíope. Si bien el trabajador no cuestiona en su recurso la aplicación de las consecuencias previstas en las disposiciones etíopes, solicita mayor cuantía indemnizatoria en la medida en que la reconocida, en la cantidad de 10.932,93€, equivale, aproximadamente a 16 meses de salario y, una vez finalicen, quedará sin ingresos y sin cobertura.

3. El interés del asunto se centra, pues, en la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales de trabajo, poniendo de relieve dos aspectos. Uno, primero, relativo a concretar las disposiciones destinadas a la ordenación del sector en la materia; y el segundo,

relacionado con las vías o instrumentos articulados para aplicar la legislación española excepcionando la aplicación de la ley elegida por las partes.

4. Como es sabido, en la actualidad, la norma que regula la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo es el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, RR I). La aplicabilidad del texto europeo, de carácter *erga omnes*, se encuentra limitada, temporalmente, a aquellos contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, fecha en la que se produjo su entrada en vigor (art. 28 RR I). De este modo, el Tribunal de Justicia de Madrid, refiriéndose al texto europeo, no identifica correctamente el régimen jurídico aplicable. Dado que la fecha en la que se celebró el contrato entre D. Mauricio y el Ministerio de Asuntos Exteriores español fue en octubre de 1993 y que el reglamento europeo no estaba en vigor, resulta aplicable su antecesor, el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 (en adelante, Convenio de Roma).

5. En segundo lugar, sorprende que, habiendo sido designada la legislación etíope, el tribunal no concrete la vía que permite aplicar el art. 14 CE para declarar la ilicitud del despido. Tanto el Convenio de Roma como el RR I consagran, con carácter general, la autonomía de la voluntad para determinar el Derecho aplicable a las relaciones laborales internacionales. En ambos casos, se introducen peculiaridades respecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad consagrada como criterio general para la designación de la *lex contractus*. En particular, con el fin de proteger a los trabajadores y habida cuenta de la desigual posición entre empresario y trabajador, aquella elección resulta limitada, al exigir que la designación será válida siempre que no prive al trabajador de la protección que le otorguen las normas imperativas del ordenamiento que hubiera sido objetivamente aplicable, esto es, el ordenamiento designado en defecto de elección. Este último, el ordenamiento objetivamente aplicable, será el designado por las conexiones objetivas relativas bien al lugar de prestación habitual del servicio bien el lugar donde se encuentre el establecimiento que contrató al trabajador o, a partir de las circunstancias que rodean el supuesto, el lugar con el que presente los vínculos más estrechos. Esta limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad se fundamenta en la necesidad de proteger al trabajador, garantizándole el nivel de protección previsto en las disposiciones del ordenamiento objetivamente aplicable.

En el supuesto planteado ante el tribunal, las partes eligieron la aplicación de la legislación laboral etíope. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para confirmar la aplicación del art. 14 CE, recurre al art. 8 RR I. Considerando que la aplicación de la legislación etíope no garantiza los derechos consagrados en el texto constitucional, declara que se trata de un despido discriminatorio por razón de edad. Argumenta el tribunal español que, al tratarse de un trabajador extranjero contratado por la Administración Española para prestar servicios en la Embajada de España en Etiopía, *superada la ficción de extraterritorialidad de las sedes diplomáticas y reconociéndolas como parte del territorio del Estado en el que se encuentra*, esta es territorio etíope. En consecuencia, el lugar de prestación de servicios no es España, sino Etiopía. No obstante, el resto de las circunstancias que concurren en el supuesto permiten confirmar la existencia de vínculos más estrechos con territorio español. Valoración que, de acuerdo con una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde a los tribunales nacionales (STJUE 12 de septiembre de 2013, as. C-64/12, *Anton Schlecker c. Melitta Josefa Boedeker*, aps. 40 y 41: ECLI:EU:C:2013:551). De este modo, se justificaría la aplicación de la legislación española en los términos del art. 8.4º RR I. Sin embargo, seguidamente, el tribunal afirma que *en todo caso un órgano judicial español, cuando es competente para resolver un litigio, como aquí ocurre, no puede dejar de aplicar al caso los derechos fundamentales derivados de la Constitución y de los Tratados en la materia, aun cuando aplique a la resolución del caso Derecho extranjero*.

6. Algunas de las normas reguladoras de las relaciones laborales en nuestro país presentan carácter imperativo. En unos casos esta imperatividad conlleva que la norma será aplicada

directa e inmediatamente a todas aquellas situaciones privadas internacionales en la medida en que representa valores básicos de organización social, política y económica de nuestro Estado. En otros casos, en cambio, la norma limita o condiciona el comportamiento de las partes contratantes, de tal modo que, en la medida en la que pretenden la tutela de determinados intereses, no pueden ser derogadas por la voluntad de aquellas. Ciertamente, la distinción entre ambas técnicas no resulta fácil y muchos son los estudios que abordan esta problemática (con carácter general, en otros, I. Guardáns Cambó, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero. De la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Aranzadi, Pamplona, 1992; en particular en materia laboral, N. Marchal Escalona, “De la protección del personal laboral al servicio de las embajadas españolas”, *Bitácora Millennium DIPr*, Revista nº 6, 2017; P. Juárez Pérez, “La ley aplicable al contrato de trabajo: la proscripción del “espigueo normativo” (STSJ Madrid, 10 de marzo 2020”, *CDT*, vol. 1, 2001, pp. 931-938).

En el ámbito laboral, la calificación de la normativa que disciplina el despido en España como norma material imperativa, aplicable con independencia de la ley que rija el contrato, o como una cuestión de orden público, que excluye la aplicación de la ley elegida por las partes, ha sido objeto de importantes estudios. No obstante, debe advertirse que, en el presente asunto, no se está cuestionando la aplicación de la normativa que disciplina el despido en España, que se rige por la legislación etíope en tanto que ley elegida por las partes, sino la aplicabilidad del principio fundamental que consagra el art. 14 CE.

7. Es de resaltar que el tribunal aplica el principio de igualdad sin plantearse la técnica normativa que le lleva a dicha aplicación. Parece justificar el recurso al art. 14 CE, en tanto que norma no derogable por las partes del ordenamiento objetivamente aplicable. La legislación española, designada conforme al art. 8.4º RR I, limita la autonomía de la voluntad de las partes. Y, de otro lado, al consagrar un derecho fundamental, subyace que se encuentra ante una norma dotada de un plus de imperatividad. El tribunal alude conjunta e indistintamente a dos conceptos particularmente complejos en Derecho internacional privado, las normas materiales imperativas, a las que se refieren los arts. 7 Convenio de Roma y 9 RR I y la noción de orden público, recogida en los arts. 16 Convenio de Roma y 21 RR I. En definitiva, la aplicación del art. 14 CE se fundamenta en la configuración del principio de igualdad como norma dotada de un plus de imperatividad que debe ser aplicada de forma directa e inmediata al representar valores básicos de organización social, política y económica de nuestro Estado.

A diferencia del texto convencional, conforme al art. 9 RR I, una ley de policía es *una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*. El precepto consagra dos vías para la aplicación de las disposiciones imperativas. Una, en su párrafo segundo, relativo a las leyes de policía del foro; y otra, en su párrafo tercero, que permite la aplicación de las leyes de policía del país donde deban ejecutarse las obligaciones derivadas del contrato, correspondiendo al tribunal valorar su aplicación en función de la naturaleza, objeto y consecuencias. En el asunto que analizamos, la aplicación del art. 14 CE se realiza conforme a la primera de las vías previstas. En su virtud, el tribunal español está obligado a aplicar las disposiciones imperativas vigentes en su ordenamiento, sea cual sea la ley rectora del contrato individual de trabajo, garantizando un mínimo de protección que no puede ser eludido por la aplicación a la relación laboral de un ordenamiento distinto, aunque el mismo haya sido elegido por las partes.

Mercedes SABIDO RODRÍGUEZ*

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Extremadura.

DERECHO EXTRANJERO (APLICACIÓN DEL)

69. LOS DOS ABOGADOS ALEMANES HAN CERTIFICADO EL CONTENIDO DEL DERECHO ALEMÁN A TENOR DEL REGLAMENTO 1259/2010 DEBIENDO PROCEDERSE SEGÚN DISPONE EL DERECHO ALEMÁN Y EN CONSECUENCIA REVOCARSE LA SENTENCIA DE INSTANCIA (SAP Palma de Mallorca 4ª 22 diciembre 2023)

Esta sentencia estima un recurso de apelación ordenado que con anterioridad al dictado de la sentencia de divorcio se proceda por el juzgado actuar conforme previene art. 1587 BGB, solicite al alemán en la forma que consta en el informe acompañado a la contestación a la demanda. D acuerdo con este fallo:

“La prueba del derecho extranjero, en este caso, se fundamenta en un peritaje, aportado como doc. 1 de la contestación, emitido por el propio abogado o persona encargada de la defensa letrada de la Sra. Leonor en Alemania, junto a una compañera de despacho, integrante o colaboradora del mismo, persona esta última que compareció en el juicio como testigo-perito.

La juez a quo rechaza el informe emitido por dicha testigo perito por razones que esta sala no comparte, pues, como dice acertadamente la parte apelante, dicho peritaje «fue aportado con la contestación a la demanda, y en ningún momento se escondió o se pretendió confundir respecto de la identidad de los abogados firmantes del poder, todos los abogados del despacho salen en la misma foto y página en Internet con sus datos, currículum etc..., siendo contrario a la lógica pensar que se arriesguen dos profesionales a presentar un dictamen que falta a la verdad, ni mucho menos presentarse ante un tribunal español en calidad de testigo/perito/jurisconsulto, siendo grabado en video y en este contexto realizar falso testimonio, atentar contra el correcto funcionamiento de la administración de justicia y en definitiva cometer un delito de los arts. 458, 459, 460 y 461 del Código Penal por un supuesto interés directo en el hecho que un juzgado solicite un informe de la seguridad social alemana». Tampoco se presentó ningún contraperitaje o testigo que de alguna manera contradijera el contenido del derecho alemán pues la parte de la actora mantuvo un comportamiento pasivo.

El hecho de pertenecer al mismo despacho profesional las autoras del informe sobre aplicación del Derecho alemán y la abogada defensora de la demanda no constituye, a juicio de esta sala, causa que prive de validez al mismo. Ninguna labor probatoria se ha desarrollado por la contraparte en tal sentido. Consideramos que dos profesionales, inscritos juristas alemanes) que han pasado dos exámenes estatales, que firman un dictamen estrictamente sobre la vigencia y el contenido del art. 1587 BGB son hábiles y que dicho dictamen basta para acreditar el contenido y la vigencia de un artículo.

La condición tanto de abogados alemanes como de miembros del despacho es notoria, en ningún momento se ha intentado esconder, de nuevo opinamos que la simple pertenencia a un mismo despacho no debe llevar a la conclusión de la existencia de contraposición de intereses y poner en duda el buen hacer y la honestidad de un profesional a la hora de certificar por escrito y filmado el contenido (totalmente burocrático) de la ley extranjera. Ello además por cuanto, no corresponde al perito dictaminar si procede o no procede la compensación de rentas, es simplemente objeto del peritaje el contenido de la ley alemana que obliga al juzgado alemán solicitar a la Seguridad Social dicho informe antes de decretar el divorcio.

No apreciamos abuso de derecho o fraude alguno que, como es sabido no se presume y exige prueba contundente al respecto (art. 7.2º Cc).

Es por todo lo dicho que entendemos que dos abogados alemanes han certificado el contenido del derecho alemán que a tenor del art. 107 Cc y del Reglamento 1259/2010 del consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el

ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial es aplicable en el presente caso. Y debe procederse según dispone el derecho alemán y en consecuencia debe revocarse la sentencia de instancia para que el juez a quo antes de dictarse la sentencia proceda tal y como indica el art. 1.587 del código civil alemán en la forma dicha por el informe acompañado a la contestación a la demanda”.

DERECHO MARÍTIMO

70. LA COMPRAVENTA DE LA MERCANCÍA SE CELEBRÓ MEDIANTE EL INCOTERM C.I.F. Y EL PAGO MEDIANTE CRÉDITO DOCUMENTARIO LO QUE SIGNIFICA QUE NO SOLO SE HABÍA PERFECCIONADO Y CONSUMADO SINO QUE TAMBIÉN LOS RIESGOS SE TRASLADABAN AL COMPRADOR DESDE EL MOMENTO DE LA CARGA EN EL BUQUE (SAP Alicante 8ª 6 octubre 2023)

71. ESTIMACIÓN DE LA DECLINATORIA PUES LA CLÁUSULA CONTROVERTIDA, INSERTA EN UNA “CARTA DE PORTE” OTORGA LA COMPETENCIA A UN ESTADO MIEMBRO (REPÚBLICA FRANCESA) (AAP Valencia 9ª 24 octubre 2023)

Observaciones. 1. En este auto, la Audiencia Provincial de Valencia procede a desestimar una apelación contra un auto de un órgano jurisdiccional español que se declara incompetente por la existencia de una cláusula de jurisdicción válida en favor de los tribunales de un Estado miembro de la UE que se encuentra inserta en un documento de transporte marítimo diferente a un conocimiento de embarque: una carta de porte. El carácter no negociable de este instrumento, que difiere del de un conocimiento de embarque, parece ser el argumento básico de la parte recurrente para negar la oponibilidad de la cláusula frente a ellos, postura que será rechazada por la Audiencia Provincial, tal y como se verá.

2. Antes de proceder a comentar el supuesto, creo de interés señalar que el apartado segundo de la presente resolución puede encontrarse reproducido de forma idéntica en otros autos de la misma sección de la Audiencia Provincial (*v.gr.*, en el AAP Valencia 2762/2020 de 16 de abril de 2020 o el AAP Valencia 151/2024 de 7 de febrero de 2024). Bajo el epígrafe “Marco normativo” se recogen una serie de normas y resoluciones jurisdiccionales aplicables a la cuestión de la validez y eficacia de las cláusulas de jurisdicción en el ámbito del transporte marítimo. En ese conjunto se incluyen referencias a normas españolas, europeas y resoluciones que han aplicado ambas, tanto de tribunales estatales como del TJUE. Se trata de una enumeración genérica, no ajustada a las circunstancias específicas del caso abordado. Buena muestra de ello es la reflexión relativa a la subrogación de una aseguradora en la posición de su asegurado, cuándo en ningún momento hace acto de presencia el asegurador de ninguna de las partes. Se trata de un texto tipo, lo que no solo dificulta extraer conclusión alguna de él, sino que, fruto de ese desajuste con el caso, introduce una importante confusión en la resolución.

3. Dicho eso, procedemos al análisis del supuesto en sí mismo. La parte recurrente se opone a la estimación de la declinatoria de competencia con base en que, puesto que no se considera parte original del acuerdo, este solo le sería oponible si hubiese estado inserto en un título-valor como el conocimiento de embarque que le hubiese sido endosado o transmitido. Indica que el documento adquirido que recoge la cláusula jurisdiccional es un instrumento no negociable y que, por tanto, su tenencia no produce la subrogación en los derechos y obligaciones derivadas de esa relación contractual ni, por ende, en dicha cláusula.

Obvia la parte recurrente, no obstante, que el carácter negociable de los conocimientos de embarque no es un requisito para que se pueda producir una subrogación en la posición del contratante original, sino que, de hecho, es un factor que aleja los supuestos en los que existe ese instrumento de la regla general para la subrogación en derechos y obligaciones ajenos. Ese error de comprensión queda patente en que, como recoge el auto en el inciso final del Hecho tercero, la recurrente aportó documentos en los que reconocía la cesión documental de los derechos y obligaciones del cargador, una vía alternativa válida para que se diese la subrogación en la posición del contratante original. En ese sentido, se pronunciará el tribunal, indicando que eso habría de bastar para considerar al recurrente obligado por la cláusula de jurisdicción, a pesar de que la Audiencia apenas prestará atención a esta cuestión, considerándola algo secundario, si bien, como se verá, es cuestionable que así deba ser.

4. Más atención dedica el tribunal a la otra alegación de la parte recurrente, a pesar de que parece tener una relevancia secundaria para este último: la no consideración de la recurrente como parte original del acuerdo de jurisdicción. De hecho, la Audiencia alcanzará la conclusión contraria, considerando por tanto que queda obligada por dicha cláusula de elección de foro.

Este proceder puede parecer aceptable en principio, pero la concreción y sustento que le da el tribunal a esa conclusión es harto cuestionable, centrándose en la existencia de indicios de la negociación de la cláusula por la parte recurrente. De entre esos indicios, el referido como determinante es el que la factura del transporte fuese cursada a una empresa que la actora ha reconocido que actuó en el negocio como mandataria suya. Creemos que es insuficiente dicho elemento para acreditar que la recurrente formó parte del acuerdo original, pues la factura no es un documento del contrato del transporte, con lo que, posiblemente, no recoja las cláusulas del negocio, sino simplemente datos relevantes a efectos fiscales y económicos. Es cierto que la jurisprudencia ha venido flexibilizando el cumplimiento de los requisitos de forma establecidos en el art. 25 Bruselas I-bis en el ámbito del comercio, hasta tal punto que se ha llegado a considerar la existencia de acuerdo sin necesidad de asentimiento, bastando con la no expresión de disenso, pero siempre suponiendo que se facilite previamente acceso al contenido de las condiciones del negocio y, en concreto, a la cláusula de jurisdicción (véase STJUE 14 de diciembre de 1976 *Segoura*). En este sentido, la Audiencia prescinde de hacer referencia a otros extremos, como el hecho de que la recurrente aporta documentación abundante en la que puede que consten las condiciones de contratación, y que podrían ser elemento suficiente para considerar que existe una aceptación de la cláusula. Difícilmente es esperable que una factura baste en sí misma para considerar cumplido tal extremo, por lo que el sostén que el tribunal aporta a su razonamiento es, cuanto menos, escaso.

5. Además, este cuestionable planteamiento era innecesario, pues la Audiencia Provincial podía haber estimado suficiente el reconocimiento por la recurrente de que se había subrogado en los derechos y obligaciones del cargador respecto de la mercancía. Como se ha comentado anteriormente, así se indica en el auto, y ese extremo podría ser suficiente para considerar oponible la cláusula de jurisdicción. Sin embargo, el hecho de que el documento transmitido no sea el conocimiento de embarque pareció eliminar del razonamiento principal de la Audiencia la cuestión de la subrogación, optando en su lugar por una interpretación más extrema de las presunciones de existencia de acuerdo que la jurisprudencia del TJUE ha creado a la sombra de las exigencias de validez formal. Sin embargo, parece cuestionable que esté justificado en este caso.

José NÚÑEZ CERVIÑO*

* Doctorando de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

72. LA OPOSICIÓN AL EMBARGO, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ART. 2.4 DEL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES DE GINEBRA DE 1999, DEBE SEGUIR EL PROCEDIMIENTO CONFORME A LO DISPUESTO POR LEX FORI (AAP Barcelona 15ª 11 noviembre 2023)

73. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL PORTEADOR MARÍTIMO ES EL ESTABLECIDO POR EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 25 DE AGOSTO DE 1924 (SAP Barcelona 15ª 30 noviembre 2023)

74. VALIDEZ DE UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A LOS TRIBUNALES BRITÁNICOS INSERTA EN UN CONOCIMIENTO DE EMBARQUE (AAP Valencia 9ª 30 enero 2024)

Confirma este Auto la decisión del juez *a quo* que declaró la falta de competencia judicial internacional de dicho juzgado por entender que la competencia para conocer de la demanda planteada corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Londres. Entre otros razonamientos afirma que:

“La parte demandada ha aportado diversos contratos de transporte entre MSC y Litera Meat, como documentos nº 3 a 8, con idénticas condiciones de transporte, además de que el documento que acompaña la actora es, propiamente, un borrador, ya que no consta la fecha de expedición que sí obra en el original, lo que implica un traslado previo de su contenido a la parte contraria. No consta que las condiciones hayan variado, conclusión que se refuerza por el examen de la documental, de modo que podemos concluir que la cláusula controvertida era plenamente conocida por la demandante, dado además que ha suscrito el conocimiento de embarque, donde expresamente se ha plasmado y que en los anteriores contratos también constaba idéntica cláusula.

Tales cláusulas sumisorias, son por otro lado, plenamente aceptables, de modo que no se aprecia errónea valoración de la doctrina de esta Sala, en este supuesto concreto, más allá del evidente error que se observa en el auto (error intrascendente, derivado de la introducción de referencia de otro litigio, posiblemente) al referirse a la localidad de «Nápoles» cuanto la referencia a efectos de sumisión, en la cláusula, es a ‘Londres’. Y aunque es cierto que actualmente la situación examinada ya ha de tomar en consideración que el Reino Unido abandonó la Unión Europea por medio del conocido ‘Brexit’, con efectos desde el 31 de diciembre de 2020, lo que comporta que no sea aplicable el art. 25 del Reglamento 1215/2012, sino el 468 LNM, la cláusula no ha de ser reputada nula, puesto que se remitió borrador previo, las condiciones de los contratos entre ambas están claras no han variado, y, por tanto, la actora ha de ser plenamente conocedora de su introducción, puesto que la naviera es una compañía domiciliada en Suiza, el destinatario una empresa en China y la cargadora una empresa española, directa conocedora del contenido del contrato, de modo que consideramos que la cláusula sumisoria es aceptable y no nula, y que la actora prestó su consentimiento conociendo su contenido concreto, lo que ha de llevar a la confirmación de la resolución recurrida”.

75. CARTA DE PORTE NO NEGOCIABLE (*NON-NEGOTIABLE WAYBILL*) COMO BASE PARA UNA DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL (AAP Valencia 9ª 7 febrero 2024)

Observaciones. 1. Este nuevo auto de la Audiencia Provincial de Valencia vuelve a desestimar la apelación contra un auto estimatorio de la declinatoria. El asunto gira en torno a la existencia de una cláusula de jurisdicción en favor de otro Estado miembro de la UE (regida, en este caso, por el art. 25 Bruselas I-bis) que se halla inserta en un documento de

transporte carente de la condición de instrumento negociable. Como en otros asuntos del mismo corte, la alegación central es la no oponibilidad de esa cláusula al recurrente por no ser el título que la contiene negociable y, por tanto, no producirse la subrogación en las obligaciones derivadas de dicha estipulación, más allá de las partes iniciales. Aun siendo este un supuesto muy habitual, las circunstancias concretas presentan ciertas peculiaridades.

2. Antes de nada, cabe prestar atención al apartado segundo de la resolución, el cual puede encontrarse reproducido de forma idéntica en otros autos de la misma sección de la Audiencia Provincial (*v.gr.*, en el AAP Valencia 2762/2020 de 16 de abril de 2020 o el AAP Valencia 2483/2023 de 24 de octubre de 2023). Como señalo en otro comentario en esta misma crónica (véanse mis observaciones al AAP Valencia 9^a 24 octubre 2023), bajo el epígrafe “Marco normativo” se recogen una serie de normas y resoluciones jurisdiccionales aplicables a la cuestión de la validez y eficacia de las cláusulas de jurisdicción en el ámbito del transporte marítimo. En ese conjunto se incluyen referencias a normas españolas, europeas y resoluciones aplicables, tanto de tribunales estatales como del TJUE. Se trata de una enumeración genérica, no ajustada a las circunstancias específicas de cada caso abordado. Un buen ejemplo es la reflexión en torno a la relación de responsabilidad que se da entre transitario y transportista efectivo, punto no abordado en este asunto. Este texto tipo no solo dificulta extraer conclusión alguna de él, no solo dificulta saber cuál es el criterio decisor del órgano jurisdiccional, sino que, fruto de ese desajuste con el caso, introduce una importante dosis de confusión en la resolución.

3. Obviando ese fragmento de la resolución, cabe analizar con más detalle el resto del auto. Dicho texto recoge las alegaciones de la parte recurrente, afirma que no se encuentra vinculado por el acuerdo de jurisdicción por estar este inserto en una carta de porte puesto que el acuerdo con el transportista incluía la expedición de un conocimiento de embarque y no de una carta de porte, por lo que no le es oponible el pacto de sumisión recogido en dicho documento. Además, más tarde, indica que no aparece nombrada en dicha carta de porte y, por tanto, no es parte original del acuerdo.

Aquí existen ciertos déficits en la argumentación de la parte, pues reconoce que el contrato fue negociado por ella (y aporta documentos que lo prueban) a pesar de lo cual no figura nominativamente en el documento (extremo del cual da fe el auto) para, más tarde, y de forma secundaria, alegar que dicha ausencia es prueba de que no se encuentra afectada por el acuerdo de sumisión. Más acertado podría haber sido negar de forma taxativa la vinculación original por la cláusula por no haberla negociado y que no es oponible por no haberse producido subrogación por la adquisición del título al no ser este negociable. Sin embargo, el recurso se plantea en otros términos y a esos da respuesta el tribunal. Respuesta, no obstante, bastante desafortunada.

En primer lugar, la Audiencia, con aparente buen criterio, desecha el argumento de la no oponibilidad de la cláusula por estar recogida en un documento diferente al acordado (recordemos, se aduce que debería haberse inserto en un “conocimiento de embarque” y no, como así sucedió, en una “carta de porte”). Lo hace indicando que el cumplimiento o no de ese acuerdo es una cuestión de fondo, y que lo que se está dirimiendo en este momento es la existencia o no de competencia, cuestión a todas luces previa. Cabe decir que el criterio judicial es solo óptimo en apariencia, porque lo que hace el tribunal es señalar que la obligación de expedir un documento u otro corresponde a las obligaciones contractuales vigentes entre las partes, lo que implica desechar, con carácter general, la relevancia de esa cuestión a efectos para evaluar la validez y oponibilidad del acuerdo de jurisdicción.

Esto último puede calificarse de error, pues, en caso de no ser la recurrente parte original del acuerdo, el carácter negociable del título que recoge la cláusula de sumisión a un tribunal dado puede ser relevante, dado que puede suponer la diferencia entre la oponibilidad o no del acuerdo de jurisdicción. Así, no es necesariamente una cuestión de fondo a resolver en una

hipotética sentencia, sino que, si el título reviste una naturaleza inesperada para la parte contra la que se opone el acuerdo, y dicha naturaleza implica que efectivamente sea oponible, dicha circunstancia ha de ser valorada y ponderada en relación con otros factores, pues puede suponer una merma en los derechos de dicho sujeto. El problema aquí no se presenta, por cuanto el título emitido tiene una naturaleza “inferior” respecto al esperado (es una carta no negociable, frente al conocimiento de embarque esperado), por lo que no existe perjuicio alguno para la parte recurrente, sino solo su intención de conseguir una posición más favorable y excluir la extensión de un pacto que, de tratarse del título correcto, le sería sin duda oponible. Sin embargo, eso no merma el déficit del razonamiento del tribunal, que debería haber señalado que, en ciertos casos, esa cuestión de fondo puede tener trascendencia respecto de la competencia y, por tanto, el análisis de ese fondo podría tener que realizarse de forma anticipada. Tales consideraciones están ausentes.

4. El auto, como los precedentes antes citados, enfoca la cuestión a la existencia o no de conocimiento por la parte recurrente del acuerdo de jurisdicción, señalando que, en caso de existir conciencia de su contenido, el mismo resultará oponible. Al igual que el referido Auto de 24 de octubre de 2023, se produce una extrema flexibilización de los requisitos de conocimiento de la cláusula jurisdiccional, que el TJUE ha establecido para considerar que la cláusula es formalmente válida y vinculante entre las partes, bastando en este caso con su participación en la negociación y sin exigirse que la cláusula vaya dirigida a la recurrente. Es, cuánto menos, cuestionable, que la participación en la negociación (aun siendo ésta reconocida como preminente por la parte) baste para alcanzar la conclusión de que la cláusula es directamente aplicable; si bien se trata de un indicio más sólido que en el empleado en el auto de 2023, que solo hace referencia a una mera factura. Aquí si es probable que existan comunicaciones relativas a la cláusula en lo aportado.

Sin embargo, y al igual que en el tan referido auto anterior, la cuestión no requería tal planteamiento, pues es la propia recurrente la que hace referencia a una subrogación suya en la posición de uno de los particulares nominativamente referidos en el título (cabe entender que el destinatario), lo que justificaría entender la cláusula como oponible por esta vía. Nuevamente, y al igual que en la otra resolución, se produce una magnificación de la relevancia del conocimiento de embarque respecto de la eficacia de la cláusula, pues este es solo un título que establece una determinada vía de subrogación, pero no la única, pudiendo producirse la extensión de efectos por otra vía. Cabe concluir, por tanto, que el auto responde a un recurso deficientemente planteado, pero que, en las respuestas que da, parece querer complicar más de lo debido el escenario, en lugar de atar a la respuesta sencilla y funcional que la propia recurrente le entrega.

José NÚÑEZ CERVIÑO*

76. ADMISIÓN DE UNA DECLINATORIA INTERNACIONAL PUES LA CLÁUSULA SE INCORPORÓ AL *BOOKING CONFIRMATION*, QUE ES UN DOCUMENTO INDIVIDUAL Y SEPARADO DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE (AAP Valencia 9ª 25 marzo 2024)

* Doctorando de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

77. HUBIERA SIDO NECESARIO APLICAR AL DIVORCIO EL DERECHO DE TÚNEZ PERO A FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO SE RESUELVE SOBRE LA BASE DE LA LEGISLACIÓN LA CATALANA (SAP 1ª 6 julio 2023)

78. DIVORCIO: MEDIDAS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA, VISITAS Y ALIMENTOS RESPECTO DE LOS HIJOS. COMPETENCIA INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES SUIZOS, EXISTIENDO LITISPENDENCIA INTERNACIONAL PARA CONOCER DEL ASUNTO (AAP Ourense 1ª 11 julio 2023)

Observaciones: 1. Nos enfrentamos a una resolución oscura y muy confusa, en la que la Audiencia Provincial de Orense se enfrenta a un típico supuesto de hecho de ruptura familiar transfronteriza que afecta a menores, confluyendo las solicitudes de divorcio, medidas de responsabilidad parental y alimentos para el hijo. El auto carece de una técnica argumentativa correcta, e incluso de un mínimo hilo conductor, lo que dificulta en gran medida la comprensión del caso y su adecuado comentario. La cónyuge demandada y recurrente alega la necesaria prevalencia del interés superior del menor y de la existencia de fraude de ley, incongruencia omisiva por no haberse aplicado el art. 8 Reglamento (UE) 1259/2010 y litispendencia internacional conforme al art. 37 Ley 29/2015. En la presente nota destacaremos cuatro importantes cuestiones a observar.

2. En primer lugar, todo comienza con la presentación de una demanda de divorcio (limitada a la disolución del vínculo matrimonial) ante los tribunales españoles. La demandada sería la cónyuge con residencia habitual en Suiza (donde, más tarde, también se da por residente habitual al hijo común). La Audiencia no se pronuncia específicamente sobre esta cuestión, si bien se puede inferir que parte de la base de que los tribunales españoles sí son competentes, tal cual había estimado el Juzgado. Y esta postura parece correcta, a falta de datos concretos en la resolución que acrediten lo contrario. El Reglamento (CE) 2201/2003 (aplicable al caso por haberse presentado la demanda antes del 1 de agosto de 2022 (art. 100, aps. 1 y 2 del Reglamento (UE) 2019/1111) concedería competencia judicial internacional a los tribunales españoles en virtud del foro de la residencia habitual del demandante de al menos un año en España, inmediatamente antes de la presentación de la demanda o en virtud del foro combinado de seis meses de residencia habitual en España y nacionalidad española del demandante (art. 3.1º.a) del Reglamento (CE) 2201/2003).

3. En segundo lugar, por requerimiento del Juzgado de instancia, la demanda se extiende a la solicitud de medidas de custodia y alimentos respecto del hijo menor de edad. En cuanto a la cuestión de la custodia y derechos de visita, el tribunal acierta con el instrumento aplicable, el Convenio de La Haya de 1996, del que Suiza es Estado parte, si bien no argumenta correctamente la prevalencia en el caso de este instrumento frente al Reglamento (CE) 2201/2003. Se refiere incorrectamente la Audiencia a la necesaria pertenencia de ambos Estados (conectados con la situación privada internacional) a la Unión Europea como criterio determinante para aplicar el Reglamento y no al hecho de que la residencia habitual del menor se encuentre en Suiza, esto es, un Estado que no es Estado miembro y que sí está vinculado por el Convenio (art. 61.2º.a Reglamento (CE) 2201/2003). En definitiva, el tribunal acierta con el instrumento aplicable, pero no con los argumentos. En cuanto a la aplicación de los criterios de competencia judicial internacional del instrumento, no lo dice rotundamente, pero parece concluir que los tribunales españoles no son competentes en la materia, basándose en el criterio general de la residencia habitual del menor (art. 5 del Convenio de La Haya de 1996).

En cuanto a los alimentos, la Audiencia también acierta con el instrumento aplicable, el Convenio de Lugano II (partimos de que el demandante en todos los casos es el cónyuge residente en España), limitándose a señalar genéricamente los foros especiales en materia de

alimentos, sin aplicar al caso uno concreto, ni pronunciarse sobre la efectiva competencia de nuestros órganos jurisdiccionales. Si el domicilio del demandado está en Suiza, no parece que esta existiese, considerando acreedor al hijo. Si el supuesto podría ser dudoso en el contexto de la generalidad del art. 5.2º.b) del Convenio de Lugano I (posible competencia judicial internacional a los tribunales españoles por la vía de la demanda incidental a la acción de estado civil), tal interpretación ya no nos valdría con el actual tenor (arts. 5.2º.b y c) proyectando la interpretación de los preceptos análogos del Reglamento 4/2009, efectuada por el TJ, donde la competencia internacional para conocer del divorcio no arrastraría a la competencia en materia alimenticia, como señaló el Auto TJ de 3 de octubre de 2019, Asunto C-759/18, *OF y PG*.

La ausencia de pronunciamiento sobre la competencia en sí, se sustituye por una también genérica alusión al art. 27 del Convenio de Lugano II para apoyarse en una situación de litispendencia que entiende la Audiencia que concurre, pues “(E)s más que evidente que el Tribunal de Suiza ya se ha declarado competente, por cuanto ya existen resoluciones dictadas que afectan a las medidas que deben regir la relación de los progenitores con el menor, en cuanto ya existe una sentencia que resuelve la crisis matrimonial, acordando la separación entre las partes”. Como señalamos al principio de estas observaciones, la oscuridad y confusión del relato es una tónica del Auto, que tiene especial concreción en la existencia de estas “resoluciones” que ni se citan convenientemente ni se individualizan.

3. En tercer lugar, procede hacer referencia al tratamiento procesal de la falta de competencia judicial internacional. De nuevo, el tribunal hace un planteamiento confuso, en el que, por un lado, se refiere a la falta de interposición en tiempo y forma de declinatoria por parte de la demandada; hace alusión también a la distinta interpretación que, en cuanto al significado de la comparecencia y actuación del demandado, se da en el sistema autónomo y en el sistema de Bruselas. Pero tampoco hace aplicación alguna al caso concreto, ni mucho menos diferencia en virtud del régimen aplicable a cada una de las acciones de la demanda. La Audiencia confunde, además, la comparecencia con la sumisión tácita, la cual sólo tiene cabida en aquellos casos en los que así lo determine el instrumento aplicable. Y, en el supuesto analizado, resulta que la sumisión tácita o no es necesaria o no tiene cabida. Respecto de la demanda de divorcio no es necesaria, porque los tribunales españoles ya son competentes en la hipótesis que baraja el Auto y hemos dado por buena, pero es que tampoco sería relevante porque el Reglamento (CE) 2201/2003 no la permite. Respecto de la responsabilidad parental, la posible interpretación de comparecencia por parte de la demandada no subsana la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles, porque el Convenio de la Haya de 1996 tampoco acoge la sumisión tácita. Y, por último, respecto de la materia de alimentos, si bien sí que podría tener cabida, en aplicación del art. 24 del Convenio de Lugano, la Audiencia no centra su discurso en este instrumento. En cualquier caso, en su razonamiento genérico, el tribunal evita un análisis formal y lo sustituye por uno más finalista. Por ejemplo, centrándonos en el Convenio de Lugano (suponiendo que este fuera el objeto de la elucubración del Auto), por ser el único instrumento que podría dar relevancia a la sumisión tácita, podríamos decir que la Audiencia hace una interpretación conforme su efecto útil, en el sentido de que prioriza la voluntad real de la demandada (estando fuera de toda duda el hecho de que ella no quiere que conozcan los tribunales españoles) y no incide en la ausencia de interposición de la declinatoria en tiempo y forma, obviando que la demandada entra al fondo en la contestación de la demanda.

4. En cuarto lugar y último lugar, nos referiremos a los planteamientos de la resolución en relación con la posible concurrencia de litispendencia o conexidad (al margen de lo expuesto en materia alimenticia), por existir en Suiza una resolución que establece la separación judicial de las partes y otra resolución con medidas respecto del menor. Tampoco realiza aquí la Audiencia un tratamiento singular y diferenciado de las distintas materias planteadas en la demanda, limitándose a remitir toda la cuestión a la Ley 29/2015 y concluyendo que los

tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional para conocer de la demanda de divorcio (nada dice del resto de *petitum*) por corresponder esta a los tribunales suizos al existir litispendencia internacional.

Sobre la solicitud de divorcio, el tribunal no hace alusión concreta alguna, por lo que ni siquiera parece que considere relevante la diferencia entre que la resolución suiza se refiera a una separación de los cónyuges y que en España se esté solicitando ahora el divorcio. Bien es cierto que, por ejemplo, el Reglamento (CE) 2201/2003 no exige identidad de objeto para apreciar litispendencia en litigios de crisis matrimoniales (art. 19.1^º), pero tal particularidad no se prevé en el régimen autónomo, al que se remite y en el que se basa el tribunal. En cuanto a las medidas sobre el hijo menor de edad, el Convenio de La Haya de 1996 no prevé una regla de litispendencia al uso y la abstención que de oficio prevé el art. 13 para el caso de que ya se hubieran solicitado medidas respecto del menor a las autoridades de otro Estado contratante no sería aplicable en este caso, al carecer el tribunal español de competencia judicial internacional en esta materia. En cuanto a la aplicación de esta la Ley 29/2015, el tribunal no diferencia entre litispendencia o conexidad, ni hace un análisis concreto de los elementos que deben concurrir para apreciar una u otra.

Centrándonos en el posible reconocimiento en España de las resoluciones dictadas en Suiza, como presupuesto de la litispendencia contemplada por la Ley 29/2015 (art. 39.1^º.b), que la Audiencia da por sentado, debemos destacar que las medidas en relación con los alimentos del hijo tendrían que reconocerse por el Convenio de Lugano (si partiésemos de que las resoluciones suizas aún no fueran firmes, no cabría su reconocimiento por el Convenio de La Haya de 1973, que nos permitiría acudir al Convenio de Lugano a través de la cláusula del *favor recognitionis* del art. 23). Las medidas en relación con la custodia y el derecho de visitas tendrían que reconocerse a través del Convenio de La Haya de 1996. Por último, la sentencia de separación podría reconocerse por el viejo Convenio bilateral firmado entre España y Suiza de 1896.

Lo cierto es que, pese a las importantes carencias de la argumentación del tribunal, o quizá por ellas, el auto sirve como ejemplo paradigmático de la complejidad que la diversidad normativa del Derecho internacional privado plantea en litigios de crisis matrimonial con hijos menores, en los que conviven distintos regímenes institucionales y convencionales con el propio de la ley interna.

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ*

79. SE DESESTIMA LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA INTERNACIONAL DERIVADA DE LA EXISTENCIA DE OTRO PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN MARRUECOS (SAP Valencia 10^a 18 octubre 2023)

80. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE AL DIVORCIO DE DOS NACIONALES CHINOS QUE SE CASARON EN EL CONSULADO DE CHINA EN BARCELONA (AAP Barcelona 18^a 16 noviembre 2023)

Estima este Auto el recurso de apelación interpuesto contra otro Auto del juez *a quo*, debiendo el Juzgado admitir a trámite la demanda de divorcio y tras el procedimiento procedente, dictar la sentencia que corresponda en derecho. De acuerdo con este fallo:

* Profesora ayudante doctora de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo. El presente comentario se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, en los términos del art. 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE, 2.6.2011).

“En la demanda se solicita como único pronunciamiento la disolución del matrimonio por divorcio. La competencia de los tribunales españoles la determina en materia de divorcio y responsabilidad parental, por razones de vigencia temporal (demanda planteada después del 1 de agosto de 2022), el Reglamento 2019/1111 (Bruselas bis II ter) del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, que ha sustituido al Reglamento anterior 2201/2003 (Bruselas II bis), citado en el recurso.

Establece dicho Reglamento en cuanto al ámbito de aplicación, art 1 a) que se aplicará al divorcio y el art. 3 en cuanto a la competencia de los tribunales, fija que serán competentes los de residencia habitual de los cónyuges, o, el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, entre otros foros.

En el presente caso, la demandante refiere que ambas partes, de nacionalidad china, se casaron en el consulado de China en Barcelona, y tienen residencia habitual en España, siendo su último domicilio en El último domicilio habitual de los cónyuges determina la competencia internacional y una vez determinada esta, son competentes territorialmente los Juzgados de Manresa conforme a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La ley aplicable al divorcio la determina el Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (arts. 5 a 8), a saber, la ley española (art. 8) si no hay elección de ley aplicable conforme a los artículos anteriores. No se solicitan medidas de responsabilidad parental sobre el hijo menor de edad que vive en China con los abuelos, por lo que no cabe examinar la competencia de los tribunales españoles para conocer de dichas medidas (art. 7 y 10 del Reglamento Bruselas II ter) ni en consecuencia la ley aplicable. No hay razón alguna de inadmisión de la petición de divorcio por razón de competencia conforme al Reglamento. Debe por tanto, estimarse el recurso, revocarse el Auto que inadmite la demanda de divorcio, debiendo el Juzgado de primera instancia admitir la demanda y tras el procedimiento procedente, dictar la sentencia que corresponda en Derecho”.

81. SE APORTÓ EL ACTA EXTENSA DEL DIVORCIO, CONFIRMADA EN LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL POR LO QUE QUEDA SOLVENTADA LA DUDA QUE PUDIERA EXISTIR SOBRE LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA DOMINICANA: RECONOCIMIENTO (AAP Barcelona 18ª 18 enero 2024)

82. FALTA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LA JURISDICCIÓN PARA LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO EN ESPAÑA LA APROBACIÓN DEL CONVENIO REGULADOR ANTE EL CONSULADO DE ESPAÑA EN NUEVA YORK, CIUDAD EN LA QUE RESIDEN (AAP Valencia 10ª 24 enero 2024)

Confirma este Auto la decisión de instancia que declaró la falta de competencia judicial internacional de la jurisdicción española teniendo en cuenta que los apelantes interesaron en su demanda la declaración de disolución del matrimonio contraído en Moncada (Valencia), el día 20 de noviembre de 1969, y la aprobación del convenio regulador que se adjunta junto con el poder a la procuradora otorgado ante el Consulado de España en Nueva York, ciudad en la que residen en la fecha de la demanda. Entre otras cosas este Auto considera que:

“(…) Para resolver el recurso de apelación, se tiene en cuenta que los apelantes interesaron en su demanda la declaración de disolución del matrimonio contraído en Moncada (Valencia), el día 20 de noviembre de 1969, y la aprobación del convenio regulador que se adjunta junto con el poder a la procuradora otorgado ante el Consulado de España en Nueva York, ciudad en la que residen en la fecha de la demanda (folio 3). El actor ostenta la nacionalidad española, y la actora la estadounidense. De acuerdo con el art. 3 del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, ningún órgano judicial de un Estado miembro es competente para conocer de la

demanda, lo que implica, de acuerdo con el art. 6-1 del Reglamento citado, la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto del art. 22 quáter c). Ninguno de los requisitos de este precepto concurre en el presente supuesto, pues, tratándose de una demanda de divorcio de mutuo acuerdo, ninguno de los cónyuges reside en España, y la esposa no es española. La referencia de los recurrentes a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de noviembre de 2.008 carece de trascendencia, toda vez que esa sentencia se dictó bajo la vigencia del art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción anterior a la actual, dada por la ley orgánica 7/15 de 21 de julio.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación, y la confirmación del auto recurrido”.

83. CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL. NO CONCORRE EN ESTE CASO NINGUNO DE LOS FOROS PARA ATRIBUIR LA COMPETENCIA REGLAMENTO DE BRUSELAS II TER PARA EL CONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO (AAP Málaga 6ª 27 febrero 2024)

Observaciones: 1. En el presente supuesto se analiza la competencia judicial internacional de España en un procedimiento de divorcio internacional. Inicialmente, el Tribunal de Instancia aplica únicamente el art. 22 quáter de la LOPJ y la Audiencia Provincial únicamente el Reglamento Bruselas II ter. Lo cierto es que el régimen aplicable es, en un primer momento, el Reglamento Bruselas II ter, por lo prescrito en su art. 1, que fija su ámbito de aplicación al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial sin condicionante alguno respecto a la residencia o nacionalidad de las partes. Y si no se cumple ninguno de los foros de su art. 3 y por él no es competente el Estado Miembro, se deben analizar las normas internas por prescripción del art. 6.1º del Reglamento; “Con sujeción al ap. 2, si de los arts. 3, 4 o 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado”. Por lo tanto, ambos regímenes deben ser analizados. Inicialmente el europeo, subsidiariamente el interno. Ninguno de los cónyuges es nacional español, el demandante es británico y la demandada canadiense, si bien son propietarios de una vivienda en España, en Estepona. Alegando el demandante que esa es su residencia habitual para solicitar iniciar el procedimiento en España, el núcleo del procedimiento es conocer si la residencia habitual de los cónyuges, o al menos de alguno de ellos, es España. Los foros de ambas normas aplicables son similares, sin que haya una especialidad concreta en la norma española aplicable al supuesto.

La Audiencia aplica muy acertadamente la doctrina de la única sentencia en la que el TJUE ha estudiado con detenimiento la competencia judicial internacional en caso de divorcio, y en concreto el concepto de residencia habitual, como base de su decisión, la Sentencia de 25 de noviembre de 2021, Caso *IB-FA*, Asunto C 289-20, ECLI:UE:C:2021:955. El procedimiento resuelve un divorcio entre una persona de nacionalidad francesa y otra de nacionalidad irlandesa. La doctrina esencial de esta Sentencia sobre la residencia habitual en supuestos de divorcio establece que, aunque comparta su vida entre dos Estados miembros, un cónyuge solo puede tener una residencia habitual en el sentido del art. 3, ap. 1, letra a), del Reglamento Bruselas II bis. Todo lo referido por la Sentencia sobre Bruselas II bis es aplicable a Bruselas II ter, ya que los foros no han cambiado, ni este ha aportado una definición de la residencia habitual.

A falta de una definición del concepto de residencia habitual en el Reglamento Bruselas II bis o de una remisión expresa al ordenamiento jurídico de los Estados miembros a este respecto, el Tribunal de Justicia señala que este concepto debe interpretarse de manera autónoma y uniforme. Señala, en particular, que ni el art. 3, ap. 1, letra a), del Reglamento Bruselas II bis ni otras disposiciones de este prevén que una persona pueda tener simultáneamente varias residencias habituales o una residencia habitual en una pluralidad de

lugares. Tal pluralidad menoscabaría, en particular, la seguridad jurídica, al dificultar la determinación de antemano de los tribunales que pueden pronunciarse sobre el divorcio y la verificación, por parte del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, de su propia competencia.

A continuación, apoyándose en su jurisprudencia relativa a la residencia habitual de los menores, el Tribunal de Justicia considera que el concepto de residencia habitual, a efectos de la determinación de la competencia en materia de disolución del matrimonio, se caracteriza, en principio, por dos elementos, a saber, por una parte, la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y, por otra parte, una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate. Así pues, un cónyuge que invoca, como demandante, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su residencia habitual, en virtud del art. 3.1º.a) RB II bis, debe haber trasladado necesariamente su residencia habitual al territorio de un Estado miembro distinto del de la anterior residencia conyugal. Por lo tanto, debe haber manifestado la voluntad de establecer el centro habitual de sus intereses en ese otro Estado miembro y haber demostrado que su presencia en ese Estado miembro acredita un grado suficiente de estabilidad. En este contexto, el Tribunal de Justicia subraya las circunstancias particulares que rodean la determinación de la residencia habitual de un cónyuge. Así, cuando un cónyuge decide instalarse en otro Estado miembro debido a la crisis conyugal, sigue siendo libre de conservar vínculos sociales y familiares en el Estado miembro de la antigua residencia conyugal. Además, el entorno de un adulto es más variado que el de un niño y está compuesto de un espectro de actividades más amplio y de intereses diversificados, y no puede exigirse que estos se concentren en el territorio de un solo Estado miembro.

Por lo tanto, cuando un cónyuge comparte su vida entre dos Estados miembros, únicamente los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúa esa residencia habitual son competentes para pronunciarse sobre la demanda de disolución del matrimonio. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, sobre la base del conjunto de circunstancias de hecho propias del caso de autos, si el territorio del Estado miembro al que pertenece corresponde al lugar al que (...) ha trasladado su residencia habitual, en el sentido del art. 3.1º.a) RB II bis.

Y centrándonos en el caso de la Audiencia Provincial de Málaga, como señalamos anteriormente, el esposo demandante es británico y la esposa demandada es canadiense. La casa de Estepona es una vivienda de vacaciones, y ninguno de los cónyuges ha vivido de forma estable en la misma. La demandada ni tiene tarjeta residencia ni paga impuestos en España. Tampoco ha pasado más de 180 días en España. Los poderes generales para pleitos otorgados tanto por el demandante como por la demandada reflejan que la residencia habitual de cada uno de ellos está en la Islas Caimán. Consta en autos la Carta remitida al demandante por el servicio de Inmigración otorgándole tanto al demandante como a la demandada, por su condición de esposa de éste, el certificado de residencia Islas Caimán hasta el año 2044. Asimismo, la falta de voluntad de constituir en este domicilio en su residencia habitual, se deduce sin lugar a dudas del correo electrónico que consta en las actuaciones remitido por el demandante a la demandada en fecha de 20 abril de 2021, en el que el mismo demandante afirma que la citada casa nunca ha sido su hogar matrimonial, y que tampoco han residido en ella de forma estable, salvo en el momento puntual de restricciones por Covid, que nunca quisieron quedarse en España ni constituir aquí su domicilio de permanencia. Desde luego al contenido de esta carta le es aplicable la teoría de los propios actos. A todo ello se une el propio procedimiento instado ante los Tribunales de Inglaterra y desestimado por falta de competencia de los mismos, se afirma que, a fecha de la sentencia de 1 de febrero de 2023, la esposa residía en Canadá.

Desde luego se acredita que nunca fue voluntad de las partes, ni de la esposa, fijar el centro habitual de sus intereses en España, sin que de modo alguno la Sentencia del tribunal británico

declarándose no competente en modo alguno implique que los Tribunales Españoles sean los competentes para conocer el asunto.

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

84. NO CONCURREN LAS CAUSAS DE DENEGACIÓN DEL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO MARROQUÍ, PUES NO ES REQUISITO PARA OTORGAR EL EXECUÁTUR QUE PREVIAMENTE SE HAYA INSCRITO EN EL REGISTRO CIVIL (AAP Barcelona 12ª 11 marzo 2024)

Observaciones. 1. El objeto de este Auto es el reconocimiento y ejecución de una sentencia de divorcio del Tribunal de Primera Instancia de Tánger de 3 de octubre de 2012. El Juzgado de Primera Instancia de Granollers en el procedimiento de execuátur nº 110/2023 sec. EA, promovido por la excónyuge Doña Rosa, inadmite la demanda sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras (familia) y dispone el archivo de las actuaciones. Contra dicho Auto de 21 de marzo de 2023 interpone recurso de apelación la parte que inició el execuátur, y se dio traslado al Ministerio Fiscal que presentó escrito de oposición a la apelación.

2. El Auto del Juzgado de Primera Instancia recurrido deniega el reconocimiento y la ejecución de la sentencia de divorcio por considerar que no estaba inscrita en el Registro Civil español y porque no se aportaba la sentencia de divorcio debidamente apostillada.

3. La decisión del Tribunal de Apelación, la sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona, es estimar el recurso de la excónyuge Doña Rosa y revocar el Auto del Juzgado de Primera Instancia en su integridad y acordar que se proceda a la admisión de la demanda de reconocimiento y ejecución (aunque en una sentencia de divorcio nada hay que ejecutar) de la demanda. La legislación que aplica para el reconocimiento de sentencias extranjeras es la Ley 29/2015 de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional y, en concreto, el art. 50 que establece que, “1. Las resoluciones judiciales extranjeras que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen serán ejecutables en España una vez se haya obtenido el execuátur de acuerdo con lo previsto en este título”. El razonamiento jurídico que aporta es doble. En primer lugar, estima que no concurren las causas de denegación del execuátur a las que se refiere la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, “pues no es requisito para otorgar el execuátur que previamente se haya inscrito en el Registro Civil, sino que el execuátur, en todo caso, como reconocimiento de la legalidad de la resolución extranjera, sería previo a la inscripción, sin perjuicio de que sí que consta inscrito el divorcio en Marruecos, el país de origen”. El segundo argumento jurídico de la Audiencia Provincial de Barcelona, para estimar el recurso, se refiere a la falta de apostilla, y sostiene que en el Auto apelado se ha producido un error en la valoración de la prueba, pues la sentencia de divorcio del Tribunal de Primera Instancia de Tánger, como consta documentalmente, se presentó debidamente traducida y apostillada conforme al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961.

4. Valoración de la decisión del Tribunal de Apelación: la Audiencia de Barcelona estima el recurso y admite el reconocimiento de la sentencia de divorcio extranjera, pero su decisión la toma con un razonamiento erróneo en cuanto a la necesidad o no del reconocimiento y en relación con la legislación aplicable. Lo único acertado es que la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Tánger debía estar apostillada conforme al Convenio de La Haya de 1961 y traducida.

5. En relación con el fundamento que la sentencia de divorcio extranjera debía ser reconocida conforme al art. 50 Ley 29/2015, si bien, en todo caso, debería remitirse al art. 96. 2, 1º LRC al tratarse de la inscripción de una resolución extranjera, la Audiencia Provincial

* Profesor contratado doctor. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

parece no distinguir, en cuanto a los efectos de las decisiones extranjeras en España, que hay casos que no es necesario ni el mecanismo del reconocimiento ni del *execuátur*: cuando la resolución extranjera se aporta a efecto de determinar la capacidad para determinados actos inscribibles en el Registro español, de tal forma que la sentencia extranjera pueda servir de prueba para un acto que deba inscribirse. Así lo dispone el art. 84. 1º RRC. En el Auto que comentamos, sería el supuesto: Doña Rosa quería contraer matrimonio en España y para ello tenía que demostrar el divorcio de su anterior matrimonio, no siendo necesario el reconocimiento (ni el *execuátur*), porque el matrimonio no estaba inscrito en el Registro Civil español. Le era suficiente aportar la sentencia de divorcio extranjera, como documento público. Consideramos que hubiera sido prescindible el argumento que “no concurren las causas de denegación del *execuátur* a las que se refiere la sentencia (del Juzgado de Primera Instancia), pues no es requisito para otorgar el *execuátur* que previamente se haya inscrito en el Registro Civil...” , porque tampoco era imprescindible el *execuátur*.

6. Si es acertado lo que sostiene el Tribunal de Apelación en su decisión en referencia al “reconocimiento (control) de la legalidad”, pues, aportada la sentencia de divorcio del Tribunal de Tánger, a efectos de prueba, como documento público extranjero, debe cumplir las condiciones de los arts. 323 y 144 LEC, porque conociendo un juez español se aplica la *lex fori*. Entre los requisitos de control del art. 323 se encuentra la necesidad de la apostilla, y no de la legalización, conforme al Convenio de La Haya de 1961 del que forman parte tanto España como Marruecos.

Si atiende, también, la Audiencia a que, como regula el art. 144, era necesaria la traducción de la sentencia de divorcio extranjera: “todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo” (al igual que exige el art. 95.1º LRC).

7. En conclusión, la Audiencia Provincial de Barcelona admite la demanda de reconocimiento y *execuátur* de una sentencia de divorcio marroquí, cuando nada hay que reconocer, ni ejecutar, sino que hubiera sido suficiente un control de requisitos formales para la inscripción de la sentencia de divorcio, conforme a la *lex fori*, que, al conocer los tribunales españoles, se regulan en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si el matrimonio hubiese estado inscrito en España, para la inscripción de la sentencia de divorcio extranjera si hubiera sido necesario el previo mecanismo de reconocimiento, pero, teniendo en cuenta la primacía de los instrumentos supraestatales vigentes en España (art. 94 de la Ley del Registro Civil), de acuerdo con el Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997, que no excluye de su ámbito de aplicación la disolución del vínculo matrimonial (art. 22).

Ana MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA*

85. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE PARA CONOCER DEL DIVORCIO Y DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. CONFORME A LAS NORMAS DEL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007, LA LEY QUE DEBE APLICARSE A LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR DIVORCIO ES LA LEY COLOMBIANA (SAP Barcelona 18ª 4 abril 2024)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Sevilla

DOCUMENTO EXTRANJERO

86. SE ESTIMA LA APELACIÓN PUES EL AUTO RECURRIDO NO CITA CON FUNDAMENTO QUÉ OTRA NORMA EXIGE A LA DEMANDANTE “CERTIFICADO LITERAL DE MATRIMONIO LEGALIZADO, APOSTILLADO” EN MARRUECOS (AAP Vitoria–Gasteiz 1ª 3 julio 2023)

87. LEGALIZACIÓN DE UNA SENTENCIA CUBANA DE DIVORCIO (STSJ Madrid Soc 30 noviembre 2023)

El TSJ de Madrid estima de oficio la insuficiencia formal de la una Sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Madrid declarando su nulidad de la sentencia y acordando la devolución del procedimiento al Juzgado de origen para que la Magistrada, con libertad de criterio y subsanando los vicios expresados en que ha incurrido aquella. Dicha decisión contiene una serie de consideraciones en torno a los efectos legalización de una sentencia cubana de divorcio:

“(…) En el hecho probado tercero se refleja que la demandante fue requerida dos veces por la Entidad Gestora para acreditar y aportar la sentencia de divorcio, la primera el 30 de mayo de 2022 a la que contestó el día siguiente presentando el certificado de divorcio; la segunda el 28 de junio, presentando de nuevo la certificación con la apostilla tanto del consulado cubano, como del Ministerio de asuntos exteriores. La sentencia no expresa cuál o cuáles son los documentos en los que sostiene este hecho probado, solamente hace una referencia general en su fundamento primero a ‘los documentos obrantes en autos y del expediente administrativo’ que no aporta nada en esta dirección. Ello hace que nos situemos en la documentación en la que la parte recurrente sustenta su petición de revisión y que son el del folio 19 y el del folio 62 (…), que forman parte del expediente administrativo y por tanto se identifican con aquellos que presentó tras el requerimiento. De la respuesta al primer requerimiento, los del documento del folio 62, lo que se certifica no es el certificado de divorcio sino el documento en el que se dice certificado éste, certificación que dice que ‘al parecer la firma que antecede del funcionario autorizante del documento (se refiere al certificado de divorcio) es auténtica por la semejanza que guarda con la que obra en el registro y con la que él acostumbra a usar en sus actos oficiales. En fe de lo cual autorizo la presente con mi firma y el sello de este Ministerio. Funcionario autorizado para certificar autenticaciones de firmas de documentos para surtir efectos legales en el exterior’; y está emitido el 28 de febrero de 2013. El documento 19 es una certificación del 5 de julio de 2022, del Cónsul de Cuba en Madrid, Departamento de Legalizaciones, de que ‘Raquel ejercía en la fecha indicada en el documento de referencia, legalización de sentencia de divorcio, el cargo de Funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores de Cuba, que le faculta para autorizar o expedir dicho documento y que la firma expresa de Raquel es al parecer auténtica, por la semejanza que guarda con la que acostumbra a usar en todos sus actos’. Este certificado tiene dos sellos de Legalización del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, con fecha solamente el segundo que es de 5 de julio de 2022, en uno se incluye que ‘por falta de legalización del Consulado de España esta legalización solo es válida para trámites de Registro Civil’, y en el otro, el que tiene fecha, ‘Visto bueno para legalizarla firma que antecede por ser, al parecer, auténtica, sin prejuzgarla veracidad del contenido del documento ni ulterior destino que pueda dársele’.

El reproche que se hace al hecho probado es porque la sentencia dice que ‘la actora presentó certificado de divorcio con la apostilla tanto del consulado cubano, como del Ministerio de asuntos exteriores’, lo que ‘no puede sino ser un error ya que la apostilla es un mecanismo de legalización simplificada por la que se legaliza un documento extranjero’ y no figura en ninguno de los documentos. En definitiva, concluye que el ‘documento no está

legalizado en España siendo así que es precisa dicha legalización para que el mismo tenga validez en nuestro país’.

Para resolver la propuesta debemos advertir que estando en fase de identificación de hechos probados es necesario que la alternativa de redacción sea respetuosa con las exigencias establecidas legal y jurisprudencialmente y si vamos a la que propone el recurrente se comprueba que su texto no es enteramente coherente con los documentos porque en ellos existe una legalización común del Ministerio de Asuntos Exteriores de España con sellos de autenticación. De lo que se discrepa es de la eficacia de esos documentos, pero tal condición no tiene sede en la identificación del documento sino en su valoración como prueba de alguno de los requisitos que la norma exija para reconocer el derecho que se reclama. Que el documento tenga la apostilla en el sentido técnico de los instrumentos internacionales o no, resulta indiferente porque como hecho no se ha declarado que se haya aportado la sentencia de divorcio sino la existencia del mismo, y esa evidencia la ha obtenido el Juzgado valorando la prueba documental para lo que es soberano salvo error evidente y flagrante que no concurre, como acabamos de exponer (...).’.

88. EL PODER IRLANDÉS SE RIGE POR LA LEY ELEGIDA POR EL PODERDANTE Y COMO LA LEY IRLANDESA NO EXIGE UNA FORMA SOLEMNE PARA LA VALIDEZ DE LOS PODERES EL PODER ES VÁLIDO EN ESPAÑA (AAP Madrid 10ª 24 enero 2024)

89. LOS FINES DEL PODER ESTÁN DENTRO DE LOS LÍMITES DEL OBJETO SOCIAL, HABIÉNDOSE OBSERVADO EN EL EXPRESADO PODER LAS FORMAS Y SOLEMNIDADES ESTABLECIDAS EN LAS LEYES VIGENTES EN INGLATERRA Y GALES (SAP Madrid 19ª 30 enero 2024)

EXTRANJERÍA

90. LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN SIN LA CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN INFRINGE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGALIDAD SANCIONADORA (STC 47/2023, de 10 de mayo)

91. LA DEVOLUCIÓN DE MENORES DESDE CEUTA A MARRUECOS EN AGOSTO DE 2021 FUE ILEGAL AL NO SEGUIR EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA LEY DE EXTRANJERÍA (STS CA 4ª 22 enero 2024)

Observaciones: 1. En el presente supuesto el Tribunal Supremo estudia la impugnación de la devolución de menores de Ceuta a Marruecos de 13 a 15 de agosto de 2021. La Delegación del Gobierno en Ceuta y la Ciudad Autónoma de Ceuta recurrieron ante el Supremo la sentencia de 23 de junio de 2022 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede Sevilla), dictada en el recurso de apelación nº 555/2022, que desestimó el recurso presentado ante la resolución de primera instancia. Esta resolución fue la sentencia de 14 de febrero de 2022 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ceuta recaída en el Procedimiento para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona nº 139/2021 que determinó la ilegalidad de la devolución de los menores. Iniciaron dicho proceso en la primera instancia y son partes recurridas en la Casación la Asociación Coordinadora de Barrios para el seguimiento de menores y jóvenes y ciertos menores a los que esta representa.

2. Los hechos se remontan a la muy debatida social y mediáticamente devolución conjunta de un grupo de menores de Ceuta a Marruecos ocurrida del 13 al 15 de agosto de 2021. Estos menores se encontraban en Ceuta desde el 17 o 18 de mayo, fecha en la que, durante una crisis diplomática con Marruecos, se produjo una entrada masiva e ilegal de unas doce mil personas en la ciudad de Ceuta. De ellas alrededor de mil quinientas eran menores de edad. Esta situación se prolongó durante tres meses, en los que no consta que las autoridades españolas, estatales o autonómicas, incoaran expedientes individualizados tendentes a determinar las circunstancias y necesidades de cada uno de los menores. La devolución se realizó alegando la aplicación del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su vuelta concertada, de 6 de marzo de 2007, publicado en el BOE 22.3.2013. El único trámite que se realizó para ello fue tomar nota de los nombres de los menores retornados. La devolución no fue impugnada ni denunciada por ninguna familia de los menores marroquíes.

3. La sentencia recuerda que para la ejecución de esta devolución existe un procedimiento legalmente tasado. Los principios generales los recoge el art. 35 LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y son desarrollados por los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011, el Reglamento de Extranjería. La referida normativa establece, en primer lugar, en el ap. 7 del art. 35, la regularidad, a todos los efectos, de la residencia de los menores extranjeros no acompañados que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. Y para su devolución, concreta, con meridiana claridad, que el retorno de menores no acompañados que se encuentren en España habrá de acordarse en procedimiento administrativo individualizado, recabando información sobre la situación del afectado, oyéndolo si tiene madurez para ello y con intervención del Ministerio Fiscal.

4. A pesar de que los recurrentes en la Casación afirman que la aplicación del Acuerdo de 6 de marzo de 2007 ya excluye que debieran ser aplicables la Ley Orgánica de Extranjería y su Reglamento, lo cierto es que el propio Acuerdo establece en su art. 5 apartado primero que las autoridades competentes españolas, de oficio o a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela sobre el menor, resolverán acerca del retorno a su país de origen, con observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del derecho internacional y de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. Los recurrentes alegaron que el hecho de que el Acuerdo no tenga procedimiento previsto supone que no se deba aplicar el de la normativa de extranjería, aprobada con posterioridad a la firma del Acuerdo. El Tribunal Supremo concluye lo contrario. Al referir el acuerdo que se debe seguir la legislación española, y en un asunto que afecta al Derecho Fundamental de los menores a la integridad física y moral, al no haber procedimiento previsto por el Acuerdo, se debía seguir de forma imperativa el legalmente establecido para la devolución, independientemente de cuándo fuese aprobado, por prescripción del art. 105 de la Constitución. Por ello, la devolución sin seguir este procedimiento incumple también el art. 15 de la Carta Magna.

5. Por todo ello, concluye que la decisión acordando el retorno de un número elevado de menores no acompañados sin haber seguido ningún procedimiento constituye una vía de hecho ilegal en según el ordenamiento jurídico interno español y además supone una expulsión colectiva de extranjeros que también incumple la legalidad internacional, en concreto el art. 4 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

* Profesor contratado doctor. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

92. EL TSJ DE CANARIAS CONFIRMA LA SUSPENSIÓN DE LA ORDEN DEL GOBIERNO CANARIO DE NO RECIBIR NUEVOS MENORES MIGRANTES (ATSJ Canarias CA 2ª 7 octubre 2024)

*Observaciones:*1. La resolución estudiada analiza la impugnación realizada por la Red Española de Inmigración y Ayuda al Refugiado contra el Acuerdo de la Presidencia del Gobierno de 2 de septiembre de 2024 que dispone: “Comunicar a las entidades colaboradoras que no reciban nuevos migrantes con cargo a esta Comunidad Autónoma, salvo la previa comunicación de conformidad o la autorización expresa de las autoridades autonómicas competentes, en orden a proteger el interés de los menores no acompañados que ya están atendiendo”.

La resolución es la definitiva respecto a las medidas cautelares de suspensión del Acuerdo solicitado en el procedimiento principal, que sigue su curso. En el marco del recurso principal se solicitó la suspensión cautelar de la aplicación del Acuerdo. El Auto de fecha 25 de septiembre de 2024 de la misma Sala accedió a la medida cautelar. El auto de 7 de octubre que analizamos confirma dicha suspensión cautelar. La sala comienza su exposición resumiendo los requisitos para admitir la medida cautelar. Básicamente la prueba de los daños y perjuicios de reparación imposible por el *periculum in mora*, y la apariencia de buen derecho para poder ponderar los intereses concurrentes en la resolución.

En cuanto al fondo, el auto establece que se puede afirmar que el interés superior del menor exige mantener la suspensión cautelar. La regulación canaria establece, que el art. 53 de la Ley Canaria 1/1997, de Atención Integral de los Menores, que la Administración pública canaria acogerá de urgencia a menores de edad extranjeros no acompañados o indocumentados puestos a disposición por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad y se halle pendiente de determinación. Y toda vez que el Acuerdo establece que antes de acoger a los menores las entidades colaboradoras en la citada atención deben comunicar la puesta a disposición de los mismos por la Autoridad estatal y requerir previa autorización de las autonómicas, los menores pueden quedar en una inseguridad jurídica, social y de atención palmarias, que vulnerarían su interés superior. Si esta resolución se llevase a término, y los menores debiesen permanecer bajo la guarda y custodia de las autoridades estatales encargadas de su recogida en el mar y posterior identificación hasta que las autoridades canarias decidiesen su acogida, se producirían retrasos en el proceso de asistencia de los menores inmigrantes, al verse demorado su ingreso en los centros de acogida, con los consiguientes perjuicios que ello puede causar a un colectivo que, por sus circunstancias, resulta especialmente vulnerable, al ser los centros de acogida los dispositivos a través de los que se vehiculiza y gestiona toda la ayuda que precisan estos menores para atender a sus necesidades básicas.

La Sala manifiesta no ser ajena a la grave crisis migratoria que está sufriendo las Islas Canarias, y afirma comprender el interés de la administración autonómica en intentar ordenar la recepción de nuevos menores de cara a una mejor gestión de los ya desbordados recursos de los que dispone. Sin embargo, en el incidente de suspensión cautelar debe valorar que, si no se acordase la medida de suspensión, los menores quedarían en indefensión en tanto en cuanto se resuelve el procedimiento principal, en este haciendo perder el legítimo propósito de la impugnación principal del procedimiento.

Por otro lado, la Sala afirma que la adopción de la medida cautelar no comporta una perturbación grave de los intereses generales, pues supone mantener el *status quo* existente, además de que tiene como principal interés preservar el interés superior del menor, siempre digno de protección, pero, en este caso, con mayor intensidad, al tratarse de menores migrantes no acompañados y, por tanto, especialmente vulnerables.

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

* Profesor contratado doctor. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

FILIACIÓN

93. RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN CONTRA LOS HEREDEROS DEL PRESUNTO PROGENITOR: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE (SAP Valencia 10ª 26 junio 2024)

La Audiencia valenciana confirma la decisión del Juzgado de Picassent que desestimó una demanda de reconocimiento y reclamación de filiación extramatrimonial contra los herederos de don Gadiel, solicitando que se dictara sentencia por la que se declarara que don Gadiel es el padre biológico de la demandante, y que se procediera a la inscripción en el Registro Civil con los apellidos Federico. De conformidad con este fallo:

“Infracción de los arts. 9 y 12 Cc. Derecho aplicable. (...). De estos preceptos se deduce que la acción de reclamación de la filiación deducida en la demanda debe resolverse con arreglo a la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación (momento que hay que entender referido al de la interposición de la demanda), lo que conduce a la ley francesa al tener la actora su residencia habitual en ese país, como consta acreditado y no ha sido discutido. Esa es la ley aplicada en la sentencia recurrida, que ha estimado la caducidad de la acción de establecimiento de la filiación prevista en el art. 329 *Code Civil Français*, de 10 años desde la mayoría de edad del hijo (la actora nació el ... -1959, alcanzando la mayoría de edad el ... 1977, y habiendo caducado la acción el 20 octubre 1987, mucho antes de la interposición de la demanda el 30 diciembre 2020). La cuestión planteada en el recurso es la de si no debe aplicarse el primer criterio de determinación de la norma aplicable (la de la residencia habitual del hijo), sino el segundo (la de la ley nacional del hijo), que permitiría acudir a la legislación española, en concreto, al art. 133.1º Cc (‘La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida’), que configura la imprescriptibilidad de la acción ejercitada. Sostiene la parte apelante la aplicación de este segundo criterio sobre derecho aplicable, el de su nacionalidad española, porque la legislación francesa (la de su residencia habitual) no permite el establecimiento de la filiación, al haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción. Este motivo no puede prosperar pues, como bien se dice en la sentencia apelada, la prescripción del plazo para ejercitar la acción de reclamación de filiación no puede equipararse a que la ley del lugar de residencia no permita el establecimiento de la filiación. El Derecho francés regula las acciones de filiación, incluyendo la de reclamación de filiación extramatrimonial como la que se ha ejercitado en la presente litis, pero con unas condiciones y requisitos que deben ser respetados, y el hecho de que en el presente caso la acción no pueda prosperar conforme a ese derecho aplicable no implica que el Derecho francés no permita la determinación de la filiación, lo que impide acudir al criterio sucesivo del art. 9.4º de nuestro Cc (ley nacional del hijo) prescindiendo del criterio preferente de la ley de su residencia habitual. Así lo tiene declarado, en un supuesto similar al presente, la STS Civ 223/2018, de 17 abril 2018”.

FILIACIÓN. MATERNIDAD SUBROGADA

94. SE ACEPTA UNA DEMANDA SOLICITANDO SE PROCEDA A SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LA FILIACIÓN DE DOS MENORES NACIDOS EN UCRANIA POR FILIACIÓN SUBROGADA (AAP Vitoria-Gasteiz 1ª 4 julio 2023)

95. PROCEDE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA DE UNA HIJA QUE HA SIDO ENGENDRADA MEDIANTE UNA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (AAP Barcelona 18ª 12 julio 2023)

96. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL PATERNA EN UN CASO DE MENOR NACIDO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. OPOSICIÓN DE LA MADRE DE INTENCIÓN (SAP Málaga 6ª 10 octubre 2023)

97. EL ACTOR EJERCITA UNA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN PARA QUE SE RECONOZCA QUE EL ACTOR ES EL PADRE DE UN MENOR, NACIDO EN LA CIUDAD DE MÉXICO EN VIRTUD DE UN CONTRATO SUSCRITO ENTRE EL ACTOR Y SU PAREJA CON LA DEMANDADA (SAAP Granada 3ª 8 noviembre 2023)

La Audiencia estima el recurso interpuesto, revocando la resolución recurrida y acordando la admisión a trámite de la demanda interpuesta. El auto impugnado inadmitió a trámite la demanda por estimar que el proceso sobre filiación y paternidad no resulta procedente por cuanto el actor es el padre biológico del menor demandado y ya tiene reconocida su paternidad en el estado de México, donde nació el menor. De conformidad con el presente Auto:

“(…) La resolución impugnada debe ser revocada pues el actor ejercita una acción de reclamación de filiación para que se reconozca que el actor es el padre del menor, Jose Antonio, nacido en la ciudad de México (Estados Unidos de México) en virtud de un contrato suscrito entre el actor y su pareja con la demandada Dª Elvira. (...) Se basa la resolución impugnada en el hecho de que el actor ya tiene reconocida la paternidad en el país en que tuvo lugar el nacimiento del menor, Estados Unidos de México. No obstante, la resolución por la que se reconoce la paternidad del actor no ha sido reconocida en España y habría de analizarse sobre la prosperabilidad de dicha pretensión ante los tribunales españoles.

Sobre este extremo cabe señalar que el art. 46.1º.a) Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional no permite reconocer las resoluciones judiciales extranjeras cuando fuesen contrarias al orden público; y de otro lado el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Si bien deja a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

En este sentido, y teniendo en cuenta que el menor tiene su residencia habitual en España, concretamente en la localidad de (Granada), aun cuando haya nacido en un Estado en el que se reconoce la posibilidad en el que se reconoce la posibilidad de determinar la filiación de la madre comitente en caso de gestación por sustitución, cabe recordar que, conforme al art. 9.4º Cc, dada la naturaleza de la acción ejercitada, la normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el hijo tenga su residencia habitual, no la del Estado en que haya nacido (STS 277/2022, de 31 de marzo).

Así mismo la reciente STEDH 31 de agosto de 2023 (C.c. Italia, nº 47196/21) señala que, en virtud del art. 8 del Convenio, el Derecho interno debía prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre un niño nacido mediante un acuerdo de maternidad subrogada en el extranjero y el padre cuando éste fuera el padre biológico, debiendo el estado cumplir su obligación positiva de garantizar el derecho del demandante al respecto de su vida privada en virtud del Convenio.

Atendiendo a cuanto antecede, nada obsta a que el actor pretenda ejercitar acción de reclamación de filiación ante los tribunales españoles, pues el reconocimiento de la sentencia dictada en la ciudad de México bien podría no ser reconocida en España, y de no admitir a

trámite la demanda podría verse afectado el interés del menor, que podría quedar privado de la filiación paterna.

Y de otro lado, al tener el menor su domicilio en España, nada obsta a reconocer la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de la pretensión ejercitada, de conformidad a lo dispuesto en el art. 22 quater, d) LOPJ. Por todo ello el recurso debe ser estimado, debiendo admitirse a trámite la demanda interpuesta por el apelante”

98. CON LA ADOPCIÓN SE PROTEGE, EN INDUDABLE INTERÉS DEL MENOR NACIDO POR GESTACIÓN SUBROGADA EN EL EXTRANJERO, INTEGRÁNDOLE EN EL NÚCLEO FAMILIAR (AAP Guadalajara 1ª 15 febrero 2024)

La Audiencia estima el recurso interpuesto frente a la resolución del juez *ad hoc* afirmado, entre otras cosas, que:

“La protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución.

Para referirse al interés superior del menor nacido por gestación por sustitución el Tribunal comienza haciendo notar el cambio en el planteamiento de la cuestión en la demanda: se trata de la determinación de la filiación por una autoridad española y no del reconocimiento de efectos a un acto de una autoridad extranjera. Se plantea, por tanto, la necesidad de determinar la ley aplicable a la filiación a través de la norma de conflicto contenida en el art. 9.4º Cc. Conforme establece este artículo en su párrafo primero, ‘La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española’. Como resulta de lo que establece esta norma la determinación de la filiación en este caso queda sometida a la ley española.

En cuanto a la protección del menor y su desarrollo integral en el ámbito natural de la familia de hecho se indica, ‘el niño nacido en el extranjero consecuencia de una gestación por sustitución entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado. Esa vida familiar de facto debe ser respetada y el derecho a que lo sea está protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Estrasburgo’.

Entiende el Tribunal Supremo que el cauce adecuado para dar respuesta a la situación respetando su interés superior no es la posesión de estado sino la adopción. Esta posibilidad se acomoda a lo que indica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Dictamen de 10 de abril de 2019 [9], (SP/DOCT/82435) afirmando que «esta solución satisface el interés superior del menor, valorado in concreto, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general.

El Tribunal Supremo en sentencia de 6 febrero 2014 contempla la vía de la adopción para regularizar la filiación de menores nacidos de un proceso de gestación subrogada en supuestos como el ahora examinado.

Está fuera del debate la paternidad del Sr. Mateo, marido del recurrente. Ni es este el procedimiento adecuado para ello ni nadie ha planteado la impugnación.

Tampoco hay debate en cuanto a la falta de cobertura legal en nuestro país de la gestación subrogada ciertamente el art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que lleva por epígrafe ‘Gestación por sustitución’, dispone que ‘1. Será nulo

de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales, lo que lleva a concluir que la gestación por sustitución es contraria al orden público español. Como ha declarado la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 2014 y posterior Auto de 2 de febrero de 2015, así como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con respecto a los permisos de paternidad derivados de estos nacimientos (Sentencias de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016 y 22 de noviembre de 2017).

El problema surgiría en torno a la renuncia de la madre biológica pues en cuanto al resto no hay duda así el actor es el marido del padre legal del menor y puede interesarlo, pues expresamente está previsto que lo pueda hacer sin necesidad de previa propuesta de la Entidad Pública declarando la idoneidad del adoptante (art. 176.2.2ª. Cc), teniendo más de 25 años de edad, además el adoptando es menor de edad no emancipados (art. 175.1º Cc). También consta el consentimiento del padre biológico y de la madre documento notarial de 18 de diciembre de 2020, por lo que, de conformidad a lo establecido en el art. 37.1º de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y no habiendo transcurrido seis meses hasta la demanda no resulta necesario citar a la madre biológica para asentar de nuevo a la adopción. Se estima así que con la adopción se protegería, en indudable interés del menor, integrándole en el núcleo familiar de facto que parece que existe en este caso (art. 176.1º Cc).

Por cuanto queda expuesto el recurso debe ser estimado, acordando haber lugar a la adopción solicitada y también al cambio de apellidos del menor en el orden solicitado, de acuerdo con el art. 49.2º LRC”.

99. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR UNANIMIDAD AMPARA A UNA MUJER A QUIEN SE DENEGÓ LA ADOPCIÓN DEL HIJO DE SU MARIDO NACIDO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN E INSCRITO EN EL REGISTRO CIVIL CONSULAR (STC Pleno 27 febrero 2024)

Observaciones. 1. De las muchas cosas que se han dicho, y se dirán, de la STC 28/2024, de 27 de febrero de 2024 (BOE, 3 abril 2024) la más significativa, a mi juicio, y la más representativa de su alcance es la que rescato del voto particular formulado por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón. En él se reprocha a la mayoría el haber resuelto un caso de gestación por sustitución “sobre la base de los mismos argumentos que hubieran servido para conceder el amparo en cualquier supuesto de motivación arbitraria, irrazonable o incurso en error patente”. Estoy de acuerdo.

Si esto es censurable, como el voto particular propone, o resulta la consecuencia natural del desarrollo del recurso, de las alegaciones de las partes interesadas y del Ministerio Fiscal es algo que puede ser objeto de discusión. Personalmente, pienso que el fallo, en lo que atañe al derecho fundamental que se considera infringido, está bien fundamentado. Y que, como el voto particular destila, poco o nada hay de consecuencias para el régimen de la gestación por sustitución en España. Para mí, ningún reproche a la labor del TC. Sin perjuicio de ello, considero interesante realizar algún comentario sobre aspectos singulares, tanto del fallo como del voto particular.

2. Para quien se quiera ahorrar la lectura de las amplísimas 27 páginas de BOE en las que se publica la sentencia, diré que el supuesto es típico y atípico al mismo tiempo, aunque su atipicidad no tiene relevancia en el amparo. Típico, pues se trata de la posible vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de un procedimiento de adopción del hijo del cónyuge varón, hijo nacido en Ucrania como consecuencia de un proceso de gestación por sustitución. La adopción no se autoriza y ello determina el recurso.

Atípico, porque la negativa a autorizar la adopción sorprende frente a la autorización para que la demandante de amparo adoptase a otro hijo menor de su cónyuge también nacido en Ucrania mediante el mismo procedimiento. Es una situación chocante, sin duda, pero no tuvo consecuencias en la estimación del recurso. El TC considera que, con relación a este hecho, la demandante no ofreció un término de comparación válido para entender vulnerado el art. 14 CE; tampoco aceptó que pudiera implicar una discriminación por razón de nacimiento.

La tipicidad también se proyecta sobre muchos de los argumentos que se han manejado y se manejan en este tipo de casos: los derechos que se consideran infringidos por la negativa a autorizar la constitución de la adopción exhiben una panoplia ampliamente conocida: el derecho a la integridad moral de la demandante de amparo (art.15 CE); el derecho a no padecer indefensión (art. 24.1º CE); el derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado (art. 14 CE); el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1º CE); y el derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24.1º Cc). Este último es, como dije, el que se considera infringido. El resto no. Y, como se aprecia, tan solo alguno de ellos está o puede estar directamente vinculado con la pretensión de fondo: establecer un vínculo de filiación a través de la adopción del hijo del cónyuge, nacido mediante gestación por sustitución.

Y, cómo no, no puede resultar sorprendente que los mismos derechos fundamentales puedan argüirse para tutelar posturas que, si se tratase de una cuestión de legalidad ordinaria, serían contrapuestas: la dignidad de la persona, por ejemplo, ha sido utilizada indistintamente para defender posiciones favorables a admitir las consecuencias buscadas en un proceso de gestación por sustitución (el establecimiento de vínculos de filiación en los que no está el de la maternidad de la madre gestante) y las posturas que se oponen a tales consecuencias. Todo depende de la persona sobre la que la dignidad recaiga y de la concepción de que la pondere.

3. Hay, no obstante, algunas cuestiones del fallo que suman ideas o posiciones jurídicas en torno a tópicos muy sobados. Una de ellas es la afirmación de que “el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1º CEDH y el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1º CE no son coextensos”. Que no hay una automática traslación de contenido de uno al del otro. Esto es especialmente interesante, si tenemos en cuenta que la doctrina del TEDH sobre los supuestos de gestación por sustitución se ha basado casi exclusivamente en vulneraciones del art. 8.1º CEDH. El TC advierte de que ello no implica una ausencia de protección, pero no percibo claramente que lo argumente de forma radical, ni que extraiga consecuencias.

4. El voto particular es mucho más succulento para los que pretendan ver en esta Sentencia doctrina sobre la gestación por sustitución en vez de doctrina sobre la tutela judicial efectiva. Como anteriormente señalé, la firmante del voto reprocha a la fundamentación mayoritaria que no se haya ocupado el tema de fondo. Sumariamente, los reproches giran en torno a lo que considera invisibilización de la situación de la madre gestante; la utilización del orden público como mecanismo de oposición a la recepción de los efectos de un contrato de maternidad subrogada nulo para nuestro ordenamiento jurídico; una visión miope (el adjetivo no es del voto, sino que lo pongo yo) del superior interés del niño; un pretendido olvido u omisión de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo español; una deficiente consideración del vínculo de filiación paterno, que el TC da por hecho, y de la situación general de las parejas heterosexuales frente a las homosexuales, que conduciría a una discriminación estructural de las mujeres en las relaciones familiares derivadas de la gestación por sustitución.

Como bien puede apreciarse, una panoplia de ideas en torno a la gestación por sustitución variada y, a mi juicio, muy heterogénea en cuanto a las inferencias que de cada una puede extraerse. Sin entrar en un análisis detallado que me es vetado por la extensión de estas observaciones, sí diré de forma concisa que ninguna es de tratamiento necesario para el fallo. Que no se ajustan a la declaración de intenciones que el propio voto particular avanza: que no es función del TC sustituir al legislador (ni a la jurisdicción ordinaria, añadiría yo). Son, la mayoría percepciones del fenómeno de la gestación por sustitución plenamente defendibles frente a otras diferentes igualmente justificadas entre las que el legislador puede

legítimamente optar. No diría que el voto particular es sin más un volante contrario *tout court* a la maternidad subrogada, pero lo parece.

De entre ellas, me quedo con la idea de que el vacío normativo que nos aqueja debería ser abordado por el legislador. Es algo que he reclamado desde hace tiempo. Y sí creo, como el voto, que la situación actual es contraria a la seguridad jurídica. También coincido con la valoración de la situación asimétrica de la mujer frente al varón en los supuestos de maternidad subrogada. Mas dudo de que la consecuencia lógica de ese hecho sea la que parece destilar el voto particular: rechazar cualquier efecto típico de la gestación por sustitución. Me atrevería a proponer como respuesta menos agresiva que se dé la misma relevancia jurídica a la *voluntad comitente* que a la biología. Por describirlo en los casos más comunes, a la voluntad de la mujer comitente que al vínculo de filiación biológico del varón comitente con el nacido.

Menos entusiasmo me suscitan los argumentos basados en la imperativa aplicación del art. 12.3º Cc ('a la hora de reconocer el vínculo familiar... los órganos jurisdiccionales... han de aplicar la regla del art. 12.3º Cc ', dice el voto particular). Primero porque, como es bien sabido, dicha regla no juega en los supuestos de reconocimiento y, segundo, porque esa afirmación apriorística no es de recibo en el juego normal del orden público.

También me resulta dudosa, aunque confieso que es una perspectiva no desdeñable desde el punto de vista de política legislativa, la interpretación que hace del interés superior del niño (o del menor como el voto señala) diferenciando una especie de interés concreto de un concreto menor frente a, o contra, *el interés (superior) de la infancia*. Me parece que la perspectiva puede ser interesante con vistas a la adopción de una normativa que cubra el vacío denunciado. Mas no necesariamente con el sesgo que el voto propone. Y, sobre todo, no me parece que sea un elemento decisivo lo que pueda decir el Comité de los derechos del Niño de Naciones Unidas. Sin pretender ser excesivamente crítico con este tipo de comités, creo que de la regulación de su composición y funciones (arts. 43 ss de la Convención sobre los Derechos del Niño) queda claro cuál puede ser el alcance de sus observaciones.

Como dudosa resulta la utilización del Dictamen consultivo de 10 abril 2019, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativo al reconocimiento en Derecho interno de un vínculo de filiación entre un niño nacido de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero y la madre de intención. En línea con la reflexión anterior, dice acudir el voto particular a dicho Dictamen, escogiendo uno de los párrafos (real, eso sí) que no tuvo trascendencia en un fallo, más bien alejado de la postura que el voto particular defiende. Añadiré que, aunque no se trate de un dato determinante, el Protocolo nº 16 del que derivan los dictámenes consultivos aún no está en vigor para España, que ha manifestado su consentimiento el 29 de octubre de 2024.

En fin, el voto particular también se apoya en la defensa de sus tesis en las sentencias del Tribunal Supremo español que se han pronunciado de forma directa sobre dos aspectos vinculados al reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Se trata también, de dos sentencias lo suficientemente amplias y como para poder ser utilizadas por defensores y detractores de la gestación por sustitución. Es verdad, que en ambas se considera el fenómeno (sin entrar en detalles) como contrario al orden público español. Pero también en ambas se propone directa o indirectamente la vía de la adopción para establecer un vínculo de filiación entre el nacido y uno de sus padre/madre de intención.

5. En conclusión, el TC emite un fallo correcto declarando la vulneración del art. 24.1º, sin que el fondo de la gestación por sustitución tenga una relevancia especial. Y el voto particular nos ofrece la opinión de su firmante sobre la gestación por sustitución. Sin más.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

100. RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN CONTRA LOS HEREDEROS DEL PRESUNTO PROGENITOR. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE (SAP Valencia 10^a 26 junio 2024)

101. EL TRIBUNAL SUPREMO AUTORIZA A LOS PADRES DE UN NIÑO NACIDO POR GESTACIÓN SUBROGADA MODIFICAR EN EL REGISTRO CIVIL EL LUGAR DE NACIMIENTO POR EL DEL DOMICILIO FAMILIAR (STS Civ 1^a 17 septiembre 2024)

Observaciones. 1. La STS 1141/2024, de 17 de septiembre, vuelve a mostrarnos un ejemplo paradigmático de cómo la confusión de planos y la pereza para distinguir un asunto problemático de otro u otros con los que está emparentado conduce a razonamientos sucios, borrosos y, lo peor, dañinos para el sistema y los particulares. Me refiero en este caso no al fallo del Tribunal Supremo, sino a las sentencias que motivaron la casación.

Simplificando la cuestión, padre y madre de un menor nacido por gestación por sustitución en Kiev, cuya filiación paterna se acredita por el reconocimiento de filiación extramatrimonial del padre biológico, y la materna con la posterior adopción del hijo del cónyuge (supuesto cada vez más común), piden que en el Registro civil conste como lugar de nacimiento el de su domicilio común en España y no el de Kiev. La solicitud es denegada por la instancia administrativa y por las dos judiciales. Es en la respuesta de la Audiencia donde encontramos el también muy común falso silogismo de que no cabe acceder a lo solicitado porque la gestación por sustitución está prohibida en España y es contraria al orden público. Diré, simplemente, que la gestación por sustitución no está prohibida en España, que no puede considerarse “como un todo” contrario al orden público español (por más que el TS así lo siga contemplando: véase la STS 277/2022, de 31 de marzo, y mi crítica en “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022”, *Diario La Ley*, de 16 de mayo de 2022) y que, incluso si ambas premisas fueran correctas, no lo sería (no necesariamente) la consecuencia del rechazo a la solicitud de cambio del lugar de nacimiento que los padres reclaman.

Menos dañino para un discurso cabal hubiera sido rechazar la solicitud por considerar que las reglas alegadas para ello sólo se referían de forma expresa a los supuestos de “adopción internacional”. No digo yo que en este caso el rechazo fuese correcto, pero, al menos no mezclaría cuestiones que son totalmente irrelevantes para el supuesto.

2. Lo primero que hace el TS es, precisamente, alejarse de la visión de la Audiencia. La primera frase de la respuesta al recurso es sobria y contundente: “El hecho de que el nacimiento del menor se haya producido mediante una gestación subrogada no tiene en el caso objeto de este recurso la trascendencia que las sentencias de instancia le atribuyen”. Así es. No hay que ser muy despierto para ver que, en el momento en que nace el problema, ya está determinada e inscrita en el Registro civil la filiación tanto paterna como materna. Todo lo que pudiera decirse de o contra de la gestación por sustitución ya era pasado.

La cuestión jurídica se reduce, simplemente, en saber si la posibilidad que las normas registrales preveían para la “adopción internacional” podía extenderse a este caso, en el que todas las instancias parten de una adopción “meramente” nacional. No me extenderé en criticar esta concepción estrecha de la “internacionalidad”. El art. 1.2^o de la Ley de adopción internacional, aunque solo se autolimita al Título I de la Ley, ofrece una definición de adopción internacional terriblemente raquítica, que ha calado en el imaginario colectivo. Es comprensible ver la situación como una adopción de un menor español residente en España por parte de la esposa de su padre, también española residente en España. Tan solo pongo de manifiesto que la tipicidad de adopciones como la del caso analizado suele contemplar la existencia de una madre biológica extranjera, residente en el extranjero, que consta como madre inscrita en el Registro civil español y que da su consentimiento a la adopción.

Pero aceptemos el punto de partida de todas las instancias, que quizá sea el más nítido: se trata de saber si en una adopción nacional de un niño nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución puede modificarse el Registro civil cambiando su lugar de nacimiento extranjero por el del domicilio español de su padre y su madre.

3. El TS dice que sí, mediante la aplicación analógica (art. 4.1º Cc) de los arts. 16.3º y 20.1º (introducidos en 2005) en la Ley del Registro civil de 1957. Esta era la aplicable al supuesto enjuiciado, en virtud de la Disposición transitoria primera de la actual Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (“A los procedimientos y expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley les será aplicable la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, y las disposiciones dictadas en su desarrollo”).

Y lo hace con un discurso medido, finalista y plenamente aceptable en el contexto de los derechos fundamentales implicados (arts. 14, 18.1º y 49.2º de la Constitución), incidiendo especialmente en la tutela de la identidad personal y familiar del adoptado y en cómo se vería afectada por la constancia de un lugar de nacimiento en el extranjero que, en palabras del TS, “denotaría el carácter adoptivo de la filiación y las circunstancias del origen del menor”.

No solamente nada que objetar, sino que la solución me parece plenamente justificada.

Tan solo advertiré que las normas analógicamente aplicadas ya no están en vigor. Ni para la adopción internacional ni para la “nacional” en supuestos como el estudiado. Que, como he señalado, eran normas de la LRC de 1957; que no tienen parangón en la nueva. Y que su desarrollo en el Reglamento del Registro civil (sus arts. 77 y 307 fueron modificados, también en 2005, para adaptarse a la anterior LRC) carece de cobertura en la actual LRC.

La lógica debería deparar una clarificación normativa; aunque los antecedentes hacen esperar una plausible Instrucción de la DGSJFP o nada.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN

102. FALTA DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN UNA DEMANDA DONDE SE SOLICITA EL PAGO DE LAS GANANCIAS DE UNOS HOTELES UBICADOS EN TERRENOS SUPUESTAMENTE CONFISCADOS POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CUBA (AAP Palma de Mallorca 4ª 19 abril 2024)

La Audiencia de Palma de Mallorca declaró la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de una demanda contra la entidad Meliá Hotels Internacional S.A, en solicitud de que se dictara sentencia en la que se condenara a la entidad demandada a pagar a la actora, las ganancias obtenidas durante los cinco años inmediatamente anteriores a la interposición de la demanda con la explotación de establecimientos Sol Rio y Luna mares y el hotel Paradisus Rio de Oro ubicados en las propiedades de la actora confiscadas por el Gobierno de la República de Cuba, que se determinarán en fase de prueba, y que se fijan indiciariamente en la cantidad de diez millones de euros. De acuerdo con el presente Auto:

“(…) no puede la parte de apelante pretender que en base al principio de *perpetuatio iurisdictionis* debe mantenerse la jurisdicción de los tribunales españoles, cuando nos hallamos ante una cuestión de orden público que imperativamente determina la falta de jurisdicción de dichos tribunales por aplicación de lo dispuesto en el art. 36.2.1ª LEC en relación con lo establecido en el art. 21.2º LOPJ y lo dispuesto en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre.

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

Sin que la sentencia del Tribunal Supremo citada por la parte apelante en su recurso sea aplicable en modo alguno al supuesto de autos”.

“(…) En el motivo tercero del recurso (alegación quinta) la parte apelante se refiere al objeto del proceso y alega que no es el juez el que decide cuál es el objeto del pleito sino la demandante y, en su caso, los demandados reconvinientes y alega que lo único que se ejercita en la demanda es una acción de enriquecimiento ilícito –que no de enriquecimiento sin causa– cuyo éxito o fracaso no precisa pronunciamiento alguno, ni siquiera con carácter prejudicial, sobre la licitud –no cuestionada en este litigio– del acto de soberanía por el que la República de Cuba acordó la nacionalización de la otrora terrenos propiedad de la actora. Cuestión diferente es que, con carácter prejudicial, el tribunal pueda formular el correspondiente juicio de valor y pronunciarse, aunque este pronunciamiento no vincule a la República de Cuba, sobre si hubo confiscación a los efectos de decidir sobre lo único que realmente se pide –la condena de Meliá a pagar la cantidad con la que se ha enriquecido con causa ilícita. Y alega también que en el auto apelado se ‘mutila’ los razonado en el auto dictado por la sección 3ª.

“(…) Dicho motivo del recurso de apelación también debe ser desestimado. Y ello por cuanto mediante las alegaciones formuladas en el mismo se obvia que la hoy apelante amplió la demanda contra el Estado de Cuba y, por lo tanto, que demandó a dicho Estado de Cuba.

No se trata, por lo tanto, según pretende la parte apelante en el recurso que con lo resuelto en el auto apelado se haya producido una ‘empecinada alteración del objeto del proceso’. Lo que se razona en el auto apelado es que ‘no pueden ser acogidas las alegaciones de Central Santa Lucía en relación a la intrascendencia del presente procedimiento para el Estado Cubano y que no era necesaria la ampliación de la demanda contra el Estado. La necesidad de esta ampliación ha sido declarada en una resolución firme contra la que la parte actora pudiendo hacerlo, no interpuso recurso. Hecha la ampliación dirigida la demanda contra el Estado de Cuba, resulta más que evidente la trascendencia del procedimiento respecto de este Estado...

Por tanto, en estos momentos sí que se da la premisa regulada en el art. 51 LO 16/2015 que dispone que ‘A los efectos de la presente Ley Orgánica, se entenderá que se ha incoado un proceso ante los órganos jurisdiccionales españoles contra cualquiera de los entes o personas que, de conformidad con la presente Ley Orgánica gozan de inmunidad, si alguno de ellos es mencionado como parte contra la que se dirige el mismo’.

Por otra parte dicho auto recaído en la primera instancia no ‘mutila’ en manera alguna el sentido del auto dictado por la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial en fecha 18 de marzo de 2020, según pretende la parte apelante en su recurso, ya que en dicho auto de la Sección 3ª se hace expresa referencia al art. 51 de la Ley Orgánica 16/2015 y a continuación se hace referencia a su art. 49 que obliga a los órganos jurisdiccionales españoles a apreciar de oficio las cuestiones relativas a la inmunidad a que se refiere la Ley, absteniéndose de conocer de los asuntos que se les sometan ‘cuando se haya formulado demanda, querella o se haya iniciado el proceso de cualquier otra forma o cuando se solicite una medida ejecutiva respecto de los entes, personas o bienes que gocen de inmunidad conforme a la presente Ley Orgánica.

Y lo que se razona literalmente en dicho auto es lo siguiente: ‘...Siendo ello así, como se destaca en la resolución apelada, no puede obviarse que el análisis de la pretensión actora exige inexcusablemente y como cuestión de fondo el examen de la decisión de nacionalización de bienes ‘confiscación’ en términos empleados en la demanda– y de su licitud por aplicación del Derecho Internacional. Ningún pronunciamiento puede hacerse de la conducta de la demandada generadora según la actora de su derecho sin examinar ese acto que en su día llevó a efecto el Estado Extranjero, si bien ello no debe conducir a afirmar el defecto de jurisdicción. La demanda origen de las actuaciones no se dirige contra el Estado Cubano’.

Este último párrafo del auto de la Sección 3ª: ‘La demanda origen de las actuaciones no se dirige contra el Estado Cubano’ y que se reitera en dicho auto cuando se indica: Como ya ha quedado expuesto, no se dirige demanda alguna frente al Estado extranjero, son las

consideraciones del auto de la Sección 3ª que obvia u omite la parte apelante en su recurso de apelación. No es, por consiguiente, el auto apelado que ‘mutila’ el repetido auto dictado por la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial”.

“(…) En el motivo cuarto del recurso (alegación sexta del mismo) la parte apelante insiste en el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, en el efecto vinculante de la cosa juzgada del auto dictado por la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial al que nos hemos referido reiteradamente en la presente resolución; así como en que el juzgado sostiene que la demanda frente a la República de Cuba supone una alteración del objeto del litigio cuya competencia fue decidida por la Audiencia”.

“(…) Conforme hemos indicado en dicho motivo del recurso de apelación la parte actora reitera, para pretender la revocación del auto apelado, alegaciones ya formuladas en los anteriores motivos del recurso de apelación y que ya han sido resueltos por esta Sala en la presente resolución, desestimando los mismos: ya nos hemos referido y examinado la pretendida por la parte apelante fuerza de cosa juzgada formal del auto de la Sección 3ª de esta Audiencia; hemos examinado y también resuelto la cuestión atinente a la pretendida *perpetuatio iurisdictionis*; así como también la pretendida alteración del objeto del litigio que imputa al auto apelado; desestimando todas dichas alegaciones o motivos del recurso de apelación por lo que debemos remitirnos a los razonados sobre ello en los Fundamentos de Derecho anteriores de la presente resolución”.

INSOLVENCIA

103. APLICACIÓN DE LAS LEYES DE RECONSTRUCCIÓN IRLANDESA Y NORUEGA, INDICANDO QUE TIENEN EL EFECTO DE QUE TODO CRÉDITO DERIVADO DE HECHOS ANTERIORES A LA FECHA DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL (AAP Barcelona 15ª 2 noviembre 2023)

Este Auto estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Norwegian Air Shuttle ASA contra el auto de 13 de abril de 2023, que revoca y en su lugar, acuerda estimar en parte la oposición a la ejecución formulada por la ejecutada, ordenando que siga adelante únicamente por el 5% del crédito reconocido en sentencia, más una cantidad equivalente a la tercera parte de ese importe que prudencialmente se fija por intereses y costas. De conformidad con la presente decisión:

“(…) 5. El art. 19 del Reglamento UE 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia, establece como principio que ‘toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, adoptada por el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro en virtud del art. 3, será reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura del procedimiento’. De igual modo el art. 20, como efecto del principio general del reconocimiento de las resoluciones en los procedimientos de insolvencia seguidos en los Estados miembros, dispone que ‘la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia contemplado en el art. 3, ap. 1, producirá, sin ningún otro trámite, en cualquier otro Estado miembro, los efectos que le atribuya la ley del Estado de apertura del procedimiento, salvo que se disponga de otro modo en el presente Reglamento y mientras no se abra en ese otro Estado miembro ningún procedimiento de los contemplados en el art. 3, ap. 2’. El reconocimiento y carácter ejecutorio de otras resoluciones, como las relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia, o de los convenios aprobados por los órganos judiciales en dichos procedimientos, se contempla en el art. 32.

6. De la documentación aportada por la ejecutada resulta que N.A.I. y el resto de las empresas del grupo, entre las que se encuentra N.A.S. ASA, se acogieron a procedimientos de

insolvencias tramitados ante tribunales noruegos e irlandeses. La ejecutada aporta resolución de apertura de negociaciones de reconstrucción dictada por el Tribunal de Sucesiones, Quiebras y Ejecuciones de Oslo de fecha 8 de diciembre de 2020 (documentos uno) y la orden del Tribunal Superior Irlandés de fecha 7 de diciembre de nombramiento del examinador en el procedimiento *Examiner Process* (documento dos), con los certificados de reconocimiento expedidos en los términos establecidos en el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (documentos uno bis y dos bis).

7. El Tribunal de Sucesiones, Quiebras y Ejecuciones de Oslo dictó resolución 12 de abril de 2021 de «ratificación» de la propuesta de reestructuración con convenio forzoso de la deudora (documento cuatro) y, en el mismo sentido, el Tribunal Superior de Irlanda aprobó el acuerdo de reestructuración para la viabilidad de la compañía de 26 de marzo de 2021 (documento tres).

8. El auto del Juzgado de lo Mercantil 2 de Málaga de 21 de febrero de 2022, dictado en el Procedimiento de Exequátur nº 1225/2021, acuerda conceder el exequátur a la resolución de apertura de reconstrucción de 8 de diciembre de 2020 dictada por el Tribunal de Sucesiones, Quiebras y Ejecuciones de Oslo y a la resolución que ratifica la propuesta de reconstrucción con convenio forzoso de 12 de abril de 2021 dictada por el Tribunal de Sucesiones, Quiebras y Ejecuciones de Oslo (...).

9. El acuerdo de reestructuración aprobado en el procedimiento irlandés contempla como acreedores a los clientes por reclamaciones de daños y perjuicios por vuelos cancelados u otras antes de la fecha de la petición (...), a quienes se les reconoce un dividendo del 5% de su crédito (...). Con la oposición se aportan las opiniones legales emitidas por los abogados noruegos e irlandeses, Bahr y Matheson respectivamente, que se pronuncian sobre la aplicación de las Leyes de Reconstrucción irlandesa y noruega, indicando que tienen el efecto de que todo crédito derivado de hechos anteriores a la fecha de inicio del procedimiento concursal (o *Examinership Process*) se considerará un crédito pasado y los acreedores quedaran legalmente vinculados al Plan de viabilidad aprobado. Por lo tanto, todas las reclamaciones basadas en hechos ocurridos antes del 18 de noviembre de 2020 quedarían sujetas a dicha Ley (...).

10. En la medida que los vuelos que dieron origen al presente procedimiento estaban programados para operar con anterioridad a la apertura del concurso, los días 2 y 3 de mayo de 2019, esta reclamación viene plenamente afectada por el procedimiento concursal y por el Acuerdo de Reestructuración, ya que los hechos que generaron el devengo de la compensación económica ocurrieron con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal. Por lo tanto, la sentencia que se pretende ejecutar en el presente procedimiento constituye un crédito afectado por el acuerdo de reestructuración por lo que está afectado por la quita prevista en el mismo del 95% pudiendo seguir la ejecución por el 5% restante.

11. Podemos concluir que debe despacharse parcialmente la ejecución al haber sido novado el crédito que se pretende ejecutar (transacción que consta en documento público, ex art. 556 LEC) por lo que se despachará por el 5% del crédito reconocido en sentencia”.

104. TODA RESOLUCIÓN DE APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA, ADOPTADA POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE DE UN ESTADO MIEMBRO EN VIRTUD DEL ART. 3 REGLAMENTO UE 2015/848 SERÁ RECONOCIDA EN TODOS LOS ESTADOS MIEMBROS (AAP Barcelona 15ª 24 noviembre 2023)

MATRIMONIO

105. VALIDEZ (NO) DE UN MATRIMONIO POR EL RITO ISLÁMICO, RELIGIÓN COMÚN DE LOS LITIGANTES, EN EL CENTRO ISLÁMICO DE BARCELONA (SAP Barcelona 12ª 9 noviembre 2023)

La Audiencia de Barcelona confirma la decisión de instancia que estimó parcialmente una demanda de divorcio. *In casu* la recurrente consideró que no existía matrimonio entre las partes una marroquí y un pakistaní, matrimonio que se afirma existente por la demandante y solicita que se decrete el divorcio. De acuerdo con la presente decisión:

“(…) Para resolver la cuestión sobre si existió matrimonio entre los litigantes que deba ser disuelto por divorcio, que es lo que peticiona la defensa de la Sra. Ana María, no cabe acudir al Reglamento CE 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, ya que aquí no se solicitaba el reconocimiento de ninguna resolución judicial extranjera. En su caso, para las cuestiones del divorcio vendría en aplicación el Reglamento UE 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Esta norma establece que a falta de convenio entre las partes sobre la ley aplicable a su divorcio y a la separación matrimonial, será la del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de interponer la demanda (art. 8), luego en este caso la catalana; pero también indica que dicho reglamento no se aplicará, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio a la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio (art. 1.2).

Dado que se está cuestionando la existencia y validez del acto celebrado como matrimonio por el rito islámico entre las partes, en Barcelona, la norma a aplicar respecto de la forma de dicho acto será la española en aplicación de lo establecido en el art. 11 Cc.

El art. 50 Cc establece que, si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos. En este caso no se ha acreditado qué forma para contraer matrimonio está regulada en Marruecos o en Pakistán, por lo que se aplicará la legislación española.

El art. 59 establece que el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado. En este caso, dado que ambos litigantes son de religión musulmana vendrán en aplicación las normas que contiene el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por Ley 26/1992 de 10 de noviembre.

Del art. 63 Cc se desprende que no se inscribirá un matrimonio celebrado en España en forma religiosa si cuando de los documentos presentados conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez con exigibles.

El art. 7 Ley 26/1992 condiciona que el matrimonio celebrado en la forma religiosa establecida en la Ley Islámica tenga efectos civiles desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. El matrimonio debe certificarse por un dirigente religioso islámico, o el imam, con capacidad certificada para celebrar matrimonios y en presencia de dos testigos y exige que quienes vayan a contraer matrimonio por el rito islámico previamente tramiten ante el encargo del Registro civil o Notario o Secretario Judicial que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa.

Finalmente debe recordarse que no pueden contraer matrimonio quienes estén ligados con vínculo matrimonial (art. 46 Cc). (…)

De la prueba practicada no puede deducirse que llegaron los litigantes a contraer matrimonio, que pueda considerarse existente y válido en nuestro país. Probablemente realizaran un rito o festividad religiosa, pero no consta el documento original que lo certifique, tampoco consta que el oficiante fuera persona reconocida con capacidad para otorgar matrimonio conforme al rito musulmán, no consta que se realizara expediente previo al matrimonio, ni que no existiera impedimento matrimonial (vinculo anterior de alguno de los contrayentes, que consta lo tenía el padre al inscribir el nacimiento de la hija común) por lo que debe concluirse, como ocurrió en la instancia, que, no constando el matrimonio válido, es imposible disolverlo por divorcio”.

MENORES

106. AUTORIZACIÓN PARA VIAJAR A MARRUECOS PUES LOS PADRES DE LA JOVEN MADRE SON MARROQUÍ Y ALLÍ SE ENCUENTRAN LOS PARIENTES DEL MENOR Y ES RAZONABLE QUE QUIERA QUE SU HIJO VEA A SU FAMILIA (AAP Castellón 4ª 3 julio 2023)

107. ILICITUD DE LA RETENCIÓN DE UNA MENOR, DE NACIONALIDAD ARGENTINA, POR PARTE DE LA PROGENITORA, DEBIENDO SER RESTITUIDA LA MISMA A ARGENTINA (SAP Alicante 6ª 13 septiembre 2023)

La Audiencia alicantina confirma la decisión de instancia que declaró la ilicitud de la retención de una menor, de nacionalidad argentina, por parte de la progenitora, debiendo ser restituida la misma a Argentina. De conformidad con la presente decisión:

“(…) El principio del interés superior del menor en el concreto ámbito que nos ocupa, se concreta, como resulta del propio Convenio y de su encabezamiento, cuando señala que, ‘Los Estados signatarios del presente Convenio, Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita’.

Por tanto, el interés del menor se basa en el derecho del menor a no ser trasladado ni retenido en atención a los intereses particulares de terceros; de forma que es el propio Convenio el que prevé unas excepciones para denegar la restitución del menor, precisamente con el fin de garantizar ese superior interés.

El art. 12 del Convenio de La Haya prevé la restitución inmediata del menor cuando no haya transcurrido un año desde la sustracción y se hayan iniciado los procedimientos pertinentes, circunstancias que concurren en el presente caso, este precepto debe ponerse en relación con el apartado segundo del mismo precepto que establece: ‘La autoridad judicial o administrativa aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenar asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor’.

En la medida en que, en el presente caso, por parte del progenitor se iniciaron los trámites dentro del plazo indicado por el precepto, las circunstancias alegadas por la parte apelante

relativas a la situación actual de la menor en España y su integración social y académica, carecen de relevancia a los efectos que nos ocupan, de ahí que resulte totalmente innecesario el oficio al colegio en que ha sido escolarizada.

Dispone el art. 13 '...':

En cuanto a la alegada infracción del art. 13 a), no se puede considerar acreditado por la demandada, que, como señala el Convenio, el padre «no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido». No solo estamos ante meras manifestaciones de la parte demandada apelante, vertidas en el juzgado y ante la psicóloga que emitió el informe que se incorpora al procedimiento. No consta acreditado que con anterioridad al traslado denunciase incumplimiento alguno del régimen de visitas o del abono de la pensión de alimentos ante los tribunales competentes; muy al contrario, lo que resulta de la documental obrante al procedimiento es que la relación entre los progenitores respecto de las medidas en relación con la menor se realizaban en virtud de acuerdos, lo que implícitamente nos lleva a concluir que no existía gran conflictividad en el cumplimiento de las medidas acordadas. En todo caso sería insuficiente a tales efectos la testifical propuesta e inadmitida, en cuanto que la misma no podía venir de desvirtuar tales circunstancias, dada la condición de los mismos atribuido por la propia apelante. Y en todo caso se evidencia que el padre ejercía sus funciones parentales, como resulta del mismo hecho de autorizar la estancia temporal de la menor en España y solicitar ante el incumplimiento de la demandada apelante, la restitución de la menor.

Por lo que respecta a la pretendida infracción del art. 13. b) párrafo 1º del Convenio de La Haya relativa a la existencia de un peligro grave físico, psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Al entender de la Sala tampoco concurre en el presente caso la citada excepción a la restitución. El hecho de que la demandada apelante haya denunciado al progenitor solicitante por malos tratos, no resulta suficiente para entender que concurre esta excepción. Por una parte, nos encontramos ante meras manifestaciones de la progenitora, no averdadas en forma alguna. No constan denuncias en el país de origen, sin que pueda escudarse la apelante en la profesión de policía del solicitante, cuando ni tan siquiera se ha acreditado inactividad alguna por parte de las instituciones competentes de su país de origen. Esta misma situación se contradice con el hecho de que las medidas en relación con la menor se alcanzasen en virtud de acuerdos entre ambos progenitores, homologados por los órganos competentes; no habiendo solicitado en ningún momento la actora en su país de origen autorización para residir en España. Es más, la primera denuncia por malos tratos, no se produce a su llegada a España, sino al menos cuatro meses después de su llegada a España, cuando ya se encontraba próxima la fecha de regreso a su país de origen; por lo que existen serias dudas de la realidad o trascendencia de sus manifestaciones.

En todo caso, entendemos que en ningún momento consta acreditado que haya un peligro grave psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable, que en definitiva es lo que constituye la excepción; no hay que olvidar que la propia menor reconoce a la psicóloga que si bien quiere a su padre 'pero poco',... 'quiere verle' aunque 'solo de visita', circunstancia ésta que se contradice con la existencia de riesgo o peligro para la menor.

Sin que las alegaciones de que la separación de la niña de su madre y de su entorno familiar y social en España, pueda causar un grave peligro psíquico a la misma, constituya excepción al retorno, porque la madre puede regresar a Argentina, su país de origen y donde ha residido habitualmente con anterioridad a su traslado a España, en beneficio e interés de su propia hija.

En definitiva, entendemos que la resolución apelada se ajusta adecuadamente a lo previsto en el art. 778 quinquies 7 LEC, así como a lo establecido en los preceptos señalados del Convenio, procediendo su confirmación, con desestimación del presente recurso"

108. APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA A LA DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS SOBRE HIJOS DE NACIONALES MARROQUÍ, RESIDIENDO EL PADRE EN MARRUECOS (SAP Barcelona 18ª 10 octubre 2023)

109. TRASLADO ILÍCITO DE MENORES. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL ESPACIO SHENGUEN (SAP Barcelona 12ª 27 octubre 2023)

110. FUERA DE TODA DUDA, QUE NOS ENCONTRAMOS ANTE UN PALMARIO CASO DE RETENCIÓN ILÍCITA DEL MENOR EN COLOMBIA POR SU PADRE (SAP Navarra 3ª 2 noviembre 2023)

111. EL PROCESO ESPECIAL PREVISTO EN LOS ARTS. 778 QUÁTER A 778 SEXIES NO SERÁ APLICABLE EN LOS TRASLADOS ILÍCITOS DENTRO DE ESPAÑA (AAP Huesca 1ª 15 noviembre 2023)

112. ACOGIMIENTO TEMPORAL Y HUMANITARIO DE MENORES EXTRANJEROS. DECISIÓN DE LA DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I A L'ADOL·LESCÈNCIA DE SU TRASLADO A FRANCIA (AAP Barcelona 18ª 30 noviembre 2023)

113. REQUISITOS PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL TRASLADO ILÍCITO DE UN MENOR (AAP Logroño 1ª 30 noviembre 2023)

El presente Autoconfirma la decisión de instancia que declaró ilícita, en los términos del art. 3 del Convenio de la Haya de 1980, la retención en Alemania del menor, Sergio llevada a cabo por la madre del niño, doña María Inés al haberse llevado a cabo con infracción de los derechos de custodia del padre del menor, don Alfonso. Este Auto incluye el siguiente *obiter dictum*:

“(…) En definitiva, de lo expuesto se sigue que para que exista traslado ilícito es preciso el cumplimiento de dos requisitos:

A.– infracción de un derecho de custodia (o de visita). (…)

B.– Que dicho derecho de custodia (o visita) se haya ejercido de modo efectivo por el solicitante, o bien que de no haberse producido ese traslado ilícito, se habría ejercido de modo efectivo.

La literalidad del art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 evidencia, que aunque no existiera efectivo ejercicio de la custodia o de visitas por parte del otro progenitor, también el traslado es ilícito cuando ha sido precisamente ese traslado el que se ha hecho cercenando la posibilidad de que el progenitor afectado ejerciera efectivamente esa custodia.

Además , debemos tener en cuenta que el art. 2 del Reglamento (UE) nº 2201/2003, aplicable en el presente caso, tras establecer en línea con el art. 3 del Convenio de La Haya de 1980, este requisito alternativo de ejercicio efectivo de la custodia en el momento del traslado o que se hubiera ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención , añade además que «Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor». Y ya hemos dicho que, en España, la jurisprudencia tiene dicho que la fijación de residencia compete en todo caso a ambos titulares de la patria potestad”.

114. FALTA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PARA CONOCER DE RESPONSABILIDAD PARENTAL SOBRE LOS HIJOS EN PROCESO DE DIVORCIO DESARROLLADO EN ESPAÑA (SAP SEVILLA 2ª 6 FEBRERO 2024)

Observaciones: 1. En el presente supuesto la resolución de primera estancia decretó el divorcio internacional de un matrimonio, pero se declaró incompetente para conocer las medidas relativas a la responsabilidad parental respecto a los dos menores nacidos durante el matrimonio que había solicitado el padre. En una escueta resolución, la Audiencia provincial aplica el Reglamento Bruselas II bis. La resolución no recoge el momento de inicio del procedimiento, pero lo entendemos anterior al 1 de agosto de 2022 para aplicar el Reglamento Bruselas II ter, si bien el resultado final sería idéntico por no cambiar el criterio básico de determinación de la competencia judicial internacional respecto a los menores, su residencia habitual.

2. En la misma, respecto a los hechos de la residencia habitual de los menores, se señala que estos residen en Brasil desde 2017, entendemos que, con la madre, ya que se cita que para ello ha habido un inicial consentimiento del padre hoy apelante. También señala que existe una resolución dictada por los órganos jurisdiccionales brasileños, por lo que los mismos son competentes y están en mejor posición para conocer del asunto desde la óptica del intereses preferente y superior de los precitados menores. Señala la resolución que las normas de competencia en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés del menor y con arreglo al criterio de proximidad, por lo que en aplicación del art. 8 del Reglamento aplicable se estima procedente la desestimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto por parte del padre, que solicitaba la declaración respecto a los menores de los tribunales españoles y la confirmación de la resolución recurrida en toda su integridad.

3. Por ello se aplica el art. 8 del Reglamento Bruselas II bis, que recoge que será la residencia habitual del menor el lugar de la competencia judicial internacional para conocer de este procedimiento. La propia existencia del conflicto y del recurso del padre nos hace entender que la madre no ha acordado con el padre que los Tribunales conociesen del asunto, y por ello no es aplicable el art. 12 del citado Reglamento que establece, como prórroga de competencia, la posibilidad de que los Estados que conocen el divorcio sean los competentes para conocer de las medidas de la responsabilidad parental y que exige, entre una de sus condiciones para ello, que la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

4. La resolución cita con absoluta contundencia que la residencia habitual de los menores está en Brasil desde 2017, sin que parezca que ninguna de las partes haya puesto en duda este hecho. No obstante, al menos sí dejamos citado que, en lo relativo a la concreción de la residencia habitual de los menores, los Reglamentos europeos nunca la han definido. En la actualidad el art. 40 de la propuesta del Reglamento de filiación concreta sus criterios. En tanto en cuanto dicho Reglamento no vea la luz con un contenido final, dejaremos citado que, ante dicha falta de definición, la posición del TJUE concretando sus criterios está consolidada, y la doctrina la ha asumido como propia. El Tribunal ha expuesto que en las instituciones jurídicas en las que no existe una definición legal y el legislador europeo no se remite al Derecho de los Estados miembros para regularlas, se debe realizar una interpretación autónoma y uniforme del concepto en el ámbito del derecho europeo, aplicable en toda la Unión. En cuanto a los criterios que deben emplearse para fijar esta residencia habitual, a partir de la sentencia de 2 de abril de 2009, caso A, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, los hechos a valorar son los de la duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado. También la nacionalidad del menor,

el lugar y las condiciones de escolarización, sus conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Algunos supuestos han ido concretando esta doctrina general con puntualizaciones. Por ejemplo, que la presencia física del menor es criterio inicial imprescindible sin el que no se puede considerar que tiene residencia en la UE, aunque no es un criterio suficiente, debiendo concretar el tipo de residencia que se tiene. O que en la valoración entre criterios, la nacionalidad y los orígenes de los menores decaen frente a una mayor presencia física en otro Estado que no es el de su nacionalidad.

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

115. FALTA DE PRUEBA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE UNA RETENCIÓN ILÍCITA DE MENOR EN ESPAÑA (SAP Málaga 6ª 27 febrero 2024)

116. VALORACIÓN DE LA ILICITUD DE DESPLAZAMIENTO ILÍCITO DE MENORES A FRANCIA. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES E INCOMPETENCIA DE LOS FRANCESES (AAP Valencia 10ª 11 marzo 2024)

117. VIOLENCIA FAMILIAR. DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS DE LA MENOR NO SE ESTIMA OPORTUNO ACORDAR EL RETORNO DE LA HIJA DE LOS PAÍSES BAJOS AL DOMICILIO MATERNO (SAP Barcelona 18ª 4 abril 2024)

118. EL TRASLADO DE LA MENOR, DE NACIONALIDAD IRLANDESA, ES ILÍCITO, PROCEDiendo SU RETORNO A SUECIA, SU LUGAR DE PROCEDENCIA (SAP Alicante 6ª 25 abril 2024)

119. TRASLADO ILÍCITO DE MENOR. ORDEN DE RETORNO ANTE LA AUSENCIA DE QUE SE EXPONGA A LA MENOR A UN GRAVE RIESGO DE PELIGRO FÍSICO O PSÍQUICO (SAP Navarra 3ª 9 mayo 2024)

120. MEDIDAS SOBRE EL HIJO MENOR NO RESIDENTE EN ESPAÑA EN UN PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO SUSTANCIADO ANTE NUESTROS TRIBUNALES (STS Civ 1ª 10 julio 2024)

Observaciones. 1. Las 16 páginas densas de la STS 1ª 10 de julio de 2024 son un buen compendio de los problemas de competencia judicial internacional y, en menor medida, de ley aplicable que pueden concentrarse en un proceso de divorcio: disolución del vínculo matrimonial, obligaciones alimenticias y cuestiones relativas a la responsabilidad parental; en este caso respecto del único hijo común de los cónyuges. La cuestión podría haberse completado aún más, si hubiera entrado en liza la posible pensión compensatoria (que se descarta) y las complicaciones derivadas de un potencial traslado ilícito del menor, que se considera liquidado. En este marco general, la salsa la pone la residencia habitual del hijo, que, junto con su madre, se encuentra en Bielorrusia. Bielorrusia no es Estado parte en el 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 (en adelante, Convenio de 1996).

* Profesor contratado doctor. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Con todo este panorama, no sería descabellado imaginar un fallo sumario más o menos acertado. Pero lo cierto es que la Sentencia es ejemplar. Es ordenada, clara y correcta en una fundamentación amplia y detallada. Y aquí podrían acabar estas observaciones. Con un mero consejo de que se lea, para aprender. Mas, para hacerle justicia, comentaré un par de cuestiones muy menores y señalaré algunas otras especialmente bien resueltas.

2. La primera se refiere a la existencia de desarrollos ajenos al caso. Es decir, afirmaciones que, siendo correctas, podrían ser relevantes en otros supuestos, pero no en este.

En esta categoría encuadro las afirmaciones sobre la aplicabilidad del art. 8 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (aplicable al caso por razones temporales) en las relaciones con los órganos jurisdiccionales de terceros Estados. O las afirmaciones sobre las relaciones entre el citado Reglamento y el también citado Convenio de 1996. O el análisis del art. 10 del Reglamento. O las innecesarias alusiones a los arts. 9.6º y 9.7º Cc, como pasarelas hacia la aplicación del Convenio de 1996 y del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

En el primer caso quizá se esté queriendo decir que el Reglamento se aplica sin ninguna condición de preexistencia de un vínculo fijo con los Estados miembros. Que sus disposiciones se aplican cuando simplemente concurren sus supuestos de hecho. Y que el hecho de que pueda haber una implicación de jurisdicciones de un tercer Estado es irrelevante. Pero hablar de su art. 8 como ejemplo, en este caso no es pertinente, pues el menor no tenía su residencia habitual en un Estado miembro. El art. 8 del Reglamento nunca sería aplicable.

En el segundo, el hecho de que Bielorrusia no sea Estado parte en el Convenio de 1996 hace inútil la referencia a sus relaciones con el Reglamento.

El análisis del art. 10 del Reglamento es igualmente innecesario, simplemente porque la situación enjuiciada no se corresponde con su supuesto de hecho.

Y, por último, lo que diga el Código civil sobre la aplicabilidad de los dos convenios mencionados es tan irrelevante, ahora que dice algo, como lo era cuando no lo decía: y los convenios eran de aplicación igualmente... o como lo será si algún día el CC cambia: y los convenios seguirán siendo de aplicación mientras, de acuerdo con el Derecho de los tratados, sigan obligando a España, bien directamente (Convenio de 1996), bien a través de la sujeción de la Unión Europea (Protocolo de 2007).

3. La segunda, se refiere a un error que no tiene trascendencia alguna para el caso, pero que como le he dedicado en el pasado alguna reflexión, lo señalo sin extenderme en todo su alcance, que requeriría un complejo razonamiento de reducciones teleológicas de la letra de la regla, con las que no siempre he estado de acuerdo. Me limitaré, pues, a exponer la razón más simple y evidente de por qué no vale cambiar una palabra por otra. Al citar el art. 3. a) del Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, el TS se refiere a la competencia de los tribunales de la residencia habitual del “deudor”, cuando debería decir del “demandado”.

El foro de la residencia habitual del “deudor” supondría potencialmente una vía de reclamación a este para los casos de petición de modificación o eliminación de la obligación alimenticia que, dada la carga sustantiva que tienen estos foros, abriría un *forum actoris* indeseable. Se puede justificar que el acreedor alimenticio acuda a la autoridad judicial de su residencia habitual, pero no que el deudor pueda acudir a los tribunales de la suya. De ahí, entre otros motivos menos nítidos, que no sea *deudor*, sino *demandado*, el criterio utilizado por el art. 3. a) de este Reglamento.

4. Por último destacaré algunos puntos en los que la sentencia acierta y no son siempre evidentes. Es interesante el análisis que realiza sobre la determinación de la residencia habitual del hijo. Detallado y minucioso. Seguro que pueden ponerse matices a algunos pasajes, pero la sentencia hace lo que tiene que hacer. Y dentro de este apartado, destaco la correcta hipótesis (que el TS plantea y descarta) de que, si el hijo hubiera tenido su residencia habitual en España, pudiera seguir teniéndola aún después de su traslado a Bielorrusia (durante algún tiempo).

Del mismo modo, debe valorarse positivamente la distinción que hace entre oponerse a la adopción de medidas y oponerse a la existencia de competencia judicial internacional para adoptarlas, a los efectos del art. 12 del Reglamento, así como la valoración de la intervención del Ministerio Fiscal a este respecto; también la valoración que hace del art. 12.4º del Reglamento (interés del menor con residencia habitual en un tercer Estado no parte en el Convenio de 1996); la forma en que liquida el tema de la ley aplicable a la responsabilidad parental, no solo aludiendo al art. 15.1º del Convenio de 1996, sino valorando la inexistencia de una ley más estrechamente vinculada (art. 15.2 del mismo); en la valoración de los derechos de visita, la separación entre procedimiento de retorno basado en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre el traslado ilícito de menores, y el procedimiento que da lugar al recurso que resuelve; y otros extremos que alargarían innecesariamente estas observaciones

En definitiva, nos encontramos ante una buena Sentencia, a la que yo solo le quitaría algo de literatura.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*

NACIONALIDAD

121. EL APELANTE HA VENIDO COMPORTÁNDOSE COMO ESPAÑOL POR LO QUE HA CUMPLIDO EL REQUISITO DE FAMA, *TRACTATUS* Y *NOMEN* QUE ES TRASUNTO DE LA MENCIÓN DEL ART. 18 CC (SAP La Palmas 5ª 13 julio 2023)

122. VISTA LA DOCUMENTACIÓN APORTADA, EL APELANTE HA ACREDITADO SU CONDICIÓN DE SEFARDÍ ORIGINARIO DE ESPAÑA DE CONFORMIDAD CON LA LEY 12/2015, CONFORME A LOS APS. 1.2 F) Y 1.2 G) DE LA MISMA (SAP Madrid 10ª 4 octubre 2023)

123. EL ACTOR ACREDITA Y CUMPLE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY 12/2015 DE 24 DE JUNIO, PARA QUE LE SEA CONCEDIDA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR SU CONDICIÓN DE SEFARDÍ ORIGINARIO DE ESPAÑA (SAP Madrid 11 marzo 2024)

124. CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA AL APORTAR LA SOLICITANTE EL CERTIFICADO ACREDITATIVO DE LA CONDICIÓN DE SEFARDÍ EXPEDIDO POR EL PRESIDENTE Y EL RABINO DE LA FEDERACIÓN JUDÍA DE NUEVO MÉXICO (SAP Madrid 11ª 27 marzo 2024)

Observaciones: 1. Las tres sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid objeto de esta Nota tienen en común resolver en apelación tres recursos contra resoluciones de sendos Juzgados de 1ª Instancia de Madrid desestimatorias de demandas de concesión de la

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela.

nacionalidad española, previamente denegadas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGSJFP). Su relevancia reside en la delimitación que realiza la Audiencia Provincial de Madrid sobre el alcance probatorio de la documental que acredita la condición de sefardí originario de España, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 12/2015, de 24 de junio en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España, norma complementada por la Instrucción de 29 de septiembre de 2015, la Circular de 6 de febrero de 2019 y la posterior Circular aclaratoria de 29 de octubre de 2020 de la DGRN/DGSJFP. A lo que cabe agregar la corrección del criterio sostenido por la sección 9ª de la misma Audiencia Provincial en sentencia de 6 de julio de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:11925), ya anotada en el Volumen XXII de este mismo Anuario.

2. Conviene recordar que a fecha 31/03/2024 los datos globales de las solicitudes, resoluciones y expedientes al amparo de la Ley 12/2015 son notables. Según información facilitada por la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil, el total de solicitudes recibidas en el Consejo General del Notariado ha sido de 153.774 y recibidas en la DGSJFP 88.507. En cuanto a las resoluciones a dicha fecha se han resuelto 79.179 de las que 72.073 son concesiones favorables, 7.106 son denegaciones y 64 son archivos (por desistimiento o por obtención de la nacionalidad española por otra vía). En relación con los recursos de alzada, han sido estimados 1.066. Pendientes ante la DG 9.263. Estas cifras dan idea de lo que queda por resolver aún en sede administrativa y de las demandas por venir en autos civiles de solicitud de nacionalidad y sus posibles recursos de apelación si los Juzgados de Primera Instancia siguen avalando los criterios de la DGSJFP sobre el valor probatorio de los certificados expedidos para acreditar la condición de sefardí originario de España y la genealogía del apellido sefardí del interesado. Justamente son estos criterios de los que se ocupan las tres sentencias objeto de esta Nota.

3. Frente a los *criterios* establecidos en varias circulares de la DGSJFP (dirigidas a los notarios) acerca del valor probatorio de los certificados expedidos por las autoridades competentes en orden a la valoración del origen sefardí del interesado y a la genealogía de su apellido sefardí, la Audiencia Provincial ha entendido que si el notario ha comprobado, a la vista de la prueba documental, que el interesado reúne los requisitos legales para ser considerado sefardí originario de España, la Dirección General solo podría denegar la concesión de la nacionalidad sobre la base de lo establecido en la Ley, pero no basándose exclusivamente en sus propias circulares (FJ Segundo, SAP 27/03/2024, Recurso nº 716/2023).

4. A lo que cabe agregar la crítica de la misma Audiencia Provincial al criterio rígidamente formalista (*sic*) de la DGSJFP en la valoración de cada una de las pruebas documentales. Y así, declara que: pugna con el espíritu de la Ley 12/2015 cuya exposición de motivos afirma que la ley pretende ser un punto de encuentro entre los españoles de hoy y los descendientes de quienes fueron injustamente expulsados a partir de 1492, y se justifica en la común determinación de construir juntos, frente a la intolerancia de tiempos pasados un nuevo espacio de convivencia y concordia que reabra para siempre a las comunidades expulsadas de España las puertas de su antiguo país (FJ Tercero, SAP 11/03/2024).

5. Recordemos brevemente que la DGSJFP ha tachado de insuficientes algunos certificados probatorios de la condición de sefardí originario de España expedidos por las autoridades señaladas en los apartados b) y c) del art. 1º de la Ley 12/2015. En concreto, los del presidente o cargo análogo de la comunidad judía de la zona de residencia o ciudad natal del interesado (ap. b) y los de la autoridad rabínica reconocida legalmente en el país de residencia habitual del solicitante (ap. c). Para la validez de estos documentos, la norma señala que alternativamente el solicitante habrá de aportar: 1.º Copia de los Estatutos originales de la entidad religiosa extranjera. 2.º Certificado de la entidad extranjera que contenga los nombres de quienes hayan sido designados representantes legales. 3.º Certificado o documento que acredite que la entidad extranjera está legalmente reconocida en su país de origen. 4.º

Certificado emitido por el representante legal de la entidad que acredite que el Rabino firmante ostenta, efectiva y actualmente, tal condición conforme a los requisitos establecidos en sus normas estatutarias.

6. Los motivos que aduce la DGSJFP para rechazar estos certificados son básicamente dos. Por una parte, es preciso que la autoridad que expida los certificados tenga competencia territorial y en concreto sea la del lugar de residencia o ciudad natal del interesado. Por ejemplo, en la SAP 11/03/2024 consta que la DGSJFP rechazó –por no coincidencia con el lugar de residencia o de nacimiento del solicitante (nacional colombiano y residente en Bogotá)– los certificados de la Federación Judía de Nuevo México (Albuquerque, EE. UU. de América) o de la Congregación OrVeShalom de Atlanta (Estado Unidos de América). Esto es coherente con el requisito que expresamente exige la Ley 12/2015. Por otra parte, también rechaza la DGSJFP aquellos certificados que no prueben de modo fehaciente que la genealogía del interesado (es decir, su apellido) esté vinculada con aquellos sefardíes que abandonaron España. Este es un criterio que figura en la Circular de 6 de febrero de 2019 dirigida a los Notarios, pero no en la Ley 12/2015 que, como es sabido, establece una panoplia de certificados que permiten valorar en su conjunto la condición de sefardí y la vinculación del interesado con España.

6. Pues bien, a modo conclusivo de esta Nota, destacar lo relevante a efectos interpretativos según la Audiencia Provincial de Madrid. Y es que, por una parte, la Ley 12/2015 no exige aportar una genealogía familiar que vincule al solicitante con el linaje sefardí originario de España. Antes bien, el Informe de la letra f) del art. 1.2º Ley 12/2015 relativo a la pertenencia del apellido con el linaje sefardí de origen español es un dato más a valorar de entre los distintos elementos de vinculación que posibilita la norma; y, por otra parte, aunque el juicio técnico del Notario no vincula a la DGSJFP, que puede discrepar por considerar insuficiente o inadecuada la prueba de los requisitos legales exigidos para la concesión de la nacionalidad española, los órganos judiciales ante los que se impugna la decisión de la DGSJFP pueden no compartir la valoración de esta y coincidir con la que efectuó el Notario. Por tanto, esa valoración está en todo caso sujeta a lo que se resuelva definitivamente por el juez que conozca de la impugnación de la DG.” (FJ Tercero, SAP 11/03/2024).

Esperemos que la DGSJFP tome en cuenta esta interpretación judicial de sus criterios a la hora de admitir la valoración notarial de la documentación aportada y conceda la nacionalidad en los expedientes amparados por la Ley 12/2015.

Marina VARGAS GÓMEZ–URRUTIA*

OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

125. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL AL AMPARO DEL REGLAMENTO ROMA II. APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA Y PRESCRIPCIÓN (SAP Madrid 11ª 22 diciembre 2023)

126. SIENDO DE APLICACIÓN LA LEY ESPAÑOLA, A LOS EFECTOS DE LA ACCIÓN FRENTE A LA ASEGURADORA HAY QUE ESTAR A LO DISPUESTO EN EL ART. 76 LCS Y AL REGLAMENTO 864/2007 QUE RECONOCEN AL PERJUDICADO ACCIÓN DIRECTA CONTRA LA MISMA (SAP Madrid 11ª 22 marzo 2024)

Esta decisión confirma la sentencia del Juzgado de instancia que estimó en parte la demanda de juicio ordinario contra las entidades A.V. y M., en ejercicio de sendas acciones

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. UNED.

directas ex. art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro, en reclamación de la cantidad de 87.292,48 €, en concepto de indemnización, por los daños causados tras un desprendimiento de retina en su ojo derecho, con resultado de pérdida total de la visión del mismo, sufriendo atrofia del nervio óptico, de la que son responsables las aseguradas de las demandadas. La sentencia, desestima la demanda respecto de Mapfre, con imposición de costas a la actora y estima en parte la demanda respecto de A.V. en este caso sin imposición de costas a ninguna de las partes. La recurrente argumentó que existía una errónea Se dice que hay una errónea integración del Convenio de Roma II y el clausulado – cláusula 32 – en cuanto al régimen aplicable, que es el alemán y que excluye el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora en tanto no exista un reconocimiento de deuda por parte del asegurado o un título ejecutivo.

La Audiencia Provincial de Madrid incluye el siguiente *obiter dictum*:

“(…) La aseguradora alega que la sentencia apelada integra inadecuadamente el Reglamento CE, 864/2007 de 11 de julio, Roma II, sin embargo el mismo, como dispone su art. 1.1, es de aplicación en caso de reclamación de responsabilidad extracontractual civil y mercantil en que exista un conflicto de leyes, como es aquí el caso puesto que estamos ante la reclamación de una responsabilidad nacida en el marco de un contrato, o en términos de las SSTJCE C-189/87, C-261/90, C-51/97, C-96/00; C-334/00; C-167/00, de una relación libremente establecida entre las partes o por una parte frente a la otra. Asimismo, en particular es aplicable lo dispuesto en el art. 4.1 de dicho Reglamento conforme al cual «la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño». En definitiva, la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en caso de lesiones personales es la del país donde se produce el daño directo que es aquel en el que se haya sufrido la lesión y que en el caso es España. Por su parte establece el art. 5.1 relativo a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos que: «Sin perjuicio del art. 4, ap. 2, la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será: a) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país», lo que también lleva concluir que la ley aplicable es la española. Por su parte el art. 15 incardinado en las normas comunes del Reglamento establece que «[l]a ley aplicable a la obligación extracontractual con arreglo al presente Reglamento regula, en particular: a) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos; b) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad; c) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada;...».

En consecuencia, siendo de aplicación la ley española, a los efectos de la acción frente a la aseguradora hay que estar a lo dispuesto en el art. 76 de la LCS que reconoce al perjudicado acción directa contra la misma.

No obstante, en cualquier caso, la acción directa frente a la entidad aseguradora también resulta del propio Reglamento 864/2007 al disponer en su art. 18 –también integrante de las normas comunes– que ‘[l]a persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro’.

Por tanto, la cláusula de contractual de sumisión al Derecho alemán no puede prevalecer sobre las normas de conflicto establecidas en normativa del Derecho de la Unión Europea que son imperativas, y en especial las previstas en sus Reglamentos, que son vinculantes y producen efecto directo y por ello son de aplicación en las relaciones entre particulares, tal como así se desprende del art. 288 TFUE al disponer que ‘El Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro’. Por lo tanto, una cláusula contractual no puede derogar o contradecir las normas – en este caso de conflicto– imperativas del Derecho de la Unión, ni tampoco prevalecer sobre éstas. Por otra parte, una cláusula como la estipulada en la póliza suscrita con Allianz Alemania

tal puede ser de preferente aplicación sobre unos preceptos también imperativos del Derecho español, como lo es el citado art. 76 que prevé la acción directa, la cual, es inmune a las excepciones que puedan corresponder a la aseguradora frente a su asegurado y solo puede oponer la culpa exclusiva de la víctima o las excepciones personales que pudiera tener contra ella.

Por lo demás, aunque es cierto que la aseguradora puede oponer frente al perjudicado las excepciones objetivas, lo que alcanza a las cláusulas que definen el riesgo asegurado y a la cobertura del seguro, no lo es menos que la cláusula 32 del contrato no delimita el riesgo objeto de cobertura. Esta cláusula no tiene por finalidad concretar el riesgo objeto del contrato concretando aquellos que quedan cubiertos, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, que es la esencia de las cláusulas definitorias del riesgo, sino que tiene por objeto determinar la ley aplicable en la relación contractual, cuyo contenido, no puede prevalecer frente a las normas imperativas aplicables del Derecho de la Unión Europea, ni por remisión al del Derecho español, ni es por ello oponible al tercero perjudicado”.

PERSONA Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

127. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APLICABLE EN LOS LITIGIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: FOTOGRAFÍAS PUBLICADAS EN FACEBOOK (STS Civ 1ª 24 junio 2024)

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por D.ª Ariadna contra la sentencia 124/2023, de 7 de junio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huesca. Los hechos más relevantes del caso son los siguientes: La demandante, ciudadana española con domicilio en la provincia de Huesca, y el demandado, ciudadano francés con domicilio en Francia, contrajeron matrimonio en mayo de 2021. Cuando se interpuso la demanda, el 29 de abril de 2022, se encontraban en trámites de divorcio. Los tribunales de instancia afirman que no existe prueba de que existiera una crisis matrimonial entre los litigantes cuando el demandado publicó en su muro de Facebook las fotografías cuestionadas. ii) Los días 31 de octubre y 13, 15, y 24 de noviembre de 2021 el demandado publicó en su muro de Facebook diversas fotografías, captadas en fechas anteriores, en las que aparecía la imagen de la demandante. Las imágenes habían sido tomadas con consentimiento de la demandante, que posó para la obtención de varias de esas fotografías. Son fotografías relativas a momentos agradables o lúdicos de la vida cotidiana de la familia, en muchas de las cuales aparece también el propio demandado, que fueron exhibidas por este en su muro de Facebook, sin que se haya acreditado que las mismas fueran accesibles al público en general, más allá de las personas expresamente autorizadas por el demandado, pues no está probado que el muro de Facebook del Sr. Alejandro fuera público. iii) El 14 de octubre de 2021 los litigantes mantuvieron una conversación por la aplicación Messenger de Facebook, en términos normales y afectivos, sin que conste ningún dato objetivo de que, en el momento de la publicación de las fotografías, apenas unas semanas después, existiera ningún conflicto entre la demandante y el demandado. La demandante había reaccionado con ‘jadore’ a la publicación en fechas anteriores por su entonces esposo de algunas de las fotografías; había hecho el comentario ‘belle photo, très belle’ a una fotografía publicada por el demandado el 14 de octubre de 2021, en el que aparece una imagen de la pareja; D. Genaro, amigo del demandado, publicó en Facebook, con el consentimiento de la demandante, imágenes de la boda de ambos litigantes y el propio demandado publicó en Facebook fotos de la boda, respecto de las cuales la esposa interactuó diciendo ‘jadore’. iv) La demandante manifiesta que la publicación de las fotografías en el muro de Facebook de su entonces marido se hizo sin su consentimiento, sin que el consentimiento para la realización de las fotografías en las que aparecía su imagen

implique el consentimiento para su publicación. Aunque dos testigos coincidieron en manifestar que la demandante era muy reticente a la publicación de su imagen en redes sociales, las sentencias de instancia consideran que, en atención a las circunstancias, el demandado pudo razonablemente entender que estaba autorizado por su esposa para la publicación de las fotografías. v) La demandante, en ningún momento anterior a la interposición de la demanda, manifestó ninguna objeción a la publicación de tales fotografías. Se declara en la instancia que es inverosímil que, si tanta afectación le ocasionaba la publicación de tales fotografías, no exigiera su inmediata retirada desde el mismo día 15 de noviembre de 2021 en que, como muy tarde, fue consciente de las publicaciones, según el WhatsApp que recibió de una amiga, en el que tampoco consta que, en ese momento, la demandante expresara sorpresa, indignación ni ninguna otra reacción ante la comunicación que le hizo dicha amiga.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso y esta decisión fue confirmada por el Tribunal Supremo. Entre otros argumentos el Alto Tribunal incorpora los siguientes:

“(…) Consideraciones previas sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable. Aunque el caso objeto del presente recurso presenta varios elementos extranjeros (nacionalidad y domicilio del demandado, nacionalidad y domicilio de la sociedad titular de la plataforma de la red social y de su filial que gestiona la publicidad para la versión francesa de la red social, etc.), la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y la aplicabilidad de la ley española están correctamente apreciadas por los tribunales de instancia.

Para determinar las reglas que fijan la competencia judicial internacional en los litigios de protección de los derechos de la personalidad en el ámbito de la Unión Europea hay que acudir al capítulo II del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El ap. 1 del art. 4 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, incluido en la sección 1 del capítulo II, titulada «Disposiciones generales», establece lo siguiente: ‘Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado’.

El art. 5 de este Reglamento, incluido en la misma sección 1, dispone en su ap. 1 lo siguiente: ‘Las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo’.

El art. 7 del mismo Reglamento, que forma parte de la sección 2 del capítulo II, titulada «Competencias especiales», establece en su punto 2 lo siguiente: ‘Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: [...] en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso’.

Es pacífico que las acciones de protección de los derechos de la personalidad están incluidas en este último apartado.

Por tanto, quien pretende interponer una demanda de protección de sus derechos de la personalidad respecto de una intromisión ilegítima causada por un contenido publicado en línea en un sitio de Internet (como es el caso del muro de una cuenta de Facebook), cuando concurre un elemento extranjero, tiene un doble fuero electivo, el general del domicilio del demandado y el especial del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso, que se refiere tanto al lugar del hecho causal como al lugar donde se ha materializado el daño. Asimismo, el TJUE (SS 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH*, y de 17 de octubre de 2017, asunto C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ*), al interpretar este último fuero, adaptado a las especialidades de

Internet, ha considerado también como lugar donde se ha producido o pueda producirse el hecho dañoso el centro de intereses del afectado, coincidente normalmente con su domicilio aunque no necesariamente, pues puede probarse que el centro de intereses principales se encontraba en otro Estado miembro.

En el caso objeto de este recurso, la demandante ha optado por el fuero del Estado en el que se han producido los efectos del hecho dañoso, por cuanto que la presunta vulneración de sus derechos fundamentales consistiría principalmente en la difusión de su imagen entre los internautas residentes en España, que constituye su centro de intereses principales, a falta de la justificación de que este no coincida con el Estado de su domicilio, y donde más personas pueden reconocerla como la persona que aparece en esas fotografías.

Respecto de la ley aplicable, el Reglamento (CE) n.º 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), excluyó de su ámbito de aplicación a las obligaciones derivadas de la vulneración de los derechos de la personalidad, al prever en su art. 1.2: ‘Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: g) las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación’.

Al no existir otro instrumento de Derecho de la Unión Europea ni de Derecho internacional en general que regule esta cuestión, para determinar la ley aplicable en estos casos hay que acudir a la regla contenida en el art. 10.9º Cc, a falta de otra regla más específica: ‘Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven’.

La aplicación de este precepto a los supuestos de vulneraciones de derechos de la personalidad por contenidos en línea en una página de Internet ha de conjugarse con los criterios de determinación del fuero del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 y, en concreto, con el criterio de la ley del lugar del daño, *lex loci damni*, entendido como el lugar donde se produce la difusión del contenido ofensivo.

Dado que la demanda ha sido interpuesta en el lugar de domicilio y centro de intereses de la persona ofendida, donde se habría producido el mayor daño por la difusión del contenido ofensivo en Internet, es aplicable la ley española, ley correspondiente al Estado donde se desarrolla el litigio”

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

128. LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DEBE LIMITARSE A LAS CUESTIONES DE VALIDEZ DE LAS PATENTES REGISTRADAS EN ESPAÑA, SIN PODER EXTENDER SU COMPETENCIA A LAS REGISTRADAS EN OTROS PAÍSES (AAP Barcelona 15ª 21 junio 2024)

La Audiencia estima una declinatoria por falta de jurisdicción o competencia judicial internacional de los Juzgados de lo Mercantil españoles, al corresponder a los tribunales norteamericanos, procediendo el archivo de las presentes actuaciones. De conformidad con este Auto:

“(…) Sobre la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil.

4. Teniendo en cuenta que uno de los demandados, HP. INC, tiene su domicilio fuera del territorio de la UE, la declinatoria de jurisdicción ha de resolverse de acuerdo con las normas internas sobre la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales españoles contenidas en los arts. 21 ss LOPJ. En cualquier caso, las normas De derecho interno, como dijimos en

nuestro auto de 12 de marzo de 1985, tienen su origen en el Derecho Comunitario y, en concreto, en el Convenio de Bruselas, por lo que los criterios del TJUE sobre las normas comunitarias pueden ser utilizadas por su estrecha relación con las normas propias.

5. Aunque el art. 22 ter LOPJ atribuye con carácter general a los Tribunales españoles las demandas dirigidas contra personas físicas o jurídicas con domicilio en España, en realidad dicho criterio sólo opera en defecto de los foros de aplicación preferente de los arts. 22, 22 sexties y 22 septies de la citada Ley y en defecto de sumisión expresa. En su recurso, el demandante, yendo más allá de lo estrictamente alegado en la instancia y, por tanto, con infracción de lo dispuesto en el art. 456 LEC, se extiende en detallar el origen de su relación con HP y los servicios prestados a la multinacional a lo largo de los años. Sin embargo, para determinar la jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil hemos de aproximarnos al fondo del asunto lo estrictamente imprescindible para definir la pretensión ejercitada y verificar si se corresponde con aquellas materias para las que la Ley determina un fuero preferente o dirimir, en términos generales, qué jurisdicción es la competente.

6. En este caso, como hemos adelantado, en la demanda se ejercita una acción declarativa, dirigida a que se reconozca al demandante como autor de una invención laboral y, de forma acumulada, una acción de reclamación de cantidad de la compensación económica justa que el art. 17-2º de la Ley de Patentes atribuye al empleado por las aportaciones a la invención, que se concreta en el 5% de los rendimientos netos obtenidos por HP por la explotación de la patente, que cuantifica en 50.000.000.000 millones de euros. Pues bien, en ese examen eliminar del contenido de la demanda, necesario para delimitar la jurisdicción de los Tribunales españoles, estimamos, al igual que la resolución apelada, que no existen puntos de conexión en España suficientes para atraer el conocimiento del asunto al Juzgado de lo Mercantil, por mucho que se pretenda la condena solidaria de HP España y, por tal motivo, que uno de los dos demandados tenga su domicilio en España.

7. En efecto, la acción reivindicatoria de la condición de autor de la invención y la compensación que el art. 17 reconoce al empleado respecto de las invenciones laborales tienen el mismo destinatario, HP INC, por ser el titular de la patente americana. No existe vinculación alguna de HP España con la patente en cuya gestación, solicitud y tramitación posterior ante la Oficina correspondiente de EEUU colaboró Modesto. Éste tiene nacionalidad americana, reside en EE UU y la patente fue solicitada vigente su relación laboral con HP INC, que es la titular de la invención. El hecho de que el demandante colaborara después en su tramitación y que la patente se concediera siendo empleado de HP España no es relevante, cuando menos para definir el tipo de acción que se ejercita y los tribunales competentes para conocer de ella. La colaboración del Sr. Modesto y sus aportaciones al procedimiento de concesión de la patente lo fueron en beneficio de HP INC y al margen de la relación laboral que mantenía con HP España.

8. Ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que el Sr. Modesto no es el autor único de la invención, sino que en su gestación colaboraron otros dos coinventores, que tienen reconocida dicha condición y que también son de nacionalidad americana. Consta, por otro lado, que estos tenían suscritos con HP INC acuerdos de cesión de derechos sobre la Patente (documento dos de la contestación).

9. En este contexto, la presencia como demandado de HP España, con domicilio en Sant Cugat, no se puede tomar en consideración para atraer el conocimiento de la demandada a la jurisdicción española, que carece de vinculación real con el objeto del proceso.

10. La jurisdicción es un aspecto de la soberanía de los estados, y así resulta de la regulación contenida en los arts. 22 LOPJ (*sic*), que atribuyen a los tribunales españoles, con carácter exclusivo y preferente, el conocimiento respecto de determinadas materias. Igualmente, es una expresión de la soberanía nacional la protección territorial de los derechos de propiedad industrial sometidos a registro en territorio nacional. Por ello, los tribunales españoles serán competentes para conocer de

los litigios en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos, y otros derechos sometidos a depósito o registro, cuando se haya solicitado o efectuado en España el depósito o el registro (fuero excluyente del ap. d) del art. 22 LOPJ).

11. Por lo tanto, la competencia de los tribunales españoles debe limitarse a las cuestiones de validez de las patentes registradas en España, sin poder extender su competencia a las registradas en otros países. El art. 17 prevé un derecho de compensación económica respecto de las patentes españolas (*lex loci protectionis*), no siendo suficiente que el empleado haya trabajado en España para una sociedad española si aquella no es la titular de la patente en nuestro país. Aunque en este procedimiento no se cuestione propiamente la validez del título, se ejercita un derecho de compensación íntimamente ligado a la inscripción de la patente y que sólo se puede hacer valer frente a su titular.

12. A nivel europeo, también se respeta el principio de territorialidad, y así resulta del art. 24.4 Convenio de Bruselas i bis (Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), que atribuye a los tribunales de cada Estado miembro la competencia en materia de registro o validez de una patente europea expedida para dicho Estado miembro, por lo que la competencia corresponde al tribunal del territorio para el que se concede la protección.

13. En el caso que nos ocupa, se pretende la aplicación de una ley nacional respecto de una patente extranjera, lo que implicaría una extensión desorbitada de la jurisdicción de los tribunales españoles sobre derechos exclusivos no nacionales. Por ello y por razones de cortesía internacional debemos declinar nuestra jurisdicción en favor de los tribunales americanos”

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS

129. LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL. CORRESPONDE AL SOLICITANTE DEL EXECUÁTUR DE UNA RESOLUCIÓN EXTRANJERA, ACREDITAR QUE FUE EMPLAZADO DE FORMA PERSONAL EN EL PROCEDIMIENTO EN EL EXTRANJERO, POR LO QUE ES CORRECTA LA DESESTIMACIÓN DEL EXECUÁTUR (AAP Barcelona 12ª 19 septiembre 2023)

130. LA SENTENCIA NORUEGA QUE SE PRETENDE EJECUTAR CONSTITUYE UN CRÉDITO AFECTADO POR UN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN CON LA QUITA PREVISTA EN EL MISMO DEL 95% PUDIENDO SEGUIR LA EJECUCIÓN POR EL 5% RESTANTE (AAP Barcelona 15ª 23 octubre 2023)

131. LA SENTENCIA DICTADA POR LOS TRIBUNALES DE TETUÁN NO TIENE NINGÚN EFECTO MIENTRAS NO SEA NO SEA OBJETO DE EXECUÁTUR LO QUE COMPORTA LA IMPOSIBILIDAD DE ALEGAR LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA (SAP Madrid 22ª 18 diciembre 2023)

132. DENEGACIÓN DEL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA MARROQUÍ PORQUE HAN DE ACOMPAÑARSE AL ESCRITO DE DEMANDA DE RECONOCIMIENTO DETERMINADOS DOCUMENTOS EXIGIDOS POR EL ART. 28 DEL CONVENIO HISPANO-MARROQUÍ QUE SON DE INEXCUSABLE PRESENTACIÓN (AAP Valladolid 1ª 15 enero 2024)

La Audiencia confirma la decisión de instancia que desestimó la demanda formulada por Don Severino rente a Doña María Luisa denegándose el reconocimiento y ejecución en España

y no se otorga el exequátur a la sentencia extranjera nº 504 dictada el 12 de octubre de 2021 por el Juzgado de Primera Instancia de Souk Sebt Ouled Nemma del Reino de Marruecos, por no reunir los requisitos exigidos por la Ley 29/2015 de 30 de julio. La Audiencia razona del siguiente modo:

“(…) La parte apelante con su recurso alega en esencia que con la sentencia aportada y traducida cuyo reconocimiento y ejecución pretende se cumplen los requisitos exigidos para el exequátur de una sentencia dictada por los Tribunales del Reino de Marruecos según el Convenio bilateral de Cooperación Judicial, que reconoce que es el aplicable en materia civil, mercantil y administrativa, suscrito entre España y Marruecos de fecha 30 de mayo de 1997.

Según dicho Convenio para que la sentencia dictada por los Órganos Jurisdiccionales competentes de España o Marruecos tenga autoridad de cosa Juzgada en el territorio del otro Estado es necesario, según el ap. 5 del art. 23, que no se encontrase pendiente proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el Tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse.

Este requisito no se cumple en el caso examinado. La demanda de divorcio se presenta por la esposa ante el Juzgado de Medina de Rioseco el día 17 de junio de 2021 incoándose el procedimiento judicial al día siguiente. Es obvio que en esa fecha no se había presentado demanda de divorcio ante el Tribunal marroquí que dictó la sentencia que se trata de reconocer. Se llega a esta conclusión porque la parte apelante no ha demostrado en qué fecha presentó su demanda. En segundo lugar, porque el día 16 de junio de 2021 se dictó por el Tribunal marroquí sentencia por la que se inadmitió a trámite una primera demanda y no se ha demostrado ni es concebible que tras esta decisión judicial la demanda que dio lugar a la sentencia de 12 de octubre de 2021 se presentase el mismo día o al día siguiente. En la sentencia de 12 de octubre de 2021 no se hace referencia al día de la presentación de la demanda sino al pago de las tasas judiciales que se abonaron el 8 de junio y el día 6 de julio de 2021. De los términos de la sentencia cabe deducir que el pago de las tasas fue previo a la formulación de la demanda y si una de las tasas se abonó el día 6 de julio de 2021 es de lógica inferir que la demanda se presentó después. Por tanto, no antes del día 6 de julio 2021 y en consecuencia en fecha posterior a haberse iniciado el procedimiento de divorcio ante el Tribunal español.

Ya el incumplimiento del requisito examinado bastaría para confirmar la resolución recurrida denegadora del exequátur.

Pero además para que pueda prosperar han de acompañarse al escrito de demanda de reconocimiento determinados documentos exigidos por el art. 28 del Convenio que son de inexcusable presentación para el reconocimiento del derecho cuales son el original del documento de notificación de la resolución, la certificación del Secretario del Tribunal que haga constar que la resolución no ha sido objeto de recurso de apelación, y una copia certificada conforme de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía.

Tales documentos, salvo el relativo a la irrevocabilidad del divorcio certificada por fedatarios, ni han sido aportados con la demanda de reconocimiento ni pueden sustituirse con solo el contenido de la sentencia que se trata de reconocer pues el art. 28 del Convenio exige que se presente la copia de la resolución a reconocer y además el resto de los documentos. De no ser esta la interpretación hubiera bastado que el art. 28 citado hubiese exigido solo la copia de la resolución acreditativa de su autenticidad sin hacer mención de ningún otro documento.

Ninguna prueba ha aportado el apelante de que la demandada conociese la existencia del procedimiento seguido ante el Tribunal marroquí ni de que la demandada hubiese sido emplazada o citada debidamente para haber ejercitado sus derechos de defensa tal como exige el art. 23. 2 del Convenio. No consta tampoco que se hubiese producido la notificación a través de alguna de las formas de notificación previstas en el Convenio en sus arts. 6 a 18.

Todo lo argumento produce como consecuencia necesaria la desestimación del recurso”.

133. PRETENSIÓN DE EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE UNA SENTENCIA EN PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIAS TRAMITADOS ANTE TRIBUNALES NORUEGOS E IRLANDESES (AAP Barcelona 15^a 19 enero 2024)

Esta Auto estima en parte un recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de N.A. Shuttle contra el auto de instancia y en su lugar estima en parte la oposición a la ejecución formulada por la ejecutada, ordenando que siga adelante únicamente por el 5% del crédito reconocido en sentencia, más una cantidad equivalente a la tercera parte de ese importe que prudencialmente se fija por intereses y costas. De conformidad con la presente decisión:

“(„) 6. De la documentación aportada por la ejecutada resulta que N.A. International y el resto de las empresas del grupo, entre las que se encuentra N.A. Shuttle ASA, se acogieron a procedimientos de insolvencias tramitados ante tribunales noruegos e irlandeses. La ejecutada aporta resolución de apertura de negociaciones de reconstrucción dictada por el Tribunal de Sucesiones, Quiebras y Ejecuciones de Oslo de fecha 8 de diciembre de 2020 (documentos uno) y la orden del Tribunal Superior Irlandés de fecha 7 de diciembre de nombramiento del examinador en el procedimiento *Examiner Process* (documento dos), con los certificados de reconocimiento expedidos en los términos establecidos en el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (documentos uno bis y dos bis).

7. El Tribunal de Sucesiones, Quiebras y Ejecuciones de Oslo dictó resolución 12 de abril de 2021 de ‘ratificación’ de la propuesta de reestructuración con convenido forzoso de la deudora (documento cuatro) y, en el mismo sentido, el Tribunal Superior de Irlanda aprobó el acuerdo de reestructuración para la viabilidad de la compañía de 26 de marzo de 2021 (documento tres).

8. El auto del Juzgado de lo Mercantil 2 de Málaga de 21 de febrero de 2022, dictado en el Procedimiento de Exequátur número 1225/2021, acuerda conceder el exequátur a la resolución de apertura de reconstrucción de 8 de diciembre de 2020 dictada por el Tribunal de Sucesiones, Quiebras y Ejecuciones de Oslo y a la resolución que ratifica la propuesta de reconstrucción con convenio forzoso de 12 de abril de 2021 dictada por el Tribunal de Sucesiones, Quiebras y Ejecuciones de Oslo (documento siete de la oposición).

9. El acuerdo de reestructuración aprobado en el procedimiento irlandés contempla como acreedores a los clientes por reclamaciones de daños y perjuicios por vuelos cancelados u otras antes de la fecha de la petición (documento cinco bis, p. 3), a quienes se les reconoce un dividendo del 5% de su crédito (documento cinco bis, p. 23). Con la oposición se aportan las opiniones legales emitidas por los abogados noruegos e irlandeses, BAHR y Matheson respectivamente, que se pronuncian sobre la aplicación de las Leyes de Reconstrucción irlandesa y noruega, indicando que tienen el efecto de que todo crédito derivado de hechos anteriores a la fecha de inicio del procedimiento concursal (o *Examinership Process*) se considerará un crédito pasado y los acreedores quedaran legalmente vinculados al Plan de viabilidad aprobado. Por lo tanto, todas las reclamaciones basadas en hechos ocurridos antes del 18 de noviembre de 2020 quedarían sujetas a dicha Ley (documento ocho).

10. En la medida que los vuelos que dieron origen al presente procedimiento estaban programados para operar con anterioridad a la apertura del concurso, esta reclamación viene plenamente afectada por el procedimiento concursal y por el Acuerdo de Reestructuración, ya que los hechos que generaron el devengo de la compensación económica ocurrieron con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal. Por lo tanto, la sentencia que se pretende ejecutar en el presente procedimiento constituye un crédito afectado por el acuerdo

de reestructuración por lo que está afectado por la quita prevista en el mismo del 95% pudiendo seguir la ejecución por el 5% restante.

11. Podemos concluir que debe despacharse parcialmente la ejecución al haber sido novado el crédito que se pretende ejecutar (transacción que consta en documento público, ex art. 556 LEC) por lo que se despachará por el 5% del crédito reconocido en sentencia. Por todo ello, debemos estimar en parte el recurso”.

134. PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA ANDORRANA. ALLANAMIENTO DEL DEMANDADO EN EL PROCEDIMIENTO DE ORIGEN Y NO CONTRARIEDAD CON EL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL (AAP Santander 4ª 6 febrero 2024)

135. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE SUCESIONES, QUIEBRAS Y EJECUCIONES DE OSLO QUE SE PRETENDE EJECUTAR EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO CONSTITUYE UN CRÉDITO AFECTADO POR EL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN (AAP Barcelona 15ª 19 febrero 2024)

136. NO HABIÉNDOSE RECONOCIDO LA SENTENCIA DICTADA POR LOS TRIBUNALES PERUANOS, NO CABE LA POSIBILIDAD DE ESTIMAR LA COSA JUZGADA PUDIENDO PERFECTAMENTE LA PARTE PRESENTA NUEVA DEMANDA ANTE NUESTROS TRIBUNALES (SAP Navarra 3ª 27 mayo 2024)

RELACIONES ENTRE CÓNYUGES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

137. LA REITERADA POSTURA PROCESAL DEL INTERESADO A LO LARGO DE LOS AÑOS, EN LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS, ADMITIENDO UNA Y OTRA VEZ LA EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD GANANCIAL, EXIME DE APLICAR LA LEY MARROQUÍ (SAP Madrid 22ª 27 marzo 2024)

RESPONSABILIDAD

138. NO PUEDE ALEGARSE COMO INFRINGIDO EL ART. 281.2º LEC PORQUE EL TRIBUNAL NO HAYA HECHO AVERIGUACIONES SOBRE EL DERECHO EXTRANJERO EN UN SUPUESTO DE ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN EN PORTUGAL (SAP Barcelona 11ª 5 octubre 2023)

139. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRÁFICO CAUSADO POR VEHÍCULO DE MOTOR EN EL EXTRANJERO. APLICACIÓN DE LA LEY DEL LUGAR EN QUE SE PRODUJO EL ACCIDENTE, SALVO QUE SEAN APLICABLES LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL ART. 4 DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1971 (SAP Ciudad Real 1ª 19 octubre 2023)

140. CARECE DE LEGITIMACIÓN PASIVA EL REPRESENTANTE EN ESPAÑA DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS EXTRANJERA QUE CUBRIÓ EL RIESGO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO Y CIRCULACIÓN DEL VEHÍCULO DE MOTOR (SAP 21ª 23 enero 2024)

SUCESIONES

141. SUCESIONES. FUERZA PROBATORIA DE DOCUMENTO APORTADO E INTEGRADO EN LA ESCRITURA DE MANIFESTACIÓN DE HERENCIA, QUE ES UNA FOTOCOPIA DE UN DOCUMENTO NOTARIAL DEL CERTIFICADO DE LOS AUTOS TRAMITADO ANTE UN JUZGADO URUGUAYO, DEBIDAMENTE LEGALIZADA, VISADA Y APOSTILLADA (SAP Lugo 1ª 22 noviembre 2023)

142. IMPUGNACIÓN DE VALIDEZ DE TESTAMENTO. LAS SENTENCIAS FRANCESAS APORTADAS DE CONTRARIO NO LIMITAN LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA DEL CAUSANTE (SAP Zamora 1ª 19 abril 2024)

La Audiencia de Zamora resuelve a favor del argumento de la parte apelada al entender que el testamento impugnado es válido y eficaz, cumpliendo rigurosamente con todos los presupuestos exigidos en nuestro Código civil y que las sentencias francesas aportadas de contrario no limitan la capacidad testamentaria del causante, existiendo además Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al respecto. De acuerdo con el presente Auto:

“(…) Expuesta la posición mantenida por ambas partes, hemos de adelantar que el recurso interpuesto no va a merecer favorable acogida. En primer término, se invoca por el recurrente la aplicación del Reglamento UE nº 1215/2012, sobre la validez y aplicación en España, sin necesidad de procedimiento especial alguno, de la Sentencia dictada por el Tribunal de Grenoble (Francia), de 2 de diciembre de 2013, que declara que D. Higinio estaba sometido a una medida de tutela reforzada que atribuía al curador designado una función de asistencia y control en los actos importantes de gestión de su patrimonio, y que dicha medida estaba vigente al tiempo del otorgamiento del testamento, el 16 de marzo de 2015, en la ciudad de Zamora.

Pues bien, conviene precisar que el art. 2 del citado Reglamento establece que se excluirán del ámbito de aplicación del mismo, entre otras materias, ‘el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable’, por lo que la primera de las pretensiones ejercitadas por el apelante debe ser desestimada, debiendo acudir al procedimiento correspondiente a fin de lograr el reconocimiento y aplicación en España de la sentencia que invoca y a los fines pretendidos”.

143. APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA A UNA SUCESIÓN INTESADA. INDEFINICIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO SOBRE LA POSIBLE APLICACIÓN DE LA LEY MARROQUÍ (SAP Cádiz 6ª –Ceuta– 9 mayo 2024)

Observaciones: 1. En el presente supuesto se estudia la reclamación respecto a una sucesión intestada abierta tras el fallecimiento de los abuelos de los demandantes en los años 1965 y 1981. Tras el fallecimiento se abrió la sucesión en Marruecos, de donde eran originarios. Los hijos de los abuelos fallecieron a su vez y los demandantes en este procedimiento son sus nietos. Estos nietos reclaman a sus actuales poseedores el 66% de los frutos y rentas de la única finca resultante en el caudal hereditario, sita en Ceuta.

2. En lo relativo a la ley aplicable a la sucesión de las partes, el debate se centró en si la ley aplicable era la marroquí o la española. En aplicación del art. 9.8º Cc vigente al tiempo del fallecimiento, la ley aplicable debía ser la de la nacionalidad de los fallecidos. Pues bien, en el proceso, los demandantes afirmaron que la sucesión se abrió en Marruecos porque los fallecidos “eran originarios” de dicho país, pero en ningún momento probaron que los mismos tuviesen dicha nacionalidad. Es incontrovertido que el marido falleció en 1965 y la esposa en

1981, pero la demanda solo relata su origen en Marruecos dando por hecho, por ello, que los fallecidos tenían nacionalidad marroquí. Sin embargo, dicha nacionalidad, siendo un elemento jurídico de fácil acreditación, nunca fue probada en el procedimiento.

3. Ante tal falta de prueba y sin referencia a que los fallecidos se hubiesen nacionalizado o no, la Audiencia Provincial coincide con el Juzgado de Primera Instancia en que de las pruebas celebradas en autos no puede desprenderse una nacionalidad u otra. De hecho, se apunta incluso más a la nacionalidad española. Esto es así a que en la certificación registral que se aportó con la demanda y de la que parte asienta el núcleo de sus alegaciones, figuran las personas fallecidas con lo que parecen dos apellidos, propio del sistema de filiación español, frente al marroquí. También es llamativo que en 1954 se hubiera vendido un inmueble a un extranjero si se tienen en cuenta las restricciones de acceso a la propiedad de súbditos foráneos en la legislación histórica en una ciudad como Ceuta, entendida habitualmente como de especial interés en su conjunto para la defensa nacional, sobre todo cuando el inmueble lindaría, según aquélla, con un establecimiento militar y, además, apareciendo como vendedora lo que hoy parece que vendría a ser el Ministerio de Defensa.

4. De hecho, como se criticó por los demandados desde su contestación a la demanda, aun fundándose en esas declaraciones de herederos marroquíes, se formulan unas peticiones que se contradicen con los derechos que se habrían reconocidos en las mismas si se hubiese aplicado el Derecho marroquí, ya que los demandantes se apoyan en las normas del ordenamiento jurídico español. Si esa aplicación del derecho español se debe a que se ha entendido que por el reparto desigual de cuotas hereditarias entre descendientes hombres y mujeres habría de entrar en juego el mismo por verse afectado el orden público en aplicación del art. 12.3º Cc se desconoce, puesto que nada se alegó al respecto. En tal situación de incertidumbre, aun de forma excepcional, ambas instancias acuerdan aplicar el derecho español, como subyace a lo dispuesto en el art. 33.3º Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil.

5. Sin embargo, debemos señalar que, más que aplicar el derecho español porque no se haya acreditado el derecho extranjero, que es lo que se derivaría de la doctrina del Tribunal Supremo respecto al art. 33 de la LCJl, lo que ha hecho el Tribunal es considerar que no existe una prueba, no del derecho marroquí, sino de la nacionalidad marroquí de los fallecidos. E incluso, infiere de las pruebas obrantes en autos, que los fallecidos debían haber obtenido la nacionalidad española, tanto por sus dos apellidos y por ello la aplicación de la ley española a su nombre, como por el hecho de que se le hubiese vendido por parte del Ministerio de Defensa una propiedad aledaña a un cuartel en la ciudad de Ceuta, lo que, en 1954, solo se podía llevar a cabo con ciudadanos españoles. Con esta falta de prueba de la nacionalidad marroquí de los fallecidos y la valoración de la prueba que se decanta por la tenencia de la nacionalidad española, se entiende que el Derecho aplicable a la sucesión debe ser el derecho español, y resuelve el procedimiento aplicándolo. Por ello los tribunales no afirman que la nacionalidad de los fallecidos fuese marroquí y que sin embargo no se probase el derecho marroquí y por ello entrase en juego el art. 33 LCJl. Lo que las dos instancias afirman es que no se ha probado la nacionalidad marroquí, y que de hecho de las pruebas de autos se desprende más la tenencia de la nacionalidad española de los fallecidos, y por ello se debe aplicar el derecho español según lo establecido en el art. 9.8º Cc, aplicable en dicho momento.

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

* Profesor contratado doctor. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

TRANSPORTE

144. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A UN CONTRATO DE TRANSPORTE DE MUDANZAS DESDE BÉLGICA A ESPAÑA (SAP Alicante 8ª 17 noviembre 2023)

145. EL PRINCIPIO DE CARÁCTER GENERAL ES LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR POR DAÑOS, PÉRDIDAS, AVERÍAS O PERJUICIOS CAUSADOS A LAS MERCANCÍAS TRANSPORTADAS (SAP Murcia 4ª 25 enero 2024)

146. DADO QUE LA RECLAMACIÓN DE CANTIDAD DERIVA DE UN CONTRATO DE TRANSPORTE EN EL QUE SE DESARROLLA UNA PARTE EN CARRETERA Y OTRA POR VÍA MARÍTIMA NO ES APLICABLE EL CMR (SAP MURCIA 4ª 8 FEBRERO 2024)

Observaciones: 1. En esta sentencia la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia desestima el recurso de apelación interpuesto por la apelante frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil en instancia que desestimó la demanda promovida por la empresa cargadora frente a la empresa porteadora tras la pérdida total de las mercancías transportadas (7.000 kg de carne de ovino fresca Halal en canal y 700 kg de hígado de ovino Halal) en un trayecto internacional desde Orihuela (Alicante) hasta Rouiba (Argelia). El trayecto se materializó por diferentes medios, hasta el puerto de Alicante por carretera, desde el puerto de Alicante hasta el puerto de Orán por vía marítima, y desde Orán hasta Rouiba por carretera. Debe recordarse que España es Estado contratante del Convenio CMR de 1956 (Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera), pero Argelia no, y que tanto España como Argelia son Estados parte de las Reglas de la Haya Visby de 1924 (Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924, para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque).

2. En relación con lo anterior cabe a su vez subrayar que el amplio o extenso ámbito de aplicación del CMR 1956 (art. 1) permite que sus normas entren en juego no siendo necesario que las diferentes localizaciones del lugar de origen y destino del transporte internacional estén ubicadas en un Estado contratante del Convenio bastando que tan solo una de ellas lo esté.

3. Embarcada la mercancía en el puerto de Alicante conforme conocimiento de embarque se rechazó la entrada de dicha mercancía en el punto de inspección fronterizo de Orán indicándose que el producto infringía las normas de higiene y seguridad sanitaria de alimentos siendo las mercancías totalmente destruidas.

4. El juzgado de instancia desestimó la demanda al apreciar que la acción estaba prescrita al tiempo de dirigir la reclamación extrajudicial y de presentar la demanda, declarando que el marco jurídico de aplicación en materia de prescripción en este supuesto es el art. 32 CMR 1956 en detrimento de lo dispuesto por el art. 1968.2º Cc. De la configuración del propio precepto del texto internacional puede atisbarse dos supuestos bien diferenciados en cuanto a su regulación, por un lado, un plazo de prescripción general de un año y, por otro, en los casos de dolo o falta equivalente a dolo según la Ley de la jurisdicción escogida, la prescripción de tres años. La prescripción corre: en caso de pérdida parcial, avería o mora a partir del día siguiente en que se entregó la mercancía; para el caso de pérdida total, a partir de treinta días después de la expiración del plazo convenido o, de no existir éste (como el caso analizado) a partir de sesenta días desde que el transportista se hizo cargo de la mercancía. Desde luego, la reclamación escrita interrumpe la prescripción hasta el día en que el transportista rechaza la

reclamación por escrito con devolución de los documentos que acompañaban a la misma, cuestión que se dio una vez transcurrido el plazo general de prescripción de un año.

5. Los motivos argumentados por la apelante en su recurso pivotan sobre la aplicación combinada de los arts. 17 ss CMR en conjunción con los arts. 48–49 LCTT sobre la activación del sistema de responsabilidad del transportista, la carga de la prueba y las causas de exoneración de responsabilidad ordinarias o privilegiadas.

6. La Audiencia a partir del Fundamento de Derecho segundo articula una nítida argumentación (aplicando la norma que consideran procedente) que desemboca en la desestimación del recurso interpuesto por la apelante no sin antes reprochar tanto a ésta como al juzgado de instancia que hayan ignorado la parte del trayecto efectuada por mar mostrando su total desacuerdo con la normativa aplicada (el CMR 1956).

7. Entiende la Audiencia que no es aplicable el CMR al no desarrollarse por carretera la totalidad del trayecto y que el rechazo de la mercancía en el puerto de Orán evidencia la aplicación de las normas marítimas vigentes a la cuestión de fondo, entre ellas la determinación del plazo de prescripción. La realidad es que tampoco es tan clara o evidente la aplicación de las Reglas de la Haya Visby de 1924 y, en su caso para lo no contenido allí, la aplicación subsidiaria de la LNM española en materia de activación del sistema de responsabilidad de la porteadora. Y nos explicamos, de los datos proyectados por la sentencia de la Audiencia, en especial el Fundamento de Derecho primero, párrafo segundo y tercero, se concreta de forma genérica que la mercancía queda embarcada en el puerto de Alicante. Sin embargo, como bien es sabido el art. 2 CMR 1956 posibilita en dicho precepto el denominado transporte superpuesto que no queda claramente excluido de la controversia obrante en autos. Si el transporte se hubiese materializado de esta forma con el vehículo y sin ruptura de carga transportado por vía marítima las normas del CMR son aplicables al conjunto del transporte (entre ello las cuestiones debatidas sobre la prescripción de la acción). Y dicho esto, únicamente serían de aplicación las normas contenidas en las Reglas de la Haya Visby de 1924 en el supuesto en el que los daños en las mercancías hubiesen sido producidos o causados por un hecho que no ha podido producirse más que durante y por razón del transporte no realizado por carretera. Pero de lo dispuesto en el fallo de la Audiencia nada se concreta sobre ello, desconociendo la parte del trayecto multimodal en el que afloran tales daños que derivan en una pérdida total de la mercancía transportada desde Orihuela hasta Rouiba. Por otro lado, nada dice tampoco la Audiencia en su fallo sobre si las partes se han acogido, en lo que califica como transporte multimodal, a un sistema de responsabilidad en red en la que la activación del sistema de responsabilidad queda regulada por la normativa unimodal en la que aflora el daño y que desconocemos (si es por carretera CMR 1956 –prescripción de acciones art. 32 y sistema de responsabilidad arts. 17 ss.– o si es por mar las Reglas de la Haya Visby de 1924 –caducidad de la acción art. 3.6.4 y sistema de responsabilidad 4, 4 bis ss.–) o a un sistema uniforme con régimen propio y pactado con anterioridad por las partes según usos y costumbres comerciales internacionales, mucho más exhaustivo o severo y particularizado que el derivado de los regímenes unimodales.

8. Si fuere, en su caso, el primero de los sistemas multimodales el aplicado y, vista la ausencia de datos en sentido contrario así parece ser, la no concreción de los daños generados en vía marítima como es el caso y, para un sector, el del transporte multimodal, que adolece de una regulación convencional sobre la activación del régimen de responsabilidad por daños en la mercancía transportada con una fase internacional por carretera y otra fase marítima internacional en régimen de conocimiento de embarque por mar, el plazo de ejercicio de la acción y en consecuencia el marco normativo de aplicación del sistema de responsabilidad que debe activarse es el régimen menos gravoso para la parte cargadora o remitente de la mercancía que es sin duda el determinado por el Convenio CMR 1956 que prevé en su art. 32 un plazo de prescripción de un año en comparación con la calificación de caducidad dada por el art. 3.6.4 de las Reglas de la Haya Visby. En esto sin duda no está atinada la Audiencia. Eso

sí, desde luego en ambos casos, según los datos obrantes en el fallo el plazo para la interposición de la acción ha transcurrido.

Unai BELINTXON MARTÍN*

147. ACCIÓN DIRECTA DEL TRANSPORTISTA EFECTIVO CONTRA EL CARGADOR PRINCIPAL EN EL TRANSPORTE INTERNACIONAL POR CARRETERA REGIDO POR EL CONVENIO CMR (SAP NAVARRA 3ª 2 ABRIL 2024)

Observaciones: 1. En esta sentencia la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Navarra estima el recurso de apelación interpuesto por la apelante frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil en instancia que estimó la demanda promovida tras la activación de la acción directa por la empresa porteadora frente a la empresa expedidora-vendedora de la mercancía a transportar en un contrato de compraventa internacional de mercaderías. La empresa expedidora de la mercancía, de origen navarro, y quien no había contratado el transporte para un trayecto Segovia (España)- Souk el Arbaa (Marruecos), ni se encontraba en la posición de cargadora contractual tras el impago del precio del porte por parte de la cargadora principal (entidad de origen marroquí) a la empresa transportista, es la parte apelante.

2. La Audiencia acierta de plano al considerar que la empresa navarra constaba por equivocación como cargadora contractual de la mercancía en la carta de porte CMR debido a un error provocado por la parte demandante a la hora de redactar de manera unilateral tanto, la carta de porte, como, el documento de control, sin tener en cuenta que el cargador contractual real era la empresa marroquí que había contratado el transporte y que la empresa navarra únicamente era la empresa vendedora de la mercancía quedando dicha relación comercial de compraventa sujeta al Incoterm EX Works. De esta manera la empresa comparadora, la entidad marroquí, queda obligada a gestionar y asumir todos los costes de las operaciones que forman parte de la cadena de logística a partir de la recepción de la mercancía: carga en el primer vehículo, transporte inicial, costes en terminal de origen, despacho de exportación, transporte principal, despacho de importación, costes en terminal de destino, transporte final y descarga. De tal manera que bajo las condiciones EX Works el vendedor es ajeno al transporte de la mercancía y su obligación se circunscribe a la entrega de la mercancía poniéndola a disposición del transportista inicial en sus propias instalaciones o bien en otro lugar que haya convenido con el comprador.

3. Por otro lado la Audiencia deja claro en su Fundamento de Derecho tercero que la calificación de cargador engloba a quien contrata en nombre propio la realización de un transporte y frente al cual el porteador se obliga a efectuarlo según lo dispuesto por el art. 4 de la LCTT española. En este mismo Fundamento de Derecho tercero la Audiencia aclara que la empresa navarra estaba identificada en la carta de porte como la persona jurídica que había contratado directamente a la empresa transportista para efectuar los transportes de las mercancías hasta Marruecos. Sin embargo, ello no era así pues tal y como se afirmó en el propio escrito de demanda el transporte fue contratado por la empresa marroquí.

4. En relación con lo anterior, la Audiencia dedica el Fundamento de Derecho cuarto a recordar que conforme al art. 9 Convenio CMR la carta de porte da fe, salvo prueba en contrario, de las condiciones del contrato y de la recepción de la mercancía por el transportista. La Audiencia da por acreditado que en este caso la demandada no tomó parte de la relación contractual de transportar limitándose a desempeñar el rol de mera expedidora de la

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad Pública de Navarra.

mercancía transportada según Incoterms Ex Works pactado en el contrato de compraventa de mercaderías con la empresa compradora de origen marroquí.

5. Apunta muy acertadamente de igual forma la Audiencia navarra en el párrafo tercero del Fundamento de Derecho cuarto que la acción directa configurada por la legisladora española en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 9/2013 de 4 de julio no legitima pasivamente a quién no fue cargador ni intervino en la cadena de subcontratación. En efecto, como se desprende de la lectura del precepto nos encontramos ante una acción que puede dirigirse tanto contra la cargadora contractual del transportista o porteador, como contra los restantes intervinientes que con anterioridad al porteador efectivo se encuentren en la cadena de subcontratación del transporte. La acción se configura de una forma amplia extendiendo la legitimación pasiva a todas las operadoras que han posibilitado la realización del transporte por el porteador efectivo, aunque debe también advertirse que de una manera más restringida que la acción directa normativizada en el ordenamiento jurídico francés. Nos explicamos, la configuración de la acción directa regulada en el art. 132-8 del *Code de commerce* francés permite su proyección también sobre el destinatario de las mercancías, por lo que las posibilidades de éxito y el elenco de los sujetos o intervinientes con legitimación pasiva se incrementa. Un precepto amplio que queda a su vez reforzado por la doctrina jurisprudencial de la *Cour de cassation* francesa y por la doctrina científica que advierte de manera inequívoca que ni cargador ni destinatario pueden oponerse a ella, ni siquiera esgrimiendo haber abonado el pago del precio al comisionista del transporte que incumple respecto al porteador efectivo. En el ordenamiento jurídico español lamentablemente no ocurre lo mismo.

Unai BELINTXON MARTÍN*

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad Pública de Navarra.

