

Jurisprudencia española

ADOPCIÓN

46. LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DECLARANDO LA NO IDONEIDAD PARA UNA ADOPCIÓN INTERNACIONAL NO FUE ARBITRARIA, NI CARENTE DE MOTIVACIÓN (SAP A Coruña 6^a 1 septiembre 2022)

Observaciones: 1. Aún hoy en día, muchas personas desconocen que la adopción es un proceso jurídico que excede del ámbito de lo privado. Por este motivo, frecuentemente, se olvida que un niño no puede ser adoptado por cualquier persona y que, en consecuencia, no existe un derecho a adoptar por parte de los solicitantes de adopción, dado que no todos los posibles adoptantes reúnen las condiciones necesarias para ello. Resulta, por tanto, lógico que el Estado asuma el deber de verificar que la asignación de un menor a unos concretos adoptantes únicamente tenga lugar después de acreditar que los solicitantes reúnen las características necesarias, que garanticen que el niño se va a insertar en el entorno más adecuado para su educación y crianza.

Desde esta perspectiva, la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del requisito de la idoneidad de los adoptantes se considera como un medio de defensa de los derechos de los niños y encontraría su justificación en la necesidad de seleccionar a aquellos sujetos más capacitados para ser padres adoptivos, a través de un procedimiento que así lo confirme. Este es el propósito del art. 5.a) CH 1993, al establecer, respecto de las adopciones internacionales cubiertas por el Convenio, la obligación por parte de las Autoridades del Estado de origen de constatar que "los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar". Lo mismo cabe decir del el art. 10 LAI, que incorpora una definición de idoneidad y recoge las circunstancias que deben ser objeto de la valoración psicosocial; o del art. 176.2º Cc., que también explica los presupuestos a tomar en consideración en una valoración psicosocial. Igualmente y con idéntico objetivo, las Comunidades Autónomas han establecido reglas para el proceso de valoración y selección de las familias adoptivas.

Seguidamente, se realizará el comentario de la SAP A Coruña, Sec.6^a, de 1 septiembre 2022, en la cual se analizan algunas de las circunstancias que han de tomarse en consideración a la hora de llevar a cabo la valoración de la idoneidad de unos determinados adoptantes.

2. La SAP A Coruña resuelve el recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada en primera instancia, por la cual se desestima la demanda formulada en un proceso de oposición a la resolución administrativa dictada por la Directora Xeral de Familia, Infancia e Dinamización Xeográfica de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia, el 28 febrero 2020, en la que se acordó declarar la no idoneidad sobrevenida para la adopción internacional en Honduras de una familia adoptante. El Juzgado "a quo" decreta la desestimación de la demanda por entender justificada la declaración de no idoneidad para la adopción internacional. Ello, tras ponderar las circunstancias existentes en el momento en que se dictó la resolución administrativa, exponer la legislación y jurisprudencia aplicables, y en particular, valorar los informes periciales de los equipos psicosociales, de donde se deduce que la convivencia de la pareja no es continuada y efectiva y que uno de los adoptantes no reside en Galicia.

3. Como motivos del recurso de apelación, la parte recurrente alega los siguientes:

1º) Infracción de los arts. 460.1º, 2º y 3º LEC, al no tomar en consideración la resolución apelada que los apelantes han aportado certificación matrimonial que, a su juicio, acredita su decisión de reforzar la convivencia;

2º) Infracción de lo dispuesto en los arts. 10.3º Ley de Adopción Internacional y 6 Ley de Derecho civil de Galicia, por juzgar arbitraria la valoración realizada por el equipo psicosocial del

IMELGA y el cambio de criterio por parte de la Administración. Y por entender que la expresión "convivencia habitual y efectiva" no es sinónimo de convivencia permanente;

3º) La parte recurrente argumenta que el requisito de la residencia sólo se puede exigir en el momento de presentación de la solicitud de adopción, no durante su tramitación.

4. En síntesis, la Audiencia Provincial rechaza el recurso de apelación y confirma la sentencia apelada, sobre la base de los siguientes razonamientos:

1º) Entiende la Audiencia Provincial que el matrimonio es un hecho posterior a la decisión administrativa sobre la idoneidad, que no pudo ser valorado por los equipos técnicos de la Administración y por el equipo psicosocial del IMELGA. Por consiguiente, a juicio de la Sala, se trata de un dato que, además de que no acredita la convivencia continuada y efectiva de los miembros de la familia adoptante ni la residencia en Galicia del adoptante, en los términos requeridos por la normativa autonómica, tampoco puede tomarse en consideración en un proceso cuyo objeto es examinar si aquella decisión, en su momento, estaba justificada. Más aún, según observa la Audiencia, cuando no se ha solicitado la práctica de prueba pericial en segunda instancia. En este punto, la Sala razona que se han de tener en cuenta las circunstancias concurrentes cuando se produjo la decisión de la entidad pública competente y atiende a la vigencia temporal de la declaración de idoneidad o de no idoneidad y de los informes que le sirven de base, de acuerdo con el art. 10.3º LAI y el art. 81 Decreto autonómico 42/2000, de 7 de enero.

2º) La Sala estima que no se ha producido la alegada vulneración de los arts. 10.3 LAI y 6 de la Ley de Derecho civil de Galicia. Ello, conforme manifiesta el Tribunal "ad quem," toda vez que la adopción objeto de autos es una adopción internacional, en la cual el adoptando no se encuentra en Galicia y habida cuenta que la declaración de inidoneidad impugnada trae causa del examen realizado una vez transcurridos tres años desde la anterior declaración de idoneidad. Igualmente, la Audiencia considera que la nueva valoración cumple con los requisitos del art. 10.2º LAI y que la decisión de la Entidad Pública no puede tildarse de inmotivada o arbitraria, por el hecho de que anteriormente fuese declarada la idoneidad de los recurrentes y ahora no lo sea, puesto que las circunstancias han cambiado. En especial, vuelve a recalcar la Sala que de lo actuado se desprende que uno de los adoptantes se encuentra empadronado en Palma de Mallorca y realiza el trabajo en dicha isla, así como que los adoptantes sólo comparten residencia durante los períodos vacacionales, festividades y algún fin de semana. Todo esto conduce al Tribunal a concluir que no se cumple en el presente caso el requisito de la residencia habitual de los adoptantes en Galicia.

La Audiencia fundamenta sus conclusiones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, recuerda la Sala que el Alto Tribunal ha dejado bien sentado que la LAI concibe la adopción internacional como una medida de protección de menores y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Entre dichas garantías, se encuentra, como indica el Tribunal, el que los adoptantes gocen de idoneidad, así como el mecanismo para garantizar que dicha idoneidad concurre al verificarse una concreta adopción internacional; sin que las aspiraciones de cualquier persona a la paternidad o maternidad y a satisfacerla mediante la adopción, constituyan un derecho subjetivo que se tenga que satisfacer a toda costa.

Igualmente, el Tribunal *ad quem* trae a colación la definición de idoneidad de los arts. 10.1º LAI y 176.3º Cc. y pone de manifiesto que la idoneidad para la adopción requiere un plus respecto a la idoneidad habitual para ser progenitores biológicos. Valorando todo ello, la Sala declara que la adopción conjunta genera la expectativa de una relación de convivencia continuada con los dos adoptantes, que no se puede sostener cuando los adoptantes residen en domicilios diferentes, situados en lugares lejanos, situación que hace imposible un trato cotidiano y continuado de los dos adoptantes con el adoptado. Consecuentemente, la Audiencia avala la decisión de la Administración gallega, que, por lo demás, se encuentra respaldada por los técnicos de la Administración y por el equipo psicosocial del IMELGA,

3º) El Tribunal *ad quem* desestima asimismo el último de los motivos aducidos en el escrito de apelación, sobre la base del art. 76.1º Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, que regula los requisitos de las personas adoptantes y en cuyo apartado b) dispone que para poder ser adoptante es necesario residir habitualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia. En este punto, entiende la Sala que el expresado requisito se debe cumplir cada vez que se proceda a una nueva evaluación y decisión de la idoneidad de los adoptantes, al mismo tiempo que insiste en que la anterior declaración de idoneidad perdió su vigencia por el transcurso de tres años.

La Sala indica que, ciertamente, el art. 76.2º de la mencionada Ley prevé excepciones a la exigencia de que los adoptantes tengan su residencia habitual en Galicia, cuando “por carecer de familia idónea para un o una menor dentro de la comunidad autónoma, se considerase conveniente su adopción fuera de la misma”. Ahora bien, la Audiencia declara que el citado precepto no resulta de aplicación al supuesto sometido a su consideración, habida cuenta que la falta de idoneidad de los apelantes no implica que no haya otras familias idóneas dentro de la Comunidad Autónoma.

5. Tras el examen de los Fundamentos de Derecho de la SAP A Coruña, cabe concluir que los razonamientos de la Audiencia resultan plenamente acertados, por los motivos que a continuación se enuncian:

1º) Resulta obvio que, en relación con la capacidad de los adoptantes para adoptar, el requisito de idoneidad se exige igualmente en nuestro país en las adopciones nacionales e internacionales. Dicha exigencia tiene como finalidad garantizar que el adoptante seleccionado sea el que más se adapta a las necesidades y características del adoptado. No se trata, entonces, de un simple trámite administrativo, sino que su propósito es asegurar la adaptación del menor a la familia en la que va a crecer y evitar que se produzca el fracaso en la relación adoptantes-adoptando. Por este motivo, la declaración de idoneidad de los adoptantes es una condición esencial de obligado cumplimiento, que se toma en defensa de los derechos del menor, que, al fin y al cabo, son los que se consideran preferentes en materia de adopción. Estas consideraciones apoyan los argumentos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, que, por lo demás, ha interpretado correctamente la LAI y la doctrina del Tribunal Supremo sobre la misma, que, en materia de adopción, declara que el interés prevalente es el de los menores y que la exigencia de declaración previa de la idoneidad de los solicitantes para la adopción es un mecanismo para salvaguardar los derechos de los niños

3º) La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en su art. 10.1º, incorpora una definición de idoneidad, entendiendo dicho concepto como la “capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional.” Al mismo tiempo, el ap. 2, que establece la necesidad de una valoración psicosocial, matiza este concepto, al requerir que dicha valoración verse sobre “la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes”, así como su “capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias”, a lo que debe añadirse cualquier otro extremo de utilidad en relación con la “singularidad de la adopción internacional.” Una descripción similar se contempla en el art. 176.2º Cc, poniendo, además, que aquellos que se encuentren privados o suspendidos del ejercicio para la patria potestad o quienes tengan confiada la guarda de sus hijos a la Entidad Pública, no podrán ser declarados idóneos. De este modo, el legislador español vincula la idoneidad con la aptitud para el ejercicio de las funciones correspondientes a la patria potestad.

Ambos preceptos han sido aplicados adecuadamente por el Tribunal *ad quem*, que también ha dejado sentado que, en lo referente a la idoneidad de los adoptantes, es necesario exigir un plus respecto de la paternidad biológica. Ello, puesto que, por distintas circunstancias, la situación de partida de los posibles adoptantes es muy diferente a la de los progenitores por naturaleza, en

tanto que van a tener que enfrentarse a dificultades añadidas a las que, por si mismas, ya generan la paternidad o maternidad biológicas.

También resulta razonable la valoración que realiza la Audiencia de la situación familiar y relacional de los adoptantes, en tanto que pudiera influir en su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2º LAI.

4º) Asimismo, es lógico que, habiendo caducado la anterior declaración de idoneidad por el transcurso de los tres años previstos en el art. 10.3º LAI, los datos a verificar, a los efectos de emitir la nueva declaración, sean los del momento en que se efectúa la nueva valoración de la idoneidad de los adoptantes. A este respecto, debe partirse de una premisa fundamental, cual es que el concepto de idoneidad no es algo "estático" sino "dinámico y relacional". Por esta razón, el interés del menor no consiste en emprender el proceso de adopción de forma estandarizada, sino que debe configurarse como una propuesta particular, de manera que habrá de examinarse detenidamente la situación en que se encuentran los intervenientes en cada procedimiento adoptivo. Ello, teniendo en cuenta el contexto individual, familiar y social, específico de los adoptantes, lo que motivará en cada caso la solución más beneficiosa para el menor. En consecuencia, no deben ser considerados idóneos aquellos candidatos que no ofrezcan suficientes garantías para la correcta atención y cuidado de un menor o si las condiciones de la familia no son conformes con la regulación legal.

5º) En último término, debe indicarse que el art. 10.4º LAI dispone que corresponde a las Entidades Públicas la declaración de idoneidad de las personas que se ofrecen para la adopción a partir de la valoración psicosocial a la que se refiere el ap. 2, que estará sujeta a las condiciones, requisitos y limitaciones establecidos en la legislación correspondiente. Por consiguiente, la Audiencia Provincial actúa conforme a derecho al desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia, entre otros motivos, porque uno de los adoptantes no tiene su residencia habitual en Galicia, sino en Palma de Mallorca. Ello, por cuanto la decisión de la Entidad Pública competente de la Comunidad Autónoma de Galicia cumple con las exigencias de legislación gallega aplicable al caso (art. 76 Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia), que, para poder adoptar, requiere residir habitualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, sin que, en el caso examinado, concurran las excepciones previstas en la misma.

María Jesús SÁNCHEZ CANO *

47. SE INADMITE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE UN AUTO EN EL QUE SE ACORDÓ UNA ADOPCIÓN, BAJO LA ALEGACIÓN DE QUE EN EL EXPEDIENTE DE LA PATERNIDAD SE LE HABÍA RECONOCIDO A LA MENOR EN VENEZUELA (SAP Lugo 1ª 3 abril 2023)

48. CON CARÁCTER GENERAL LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL TAMBIÉN ES APPLICABLE A LA ADOPCIÓN DE PERSONAS MAYORES DE EDAD (AAP Barcelona 18ª 26 abril 2024)

Observaciones: 1. En la actualidad, lo más frecuente es que las adopciones internacionales cuya constitución se insta ante las autoridades españolas sean las de menores de edad. No obstante, la adopción de personas mayores de edad y emancipadas se encuentra igualmente prevista en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que el art. 175.2º Cc permite, de manera excepcional, la adopción de mayores de edad o emancipados, siempre que, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año. Del mismo modo, la adopción de personas mayores de edad o emancipadas se encuentra regulada en el art. 235-33 del Código de Derecho

* Profesora de Derecho internacional privado. Universidad San Jorge.

Civil de Cataluña, en aquellos casos en que el adoptando haya convivido ininterrumpidamente con el adoptante desde antes de haber cumplido catorce años o si ha estado en situación de acogimiento preadoptivo, al menos durante los seis meses inmediatamente anteriores al cumplimiento de la mayoría de edad o a la emancipación, y ha continuado conviviendo con él sin interrupción. Ambos preceptos pretenden garantizar uno de los principios fundamentales en los que se asienta la institución adoptiva, cual es el de la integración familiar.

Sin embargo, la presencia de un elemento internacional en la adopción, siendo el adoptando mayor de edad o emancipado, suscita ciertas cuestiones controvertidas desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, que deberán ser resueltas por nuestros tribunales en el momento de proceder a su constitución. Y en este sentido, una de las preguntas más usuales que surgen es si las normas de Derecho Internacional privado que regulan la adopción incluyen a la adopción de mayores de edad o emancipados. A continuación, al hilo del AAP Barcelona nº 134/2023, de 26 de abril, se abordarán algunos de los inconvenientes con los que se encuentran nuestros tribunales respecto de este tipo de adopciones, desde un punto de vista internacional-privatista.

2. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona objeto del presente comentario resuelve un recurso de apelación formulado frente a la resolución dictada en primera instancia, por la que se acuerda denegar la constitución de la adopción de cinco personas mayores de edad, instada por el cónyuge de la madre de los adoptados. De los antecedentes de hecho del caso, se desprenden los siguientes extremos:

- 1º) La ley personal de los adoptados es la ley de Pensilvania-
- 2º) Adoptante y adoptados habían iniciado la convivencia con el apelante en el año 2016.
- 3º) En el momento de iniciarse la convivencia, cuatro de dichos adoptados ya habían alcanzado la mayoría de edad y el menor de ellos tenía 16 años.

Teniendo en cuenta tales circunstancias, el Auto apelado fundamenta su negativa a constituir la adopción en que, en el caso de autos no se cumplen las exigencias del art. 235-33 del CCCat, que requiere una situación de convivencia ininterrumpida entre el adoptante y los adoptados anterior a haber cumplido 14 años de edad.

3. En síntesis, son dos los motivos en los que el recurrente fundamenta su recurso de apelación:

- 1º) Por un lado, la existencia de error en la determinación de la ley aplicable, con cita del art.9 Cc.
- 2º) Y por otro, entiende el recurrente que resulta de aplicación el art. 19.1 LAI, que envía a la ley nacional de los adoptados para determinar la capacidad y los consentimientos de la adopción.

4. En resumen, la Audiencia Provincial de Barcelona observa que el art.9.5 Cc remite a la LAI, cuyo ámbito de aplicación razona la Sala que no está claramente delimitado. Ahora bien, el Tribunal *ad quem*, apoyándose en los preceptos de la LAI, y en especial, en la definición de adopción internacional del art. 1.21 LAI, así como en su Exposición de Motivos, concluye que el ámbito de aplicación de la LAI sólo ampara a las adopciones de menores de edad. No obstante, la Audiencia aprecia que un sector de la doctrina internacionalprivatista sostiene que la adopción de mayores de edad se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la LAI, con la particularidad de que los preceptos previstos para la adopción de menores no han de aplicarse a las adopciones de mayores de edad o personas emancipadas.

Vistos los fundamentos del Tribunal *ad quem*, nada hay que objetar a la argumentación de la Audiencia respecto al art. 9.5º Cc, que, a su vez, remite a la LAI. Igualmente correctos son los razonamientos de la Audiencia en relación con la opinión de aquellos representantes de la

doctrina, que defienden que las adopciones de mayores de edad se encuentran cubiertas por el ámbito material de la LAI.

Por el contrario, resulta cuestionable la fundamentación de la Audiencia Provincial de Barcelona, que, sobre la base de la noción de adopción del art. 1.2º LAI, referente a las adopciones transfronterizas, alcanza la conclusión de que la LAI no contempla las adopciones de mayores de edad o personas emancipadas. Se olvida en este punto la Sala del concepto de adopción recogido en el art. 1.1º LAI en relación con el Título II, en cuya virtud, quedarían amparados "aquellos supuestos en los que exista algún elemento extranjero". El error no es baladí, puesto que la adopción sometida a la consideración de la Audiencia no era una adopción transfronteriza, debido a que tanto el adoptante como los adoptados tenían su residencia en España, concretamente en Cataluña, al tiempo de la adopción, y además, conforme a los datos presentes en el auto examinado, la adopción cuya constitución se solicitaba presentaba al menos un elemento extranjero, derivado de la nacionalidad estadounidense de los adoptantes (Pensilvania).

5. La Sala prosigue resolviendo que, a su entender, no concurren en el supuesto de autos las exigencias previstas en la ley y declara aplicable el CCCat, sobre la base de que el adoptante y los adoptados tienen su residencia habitual en dicha Comunidad Autónoma. Dedujo, asimismo, el Tribunal *ad quem* que la respuesta no variaría de aplicar la LAI o el art. 9.4º Cc, que opera respecto de la determinación de la filiación por naturaleza y cuyos efectos considera la Sala similares. Semejante argumentación, además de confusa, resulta equívocada, por los siguientes motivos:

1º) Con carácter previo a declarar de aplicación de la ley catalana, la Audiencia debió haber recurrido a la correspondiente norma de conflicto que designase la ley aplicable a la constitución de la adopción. Recuérdese aquí el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas y la consiguiente obligación de los Tribunales españoles de aplicarlas de oficio (art. 12.6º Cc).

2º) Tampoco es atinada la mención del art. 9.4º Cc, precepto este último que no viene al caso, habida cuenta que tiene por objeto la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza, y toda vez que el Código Civil dedica el art. 9.5º Cc específicamente a la adopción, aunque sea como mera norma de remisión a la LAI.

6. Asimismo, en respuesta a la solicitud del apelante, que invoca la aplicación de la ley de Pensilvania-ley personal de los adoptados-en cuanto a la capacidad y consentimientos, de acuerdo con el art. 19 LAI, la Sala insiste en que, en virtud del art. 18 LAI, la ley aplicable a la constitución de la adopción sería la española, en tanto que los adoptados residen habitualmente en España en el momento de la adopción y no se cumple el requisito de la convivencia ininterrumpida entre el adoptante y los adoptados desde antes de que estos cumplieran los 14 años. De nuevo, hierre la Audiencia en su planteamiento, puesto que ni tan siquiera se ha pronunciado acerca de si en el supuesto enjuiciado se cumplen los presupuestos del art. 19.1º LAI para que pueda aplicarse la ley personal de los adoptados (ley de Pensilvania) en relación con su capacidad. Cierto es que, como indica la Audiencia, el art. 18 LAI conduce a la aplicación de la ley española a la constitución de la adopción, habida cuenta que tanto los adoptados como el adoptante residían en nuestro país en ese momento. Sin embargo, el Tribunal *ad quem* no ha tomado en consideración que el art. 19.11º LAI excluye la aplicación de la ley sustantiva española en cuanto a la capacidad del adoptando y los consentimientos de todos los sujetos intervenientes en dos concretos supuestos. En este sentido, no teniendo los adoptados su residencia fuera de España al tiempo de la adopción, resulta obvio que no se cumple lo dispuesto en el art. 19.1º.a). Ahora bien, sí que concurren en el caso de autos los requisitos del apartado b) del art. 19.1º LAI, porque los adoptados son mayores de dieciocho años y en consecuencia, aun siendo español el adoptante (dato que se desconoce), según el art. 19.1º Cc, no adquirirían la nacionalidad española de origen desde la adopción.

7. En último término, la Sala razona que procede la desestimación del recurso de apelación con fundamento en que la adopción solicitada resulta ajena a la finalidad de la institución

adoptiva, tal como se configura en nuestro Derecho sustantivo, que, con fundamento en el antiguo principio *adoptio imitatur naturam*, y tratándose de adopciones de mayores de edad o emancipados, requiere la convivencia entre adoptante y adoptando previa a la mayoría de edad de éste, en tanto que dicha situación acredita su integración familiar. Sobre este particular, resulta oportuno hacer una serie de consideraciones:

1^a) Tiene razón la Audiencia en que, conforme a la ley sustantiva española, no es posible que las autoridades españolas decreten una adopción de un mayor de edad fuera de los casos excepcionales previstos en el art. 175.2º Cc o en el art. 235-33 del Código de Derecho Civil de Cataluña.

2^a) Cierto es que el propósito de dichas normas consiste en garantizar la integración familiar, tal como se recoge en el Auto que resuelve el recurso de apelación.

3^a) Sin embargo, habiendo alegado el recurrente que la ley personal de los adoptantes era la ley de Pensilvania, la misma resultaba de aplicación a la capacidad de los adoptantes, conforme al art. 19.1º LAI, que es de aplicación imperativa para nuestros tribunales, siempre que se cumplan los presupuestos de dicho precepto.

4^a) Por tanto, el Tribunal *ad quem* debió verificar si dicha ley permitía la constitución de la adopción de personas mayores de edad o emancipadas en supuestos distintos de los previstos en la legislación española, en cuyo caso, debería haber procedido a decretar la adopción, independientemente de que hubiera tenido lugar esa situación de convivencia ininterrumpida previa a la mayoría de edad entre el adoptante y el adoptando, con anterioridad a haber cumplido éstos los catorce años, exigida por el art. 235-33 del CCCat.

5^a) Tampoco tuvo en cuenta la Audiencia Provincial que la LAI contempla dos excepciones que hubieran permitido a la Sala descartar la aplicación de la ley de Pensilvania–ley nacional de los adoptados–:

a) La primera de ellas, en aras de la armonía internacional de soluciones, con fundamento en el art. 19.2º LAI, de haber considerado el Tribunal que la aplicación de la ley de Pensilvania no favorecía la validez de la adopción en el país del cual son nacionales los adoptados, evitando así la constitución de una adopción claudicante.

b) Y en segundo lugar, en el supuesto de que dicha ley, designada por el art. 19.1º LAI, resultase contraria al orden público internacional español, conforme al art. 23 LAI. Ello, sin que hubiera sido posible alegar que se produciría tal vulneración de nuestro orden público internacional, por el mero hecho de que el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española discrepase de lo dispuesto en el art. 175.2º Cc o en el art. 235-33 CCCat.

8. En definitiva, el iter argumentativo de la Audiencia Provincial de Barcelona resulta discutible. Lo más lógico hubiera sido que, partiendo del art. 1.1º LAI, el Tribunal *ad quem*, hubiera concluido que la adopción internacional de mayores de edad entra dentro del ámbito de aplicación material de la LAI, aplicando después los arts. 18 y 19 LAI a la constitución de la adopción. La Sala debió valorar si concurrían los presupuestos para que operase lo dispuesto en el art. 19.1º Cc, lo que le hubiera permitido acreditar si resultaba de aplicación la ley de la nacionalidad de los adoptados. en lo referente a su capacidad. Así, en el caso de que la ley de Pensilvania hubiera permitido la adopción de mayores de edad al margen de las prohibiciones del art. 235-33 CCCat, el Tribunal hubiera tenido que descartar la aplicación del citado precepto y en consecuencia, estimando el recurso de apelación, debería haber procedido a decretar la adopción

María Jesús SÁNCHEZ CANO *

* Profesora de Derecho internacional privado. Universidad San Jorge.

49. CONDENA POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE ADOPCIÓN EN KAZAJSTÁN A UNA ENTIDAD COLABORADORA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (SAP Gran Canaria 5^a 28 abril 2023)

50. DENEGACIÓN DE UNA SOLICITUD DE ADOPCIÓN EN ESPAÑA CUANDO TODOS LOS INTERESADOS RESIDEN EN MÉXICO Y TODOS TIENEN LA NACIONALIDAD MEXICANA (AAP Barcelona 18^a 13 septiembre 2023)

ALIMENTOS

51. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APPLICABLE PARA FIJAR LA PENSIÓN ALIMENTICIA CUANDO UNO DE LOS HIJOS SE ENCUENTRA EN MARRUECOS (SAP Barcelona 18^a 16 junio 2022)

52. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) N.º 4/2009 A UNA PENSIÓN COMPENSATORIA SOLICITADA POR UNA NACIONAL ARGENTINA (SAP Madrid 24^a 8 julio 2022)

Observaciones: 1. Resulta sumamente grato encontrar resoluciones en las que los órganos jurisdiccionales españoles aplican de forma correcta un instrumento tan complejo como el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 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. La SAP Madrid 8 julio 2022 acierta en su razonamiento al considerar la pensión compensatoria como “obligación de alimentos”; fijar la competencia judicial internacional en los foros generales del art. 3 del Reglamento y determinar la ley aplicable conforme a lo dispuesto en el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

2. Mediante Sentencia de 15 noviembre 2021 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 5 de Madrid declaró la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre D. Camilo y Dña. Bernarda, celebrado en dicha localidad en julio de 2015, y denegó la pensión compensatoria solicitada por la esposa. El recurso de apelación impugnando esta denegación fue desestimado por la AP de Madrid en la Sentencia que pasamos a comentar.

3. Tras recordar en el Fundamento Jurídico Primero que la valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, la Audiencia analiza la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de la pensión compensatoria solicitada por Dña. Bernarda. La presencia en el supuesto litigioso de un elemento internacional (o, en palabras de la AP, un “elemento de extranjería”), como es la nacionalidad argentina de la esposa, justifica la aplicación del Reglamento (CE) nº 4/2009, al cumplirse sus presupuestos. En primer lugar, en cuanto a su *ámbito material*, el Reglamento se aplica “a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad” (art. 1.1º), quedando relegada a la legislación de cada Estado miembro, incluidas sus normas de Derecho internacional privado, el establecimiento de esas relaciones familiares. El concepto de “obligación de alimentos” no se define por remisión a la *lex fori* sino que, según su Considerando 11, debe interpretarse de forma autónoma incluyendo, como ha afirmado de forma reiterada el Tribunal de Justicia, la pensión compensatoria (*vid. SSTJ de 6 marzo 1980, De Cavel II, C-120/79 y de 27 febrero 1997, Van den Boogaard/Laumen, C-220/95*). Si es cierto que la pensión compensatoria no se limita a un simple derecho de alimentos y tiende a compensar el nivel de vida que disfrutaba durante el matrimonio debe considerarse, a los efectos del Reglamento, como “obligación de alimentos”. Así lo ha entendido el TS (Sentencia de 17 febrero 2021, ECLI:ES:TS:2021:532, nota de M. Guzmán Zapater, “Divorcio internacional y alimentos: Comentario a la STS de 17 febrero 2021”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 2, 2022, pp. 1108–1116), y así lo declara esta Sentencia de la AP Madrid (abundante es la jurisprudencia española en este sentido, *vid.* entre

otras, SAP Barcelona de 15 noviembre 2022, ECLI:ES:APB:2022:12347; SAP Madrid de 19 octubre 2021, ECLI:ES:APM:2021:11889; SAP de Palma de Mallorca de 19 octubre 2017, ECLI:ES:APIB:2017:1830; o SAP de León de 27 febrero 2015, ECLI:ES:APLE:2015:203). Por lo que se refiere al *ámbito de aplicación personal* la operatividad de los foros de competencia judicial internacional no depende del dato de la residencia habitual del demandado en un Estado miembro. El Reglamento (CE) nº 4/2009 contiene una regulación completa de la competencia judicial internacional descartándose la aplicación subsidiaria de los foros del derecho autónomo (Considerando 15). Y, desde un *punto de vista temporal*, la demanda se presentó en fecha posterior al 18 junio 2011.

4. Una vez descartado que las partes hubiesen elegido por escrito el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia de obligación de alimentos (foro de la sumisión expresa del art. 4.1º.c) que podría haber sido operativo al no concurrir ninguna de las limitaciones que a tal efecto se establecen, la AP de Madrid fundamenta la competencia judicial internacional en los foros generales del art. 3 del Reglamento. En concreto, y como se afirma, en este caso concurrían dos de ellos, pues en España reside tanto el demandado, como la acreedora de alimentos. Foro de la residencia habitual que se entiende referido al centro social efectivo donde se desarrolla la vida de la persona y que se justifica por el principio de proximidad. Además, y aunque no se mencione, la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles habría quedado fundamentada en el art. 3.c) al ser la reclamación de alimentos accesoria a una acción relativa al estado civil, la del divorcio.

5. Para determinar la ley aplicable el art. 15 del Reglamento remite al Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, como bien sabe la Audiencia. La finalidad del Protocolo es armonizar las normas de conflicto en materia de obligaciones alimenticias por lo que la ley aplicable al establecimiento de la relación familiar, en la que se basa dicha obligación, seguirá determinándose conforme a las normas de cada Estado. En el presente supuesto no hubo elección de ley (arts. 7 y 8) por lo que, conforme a lo dispuesto en la regla general del art. 3 del Protocolo, resulta aplicable la ley española al ser la residencia habitual de la acreedora. Con este punto de conexión queda garantizada la correlación *forum–ius*, a la vez que se permite establecer la obligación alimenticia teniendo en cuenta el medio social y las condiciones reales del país del acreedor (*vid. A. Bonomi, Informe Explicativo del Protocolo*, p. 14). Aunque el art. 5 del Protocolo establece una regla especial con respecto a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya sido anulado, no podría haberse barajado al tener los cónyuges su residencia habitual en España.

6. Sentado todo lo anterior la Audiencia considera que, como de forma reiterada ha sentado la jurisprudencia del TS, por desequilibrio debe entenderse

“un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”.

7. A tal efecto, la sentencia apelada analizó de forma detallada que no concurrían los presupuestos exigidos legalmente para acordar la pensión compensatoria solicitada por la esposa. En concreto, se valoró la duración del matrimonio, desde 2015 a 2020; su estado de salud, que no era definitivo puesto que estaba pendiente de rehabilitación; su escasa cualificación profesional, no imputable al matrimonio pues se casó con 55 años; que estuvo trabajando en el servicio doméstico, como ella misma reconoció, para enviar dinero a sus hijas a Argentina; y que el matrimonio no tuvo hijos comunes. El Sr. Camilo percibe una pensión bruta anual de 26.723,90

euros (1.625 euros netos sin prorrata de pagas extraordinarias) y la Sra. Bernarda un ingreso mínimo de 450 euros mensuales que había sido renovado por su situación de vulnerabilidad.

8. Siendo incuestionables los hechos descritos, que ya fueron valorados por el juez de instancia, considera la Audiencia que el desequilibrio no le vino producido por la ruptura matrimonial, sino que posiblemente la situación sería la misma si no hubiera contraído matrimonio en ese paréntesis temporal de 5 años. Por todo ello, el recurso de apelación quedó desestimado.

M^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ*

53. CONTROL DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y APLICACIÓN DE OFICIO DE LA NORMA DE CONFLICTO EN UNA CRISIS MATRIMONIAL (SAP Barcelona 12^a 15 noviembre 2022)

Observaciones: 1. La Audiencia Provincial de Barcelona resuelve un divorcio contencioso promovido a instancia de la mujer en el que se suscitan cuestiones vinculadas a la competencia judicial internacional y a la determinación de la ley española aplicable. El supuesto de hecho versa sobre un matrimonio formado por cónyuges de nacionalidad brasileña, residente en Barcelona desde hacía años, y con dos hijos menores de edad. Concurren en el supuesto las pretensiones típicas de una crisis matrimonial, esto es, la disolución del vínculo matrimonial, la responsabilidad parental, la pensión compensatoria entre cónyuges y la obligación de alimentos a los hijos, pero la AP de Barcelona se pronuncia únicamente sobre las pensiones alimenticias a los hijos y sobre la pensión compensatoria a raíz del recurso interpuesto por la mujer contra la sentencia dictada en primera instancia. Aunque se trata, en general, de una decisión bien resuelta desde la perspectiva de los sectores del Derecho internacional privado afectados y de los instrumentos aplicables, se observan algunas cuestiones que merece la pena precisar.

2. La primera cuestión a abordar es la de la competencia judicial internacional. En este sentido, un aspecto que debe tenerse en consideración es que, en atención a los instrumentos aplicables, se debía haber llevado a cabo un control de oficio de la competencia desde el inicio del procedimiento, en primera instancia. Este punto es relevante porque desconocemos si el Juzgado de Primera Instancia realizó ese control, pero puede deducirse de la resolución dictada por la AP que no hubo tal control en la medida en que, como se pone de relieve, "En el caso no ha sido discutida la competencia de los tribunales españoles para conocer del procedimiento de divorcio.", de lo que se puede inferir que ni las partes discutieron la competencia de los tribunales españoles ni el Juzgado de Primera Instancia se planteó si la jurisdicción española tenía atribuida la competencia, dando por hecho que tenía conferido el conocimiento. La AP intenta paliar esta carencia, pero debe subrayarse que esta comprobación debe realizarse al comienzo del proceso dado que, sin tener atribuida la competencia, no cabe tramitar el procedimiento. Debe además tenerse en cuenta que la verificación hay que efectuarla de acuerdo con el instrumento que corresponde aplicar para determinar la competencia de los tribunales españoles. En realidad, dada la fragmentación normativa con la que el legislador UE aborda la regulación de la competencia, especialmente acusada en materia de crisis matrimoniales, la verificación se realiza de acuerdo con *los instrumentos* que corresponde aplicar para determinar la competencia de los tribunales españoles. La AP se plantea si la jurisdicción tiene atribuida la competencia, pero, como se dijo, se hace a destiempo, y además solo respecto de los ámbitos en los que se ha interpuesto recurso, esto es, la disolución del vínculo matrimonial y la reclamación de la pensión

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Sevilla. Esta publicación es parte del Proyecto I+D+i PID2020-113444RB-I00, "Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración", financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033".

compensatoria, lo que constituye una verificación parcial que no abarca todos los asuntos que determinaron el nacimiento del proceso ya que no toma en consideración los criterios de competencia en materia de responsabilidad parental, que configuran también las peticiones que determinan el inicio del proceso. En definitiva, de conformidad con los arts. 17 y 10, respectivamente del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental y del Reglamento 4/2009 en materia de alimentos, debe ser “el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento” el que debe comprobar la competencia para controlar que efectivamente tenga atribuida la competencia y que no la tenga atribuida un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, en cuyo caso deberá declararse de oficio incompetente, y este órgano es el Juzgado de Primera Instancia, no la AP. Por ello, sería recomendable que en la práctica jurisprudencial española las AP, o incluso en su caso el TS, pusieran de manifiesto que la comprobación de la competencia que a menudo realizan debía haberse llevado a cabo en el momento procesal oportuno, esto es al inicio del procedimiento, y ello, aunque la cuestión no haya sido objeto de impugnación y debate por las partes.

3. Otro ámbito al que debemos referirnos es el de la determinación de la ley española aplicable. La AP en el Fundamento de Derecho segundo se plantea no solo la competencia de los tribunales españoles (aunque únicamente respecto de las materias en las que se ha interpuesto el recurso) sino también la ley que rige estas materias. En este punto pueden efectuarse dos observaciones. Una tiene que ver con la infracción de los preceptos aplicables y la otra con la ley española a aplicar conforme a la designación de la norma de conflicto correspondiente.

4. Con respecto a la primera cabe considerar que el Juzgado de Primera Instancia aplicó directamente el *Codi Civil de Catalunya* (CCCat) y entendemos que sin recurrir a norma de conflicto. En efecto, ello explica que la AP declare *En conclusión, aunque el Juzgado no mencionó el Reglamento (CE) nº 4/2009 ni el Protocolo de la Haya de 2007, al aplicar la legislación propia del lugar de residencia, el Código Civil de Catalunya, no infringió los preceptos aplicables*. La observación es acertada porque, después de analizar la ley a la que conducen estos instrumentos –que después contrastaremos–, la AP constata que el Juzgado de Primera Instancia aplica la misma ley que correspondía aplicar en virtud los instrumentos aplicables. Sin embargo, el problema estriba en que los preceptos aplicables que no fueron infringidos eran aplicables de oficio. De nuevo, hubiera sido óptimo que la AP destacara la necesidad de que el Juzgado de Primera Instancia resolviera el supuesto teniendo en cuenta el componente transfronterizo que lo caracteriza porque, por lo que parece, ni ejerció un control de oficio la competencia, atendida la existencia de un elemento de extranjería y de las previsiones al respecto, ni tuvo presente que, a raíz de la presencia del factor internacional, debía aplicar de oficio las normas de conflicto del derecho español, en el que quedan comprendidas las normas de conflicto adoptadas en el derecho de la UE a las que están sujetas las autoridades españolas (así lo considera el TS –STS 17 abril 2015, ECLI:ES:TS:2015:1868–, quien declara que la obligación que deriva del art. 12.6 Cc se extiende también a las normas de conflicto de la UE –véase Fundamento de derecho séptimo *El tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español (art. 12.6 del Código Civil), que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional*–, aunque lo cierto es que no puede decirse que tal obligación derive de un mandato del derecho de la UE, lo que explica que en otros Estados miembros se hubiera mantenido otra posición hasta hace bien poco –véase <https://conflictotlaws.n> que el legislador quiere dar a los supuestos transfronterizos.[et/2024/french-cour-de-cassation-rules-again-on-duty-of-domestic-courts-to-apply-european-rules-of-conflict-on-their-own-motion/](https://2024/french-cour-de-cassation-rules-again-on-duty-of-domestic-courts-to-apply-european-rules-of-conflict-on-their-own-motion/) y <https://eapil.org/> 2021/06/02/french-supreme-court-rules-on-ex-officio-application-of-eu-choice-of-law-rules/, donde se pone de relieve que la obligación se fundamenta en el carácter y naturaleza del Reglamento UE, al ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro–).

Por consiguiente, no hubiera estado de más que la AP pusiera de manifiesto que sí hubo infracción del art. 12.6º Cc que obligaba al Juzgado de Primera Instancia a aplicar las normas de conflicto correspondientes, de lo contrario se diluye el tratamiento específico que el legislador quiere dar a los supuestos transfronterizos.

5. La segunda observación que quiere realizarse gira en torno a la ley española aplicable a las obligaciones alimenticias. Debe precisarse que, aunque la AP aplica el instrumento que corresponde y pese a que llega al resultado correcto sin infringir los preceptos aplicables, no aplica irónicamente las disposiciones procedentes. En efecto, no es el art. 3 del Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias el que *prima facie* debía ser aplicado sino el art. 4, si de las obligaciones alimenticias de los hijos menores de edad se trataba, o el art. 5, si de las obligaciones alimenticias entre los cónyuges se trataba. Si bien estas disposiciones pueden acabar remitiendo al art. 3, como es el caso. De esta manera, la conexión localizadora nos lleva a la ley de la residencia habitual del acreedor. Ahora bien, dado que los acreedores alimenticios tienen la residencia habitual en España, surge aquí el problema de establecer cuál de las leyes españolas es de aplicación puesto que el ordenamiento español es en esta materia plurilegislativo. Para ello hay que recurrir al art. 16.2º del Protocolo de La Haya, no al art. 16.1º como refleja la resolución de la AP. El ap. 2 prevalece sobre el ap. 1, de modo que hay recurrir primero las normas españolas para determinar cuál de las leyes españolas es de aplicación y solo en ausencia de tales normas, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones del ap. 1, como se dispone el art. 16.2.b). La cuestión debe resolverse de acuerdo con un sistema de remisión indirecta. Sucede, no obstante, que se resuelve como si de una remisión directa se tratara. En efecto, la incorporación por referencia del Protocolo de La Haya de 2007 en el art. 9.7º Cc crea un círculo que, aunque uno no sabe si es vicioso o virtuoso, resuelve los problemas que podían surgir con la anterior redacción del art. 9.7º Cc a la hora de determinar la ley española aplicable en un supuesto internacional. Así, si la norma de conflicto interna, contenida en el art. 9.7º Cc por remisión del art. 16.1º Cc, es la misma que la norma de conflicto internacional es tanto como decir que las conexiones contenidas en esta última operan de manera directa para determinar qué ley española es de aplicación, y eso, paradójicamente, aunque se haya aplicado el sistema de remisión indirecto previsto en el art. 16.2º del Protocolo de La Haya.

6. En suma, la AP intenta paliar las carencias que tiene en origen la tramitación y resolución del procedimiento en primera instancia desde el punto de vista del Derecho internacional privado. Se trata de unas cuestiones que en el presente caso no han determinado un mayor inconveniente, pero que, sin embargo, afectan a tres puntales de nuestro sistema: la comprobación de la competencia judicial internacional, la aplicación de oficio de las normas de conflicto y la determinación de la ley española aplicable cuando la designación conduce a la pluralidad normativa que caracteriza nuestro ordenamiento.

Albert FONT i SEGURA*

54. APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA PARA LA FIJACIÓN DE ALIMENTOS A UN MENOR, CONCURRIENDO EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS CON MAYORES COSTES PARA EL HIJO EN ESPAÑA, SINO POR LOS GASTOS QUE SE ACREDITAN (SAP Barcelona 18ª 16 noviembre 2022)

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra.

ARBITRAJE

55. EL LAUDO APLICÓ LA NORMATIVA DE UN TRANSPORTE MULTIMODAL REGIDO POR EL CONVENIO CMR Y NO LA ALEGADA POR LA DEMANDANTE DE NULIDAD, VALORÁNDOSE LAS PRUEBAS REALIZADAS ATENDIENDO A DICHA NORMATIVA INTERNACIONAL (STSJ Madrid CP 1^a 11 octubre 2022)

Observaciones: 1. La STSJ Madrid 11 octubre 2022, ECLI:ES: TSJM:2022:12407 desestima la acción de anulación de laudo dictado por la Junta Arbitral de Transporte de Madrid planteada por la condenada al abono de los daños y perjuicios ocasionados por la avería de la mercancía transportada (ahora demandante). El laudo combatido trae causa como advertimos una reclamación formulada por activación del sistema de responsabilidad del transportista frente a la asegurado de la perjudicada. La demanda de nulidad planteada por la demandante sostiene como motivos de su impugnación la denuncia de las causales contempladas en los apartados a), c) y f) del art. 41.1º LA, concretamente que el convenio arbitral no existe o no es válido, que los árbitros han decidido sobre materias no sometidas a su decisión, y que el laudo es contrario al orden público.

2. Respecto al primero de los motivos o causas, estima la demandante que no existe convenio arbitral expreso entre las partes según lo dictaminado por el art. 38 LOTT puesto que entiende la Junta Arbitral debió aplicar lo dispuesto por la LNM y las Reglas de Haya Visby de 1924 para el transporte marítimo. Entiende la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid que dicha causa debe decaer puesto que el Convenio Arbitral existe al presumirlo de lo dispuesto por la legislación sobre el transporte terrestre (art. 38 LOTT) y la calificación jurídica efectuada sobre la tipología del contrato de transporte realizado por el Tribunal Arbitral no puede ser objeto de revisión mediante esta vía.

3. En cuanto al segundo de los motivos de nulidad esgrimidos por la demandante en relación a que los árbitros han decidido sobre cuestiones no sometidas a su decisión (art. 41.1º.c), entendiendo la demandante que no se tuvo en cuenta lo dispuesto por el art. 277.2º LNM habiéndose aplicado por la Junta Arbitral el CMR a lo que consideró un transporte multimodal, una vez más la Sala interpreta que esta discrepancia es más propia de una apelación no estando permitida por el referido art. 41 LA.

4. Finalmente, y en relación ya el tercero de los motivos, la infracción del orden público por la inaplicación de la LNM en fraude de ley y la activación de la responsabilidad del porteador según lo dispuesto por la normativa imperante en materia de transporte de mercancías por carretera, entiende la Sala que no puede darse por acreditada la existencia de la intención de defraudar por Junta Arbitral mediante la utilización de normas inapropiadas.

Ante esta tesisura concluye la Sala en su sentencia que no concurre ninguna de las infracciones denunciadas a través de la demanda de nulidad articulada y rechaza la impugnación formulada en su integridad al carecer de un mínimo fundamento en derecho.

5. Expuesto lo que antecede, y siendo acertado el posicionamiento de desestimación de la acción planteada por el Tribunal, no es menos cierto que dicha resolución refleja cierta desespecialización en un sector y una materia jurídica altamente especializada. Salva, sin lugar a dudas este desacuerdo argumental, el impecable voto particular del Magistrado, el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santo Vijande. Un voto particular en el que se aclaran de forma jurídicamente impecable extremos que debieran haberse aclarado desde un inicio. El motivo principal de anulación no es otro que la pretensión de inexistencia de convenio arbitral, un convenio que existe por la presunción prevista en el art. 38.1º LOTT en el que para las controversias en materia de transporte terrestre de mercancías por cuantía inferior a 15.000 euros se presumirá que existe acuerdo de sometimiento a arbitraje de las Juntas Arbitrales de transporte siempre y cuando

ninguna de las partes intervenientes en el contrato hubieran manifestado su voluntad en contra. De ahí la importancia, para la decisión del caso, de determinar en qué momento o fase del transporte multimodal se produce el daño, pues, de ser durante el transporte propiamente marítimo, no habría convenio arbitral según la presunción expuesta.

Y es desde aquí donde el voto particular discrepa del resto de la Sala puesto que para la mayoría de la Sala la tónica presente en el análisis de los tres motivos antes expuestos es que la nulidad arbitral no es acción que permita, al modo de una apelación, la revisión completa del material de hecho y de derecho ya considerado por la Junta Arbitral. Sin embargo, el magistrado discrepante entiende correctamente apoyado en jurisprudencia constitucional consolidada, además de en doctrina científica consolidada (con expresa mención al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas), que la Sala no puede limitarse a constatar una dispar valoración de la prueba entre el reclamante de nulidad y la efectuada por la Junta Arbitral para, en relación causal, excluir cualquier atisbo de nulidad, sino que el control jurisdiccional del laudo sí abarca el ejercicio del análisis de arbitrariedad de la resolución arbitral, pudiendo estimarse la acción de anulación basada en el orden público si el razonamiento del laudo es ilógico o absurdo, con errores groseros y patentes en la apreciación o calificación de los hechos así como las interpretaciones o valoraciones arbitrarias, irrazonables, ilógicas, absurdas o manifiestamente erróneas (cuestión que por otra parte no aflora en este caso), de tal manera que si el órgano judicial no lo apreciase así, sería el propio Tribunal de Justicia quien vulnerase el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Es incuestionable, pues, a la luz de la doctrina expuesta que al Tribunal compete verificar si el laudo incurre en manifiesta arbitrariedad en la valoración de la prueba por contener razonamientos ilógicos y contradictorios.

6. Desde luego, la verificación cabal de si existe o no convenio arbitral y si éste es válido o no debe hacerse comprobando los extremos fácticos y jurídicos de los que dependan tal existencia y validez, cuestión que compete a la Sala, pues de no ser así, para el caso en el que los daños que han generado la avería en la mercancía transportada hubiesen aflorado en la fase marítima del trayecto la apreciación de la existencia de convenio arbitral sería abiertamente contraria al art. 24.1º CE. Desde luego una materia puede ser arbitrable pese a que en su normativización u ordenación aparezcan normas inequívocamente imperativas, pero en contraposición también es indiscutible en materia de arbitrabilidad que el árbitro, Junta o Tribunal arbitral deben aplicar las normas imperativas que regulen tales cuestiones o aspectos de la concreta materia de la que se trate, puesto que de no hacerse se estaría infringiendo el orden público y el laudo incuraría en causa de anulación.

7. Pero es que además esto es así, en este caso, puesto que de los documentos obrantes la Junta Arbitral considera acreditado que los daños se generan en un momento posterior a la fase marítima, una vez la mercancía está en el puerto de Valencia tras producirse el vaciado y en el camino hacia los almacenes para su depósito y espera de su traslado por vía carretera hasta Elche. Es decir, el trayecto del puerto a los almacenes, así como el trayecto desde Valencia a Elche es un transporte nacional para el transportista efectivo.

8. Así, expuesto lo anterior, cabe a su vez realizar varias precisiones de indudable importancia técnica, en primer lugar, la Sala reitera en varias ocasiones la aplicación del CMR de 1956 y el desplazamiento de la aplicación de la normativa marítima internacional imperante, y sin embargo, como acertadamente concluye el voto particular y la Junta Arbitral de transporte, la norma de aplicación a la activación del sistema de responsabilidad del transportista por la avería de la mercancía transportada y la activación del arbitraje ante la Junta Arbitral encuentran acomodo en las normas de origen interno españolas (LCTTM y LOTT) y no en el citado texto internacional.

9. En efecto, el CMR de 1956 según los hechos obrantes en la resolución referida no sería en ningún caso aplicable en este supuesto ya que el transporte de la mercancía se efectuó por vía marítima mediante contenedores y, como es sabido, del art. 2 del Convenio CMR se interpreta claramente que dicha norma internacional de carácter imperativo no es aplicable al transporte

de contenedores en el que intervienen modos distintos al de carretera. El CMR regula los transportes por superposición de modos en los que un vehículo por carretera sin ruptura de carga se carga sobre otro correspondiente a un modo distinto. El propósito de este art. 2.1º es integrador y con una clara finalidad, extender la aplicación del CMR a las operaciones de transporte en las que intervengan otros transportistas en otros modos, pero únicamente en el supuesto referido y con unos condicionantes muy claros en cuanto a la remisión al Convenio aplicable al otro modo. De tal manera que, si el daño generado a la mercancía hubiese sido causado durante el transporte no realizado por carretera o habiendo sido causado por un hecho que no ha podido producirse más que durante y por razón del transporte no realizado por carretera, en tal caso la responsabilidad del transportista sería determinada por las normas imperantes para determinar la responsabilidad del transportista que no efectúa el transporte por carretera.

10. Dicho esto, queremos volver a reiterar lo imprescindible de la especialización para el sector del Derecho del transporte en general y del Derecho del transporte por carretera en particular para nuestro siglo.

Unai BELINTXON MARTÍN*

56. DENEGACIÓN DE UNAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS EN EL CURSO DE UN ARBITRAJE AAA EN NUEVA YORK POR NO JUSTIFICARSE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO (AAP Madrid 14^a 15 noviembre 2022)

57. LA ANULACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO POR EL PRETENDIDO DEFECTUOSO EMPLAZAMIENTO COMO DEMANDADO DEL ESTADO DE MALASIA, EN ABSOLUTO PREJUGA LA INEXISTENCIA O INVALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL (ATSJ Madrid CP 1^a 1 diciembre 2022)

58. DENEGACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR EN UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE PARÍS (SAP Madrid 9^a 19 diciembre 2022)

59. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE UN LAUDO ARBITRAL CCI DICTADO EN ZÚRICH TRAS VERIFICARSE QUE NO CONTIENE UNA MOTIVACIÓN INCOHERENTE, ILÓGICA, ABSURDA Y ARBITRARIA SOBRE EL FONDO DE LA CUESTIÓN (ATSJ Madrid CP 1^a 8 marzo 2023)

Observaciones: 1. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 8 marzo 2023 ha procedido a reconocer un laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional dictado en Zúrich, desestimando así los motivos de denegación del reconocimiento alegados por la parte que se opone a su reconocimiento y su ejecución, entre los que se encontraba que la motivación del laudo era incoherente, ilógica, absurda y arbitraria (ATSJ Madrid CP 1^a, 8 marzo 2023 (CENDOJ 28079310012023200015) (ECLI:ES:TSJM:2023:17A)).

La demandante BITPANDA creó a mediados de 2019 una plataforma, el sitio de intercambio "Bitpanda Pro", en el que compradores y vendedores experimentados comerciaban con activos digitales. BITPANDA y la demandada GLOBALSTAR celebraron una serie de acuerdos de creador de mercado designado a partir octubre 2019, y, más concretamente, suscribieron el 5 mayo 2021 un Contrato de Creador de Mercado Designado que regulaba el préstamo y la devolución de una serie de activos digitales proporcionados por BITPANDA a GLOBALSTAR.

Así que, llegado el momento de devolver los activos digitales por parte de GLOBALSTAR en virtud de los términos del acuerdo mayo 2021, ésta no procedió a dicha devolución, lo que motivó la interposición por parte de BITPANDA de una solicitud de arbitraje ante la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; dado que habían sometido sus posibles controversias a dicha

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

institución arbitral. En el procedimiento arbitral demandante y demandada participaron activamente y con plenitud de posibilidades de alegación y prueba.

El árbitro designado al efecto dictó el laudo final el 6 mayo 2022, en el que el árbitro único es competente para dirimir la reclamación principal de BITPANDA y la reconvenCIÓN de GLOBALSTAR, en la medida en que sendas reclamaciones se relacionaban con activos digitales y/o monedas fiduciarias que estaban sujetas al acuerdo mayo 2021. En el mismo se ordena a Globalstar que devuelva una serie de activos digitales a BITPANDA que se detallan en el laudo, depositándolos en la cuenta de Bitpanda Pro, propiedad de BITPANDA, el dÍA siguiente a la fecha de notificación del laudo. También se distribuye en el laudo la compensación por los honorarios de abogados y gastos legales entre las partes, en el que se le reclama una cantidad superior a GLOBALSTAR.

Por todo ello, GLOBALSTAR presenta un escrito de oposición, en el que, en primer lugar, formula dos objeciones de índole procesal, si bien no se pasan a analizar, porque son rechazadas por el TSJ de Madrid al señalar que llegan a rozar lo absurdo, aunque de manera breve justifica por qué no son admitidas.

En cuanto a los motivos de denegación del *exequatur* que son alegados por la parte demandada GLOBALSTAR y que son objeto de análisis son los siguientes: a) No haberse aportado ni el original del laudo debidamente autenticado, legalizado o apostillado, ni una copia que reúna las condiciones para su autenticidad (art. IV.1º.a) Convenio de Nueva York de 1958 y art. 54.4º.a) LCJIMC); b) No haberse aportado ni el original del convenio arbitral ni una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad (art. IV.1º.b) Convenio de Nueva York de 1958); c) El laudo se refiere a una disputa no prevista en el convenio arbitral al pronunciarse sobre los Acuerdos PANTOS y BEST y sus Modificaciones respecto de los cuales el Árbitro Único se ha declarado incompetente (art. V.1º.c) Convenio de Nueva York de 1958); d) El laudo presenta una motivación incoherente, ilógica, absurda y arbitraria sobre el fondo de la cuestión que supone una vulneración del orden público (art. V.2º.b) Convenio de Nueva York de 1958 en relación con el art. 9.3º CE); e) El laudo adolece de una motivación incoherente, ilógica, absurda y arbitraria sobre la imposición de costas que supone una vulneración del orden público (art. V.2º.b) Convenio de Nueva York de 1958 en relación con el art. 9.3º CE).

2. En primer lugar, se debe aclarar que, para España, el Convenio de Nueva York de 1958 tiene carácter *erga omnes*, es decir, que el convenio se aplica con independencia del Estado en el que se hubiera dictado el laudo y el Estado del que es nacional el demandante del mismo (art. I.3º y art. X.1º Convenio de Nueva York de 1958).

Efectivamente, tal y como señala el TSJ Madrid, el Convenio de Nueva York de 1958 contempla un sistema muy favorable al reconocimiento y *exequatur* de los laudos arbitrales extranjeros porque la mayor parte de las causas de denegación deben ser alegadas por la parte demandada (art. V). Se manifiesta, además, el objetivo de favorecer en mayor medida el reconocimiento del laudo extranjero en que el Convenio de Nueva York de 1958 establece un número muy limitado de motivos de denegación del reconocimiento (art. V); se permite expresamente el reconocimiento del laudo arbitral recurrido en el país de origen (art. VI); y el juez del reconocimiento dispone de un amplio margen de discrecionalidad.

Pues bien, el TSJ de Madrid rechaza los dos primeros motivos alegados por GLOBALSTAR, en relación a la aportación del original del laudo debidamente autenticado, legalizado o apostillado, o una copia auténtica; así como a la aportación del original del convenio arbitral o una copia auténtica, en virtud del art. IV.1º.a) Convenio de Nueva York de 1958. El TSJ de Madrid considera en contra del criterio de la demandada que los documentos aportados son válidos, pero, en caso de que no fuera así, los requisitos formales (copia autenticada y traducción) de dichos documentos para la obtención del reconocimiento del laudo son subsanables, tal y como señala el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Auto de 17 noviembre 2011 (RJ\2012\540).

Así, el art. IV.1º.a) del Convenio de Nueva York de 1958 no especifica cómo llevar a cabo la “debida autenticación de la sentencia arbitral”. En principio, y dado que el precepto incorpora la palabra “debidamente” y no “legalmente”, el tribunal competente para librar el exequatur puede valorar, de manera libre, si el original presentado ha sido debidamente autenticado, esto es, si ha sido presentado con garantías de autenticidad. En este sentido, el TSJ de Madrid considera que el documento en el que se incorpora el laudo cumple con el requisito de forma, al tratarse de una copia certificada que está protocolizada notarialmente en Viena y con apostilla de la autoridad austriaca competente, según el Convenio de la Haya de 1961.

En cuanto a que no existe un convenio arbitral válido, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido defendiendo una interpretación amplia de dichos preceptos siempre que quede clara la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje; de tal modo que pueda deducirse, que la cláusula de arbitraje era conocida por las partes mediante su aportación en el acto de la vista, al no oponer objeción alguna a sus términos (FD II ATSJ Cataluña nº 127/2011, de 17 noviembre (RJ\2012\540)). En esta misma línea, el TSJ de Madrid otorga especial relevancia al hecho de que, constando la cláusula arbitral reproducida en la copia apostillada del laudo, además de la que figura en el contrato, ni se niega su existencia, ni una vez aceptada, se cuestiona su validez en ningún momento por la demandada. En este sentido, en ningún momento ha sido cuestionada la cláusula arbitral en sentido propio en el arbitraje, ni en esta sede, por GLOBALSTAR.

3. En lo que respecta al tercer motivo de denegación señalado por GLOBALSTAR, que es que el laudo se refiere a una disputa que está fuera del ámbito de aplicación del convenio arbitral, en virtud del art. V.1º.c) Convenio de Nueva York de 1958, también ha sido desestimado por el TSJ de Madrid.

El TSJ de Madrid aclara que los párrafos cuestionados del laudo, que GLOBALSTAR considera que el árbitro no tenía que haber realizado, no son sino parte de una interpretación contextual de la literalidad del Acuerdo mayo 2021, perfectamente admisible en nuestro Ordenamiento. Estas consideraciones del árbitro no pueden confundirse con un pronunciamiento *extra petitorum* sobre controversia alguna derivada de los Acuerdos BEST y PANTOS, que son otros acuerdos firmados anteriormente por las partes y que no estarían cubiertos por la cláusula compromisoria inserta en el Acuerdo mayo 2021.

4. Por último, en cuanto a los dos últimos motivos de denegación señalados por GLOBALSTAR, que se refieren a la arbitrariedad de la motivación del laudo, lo cual implica una infracción del orden público, en virtud del art. V.2º.b) del Convenio de Nueva York de 1958, también son desestimados.

En primer lugar, señala que el laudo contiene una motivación incoherente, ilógica, absurda y arbitraria sobre el fondo de la cuestión y, en particular, cuando concluye “la obligación de GLOBALSTAR de devolver a BITPANDA determinados activos digitales sobre la base de una devolución token por token y en la que se le imputa la legitimación pasiva *ad causam* de los Acuerdos GLOBLASTAR UK y de la Modificación (TRX) junio 2021”.

El TSJ de Madrid recuerda que el Tribunal Constitucional en sus últimas sentencias ha incidido en la correcta delimitación del concepto de orden público, ratificando el criterio legal y doctrinal contrario a su entendimiento expansivo (SSTC 46/2020, de 15 de junio; 17/2021, de 15 de febrero; 65/2021, de 15 de marzo; 50/2022, de 4 de abril; y 79/2022, de 27 de junio). Por lo tanto, las infracciones del orden público reconocidas en dicha jurisprudencia alcanzan a los principios generales básicos, a la motivación del laudo, a la correcta aplicación de normas imperativas y a la valoración de la prueba. También atentaría contra el orden público internacional la arbitrariedad de la resolución arbitral, cuando el razonamiento es ilógico o absurdo.

Así reitera el TSJ de Madrid las dos vertientes que comprenden el concepto de orden público, que son su vertiente material y su vertiente procesal. En cuanto al orden público material, se

definiría como el conjunto de normas y principios materiales, que, en un momento histórico determinado, regulan las materias en un ordenamiento jurídico. En relación al orden público procesal sería el conjunto de normas y principios materiales, que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores procesales en un ordenamiento jurídico.

En este sentido, la STC nº 65/2021, de 15 de marzo señala que: “(...) excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional; cuando se hayan infringido normas legales imperativas; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior”. Por lo tanto, si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad, o no ser reconocida, amparándose en la noción de orden público.

Así, en la sentencia de esta Sala 66/2021, de 22 de octubre, ésta es contundente al afirmar que se infringiría la Constitución si no se comprobase que el razonamiento de los laudos, en la interpretación normativa y en la valoración probatoria, no es arbitrario, irrazonable, absurdo, patentemente errado, meramente aparente o inexistente, siendo esto también exigible a la motivación del juicio de hecho, es decir, a la ponderación de la prueba directamente conectada con la *ratio decidendi*.

Si bien, esta interpretación del orden público no encaja bien con el principio de ausencia de revisión del fondo que rige el Convenio de Nueva York de 1958, tal y como señala también el TSJ de Madrid, pero en un Auto de 9 marzo 2022. Al respecto añade que lo único que se puede controlar del laudo es su resultado sin que se pueda contrastar el Derecho aplicado para llegar al resultado final alcanzado. En este sentido, cuando las partes aceptan la cláusula de sumisión al arbitraje, están también aceptando, automáticamente, someterse a la visión que los árbitros tengan de los hechos y del Derecho.

En cualquier caso, en el Auto objeto de análisis, el TSJ de Madrid señala que para que se active el motivo de denegación del orden público, el laudo debe incurrir en manifiesta arbitrariedad en la interpretación del Acuerdo mayo 2021, conteniendo razonamientos ilógicos y contradictorios, tal y como señala la demandada.

Si bien la Sala señala un aspecto importante en relación a dicha causa de denegación y es que la manifiesta arbitrariedad de la motivación ha de tener una incidencia real y efectiva en la *ratio decidendi*, es decir, que debe ser la causa primordial de la decisión adoptada en el laudo. En este aspecto, la oposición a la demanda de ejecutár, incurre en una clara deficiencia argumentativa, pues la arbitrariedad solo existe en relación a aspectos puramente tangenciales de la argumentación del árbitro.

Además, aclara la Sala que no constituye fuerza demostrativa de la arbitrariedad el hecho, tal y como señala la defensa de GLOBALSTAR, de que un tribunal suizo haya podido anular un laudo dictado por el árbitro Dr. Hilario, cuando ese laudo es totalmente ajeno a la presente causa y que nada tiene que ver con el laudo cuyo *exequatur* se pretende.

Por su parte, estima GLOBALSTAR como ilógico y absurdo que la falta de objeción para ser demandado respecto de un contrato permita apreciar, sin más, su legitimación pasiva *ad causam*. Tal y como el propio laudo indicó –respecto del Contrato de Préstamo–, lo que tendrá que constar es que tales contratos fueron “cancelados o reemplazados”. En este sentido, la defensa añade que “el Laudo reconoce que no consta que el Acuerdo febrero 2020 fuera cancelado o reemplazado por el Acuerdo mayo 2021, por lo que “los acuerdos anteriores permanecerán en pleno vigor y efecto, a menos que se indique expresamente lo contrario”. Por tanto, aquel contrato no puede producir efectos sobre esta parte en virtud del principio de relatividad de los contratos ex art. 1257 Cc. Señala al respecto la defensa que ese reconocimiento de legitimación pasiva *ad causam* entrañaría “un salto lógico insalvable”.

Para el TSJ de Madrid que no se observa el menor atisbo de arbitrariedad a la hora de apreciar la sucesión contractual en relación con los Acuerdos que se citan, habiendo dado previamente una razón para no llegar a la misma conclusión respecto del Contrato de Préstamo, y habiendo justificado la exclusión del ámbito de aplicación del convenio de los Pactos BEST y PANTOS. En este sentido, es particularmente relevante que el árbitro explica perfectamente las diferencias que existen entre el Contrato de Préstamo y sus tres modificaciones, suscritos por GLOBALSTAR UK, y el Acuerdo mayo 2021, el cual sí modifica el Segundo Acuerdo de Creación de Mercado, es decir, el Acuerdo febrero 2020, permitiendo entender la sustitución subjetiva de GLOBALSTAR UK por GLOBALSTAR TECNOLOGIES en este último caso y no en el primero.

Además, la sucesión contractual de GLOBALSTAR UK por GLOBALSTAR TECNOLOGIES respecto del Acuerdo febrero 2020 y sus modificaciones es, lógica y jurídicamente, esencialmente compatible con la vigencia y efecto de las cláusulas del contrato respecto del que se produce esa novación subjetiva. Así que no se aprecia, el menor indicio de arbitrariedad o sinrazón en el razonamiento del laudo.

5. Por último, señala GLOBALSTAR que atenta contra el orden público reconocer el laudo, cuando en la parte relativa a la imposición de costas, el árbitro incurre en una motivación claramente arbitraria, al fundar la proporcionalidad y razonabilidad de las costas y establecer una cuota de reparto del 65% del pago para GLOBALSTAR, lo cual supone un pago muy superior a dicho porcentaje.

En este sentido, señala el TSJ de Madrid que la motivación de un laudo puede incurrir en la manifiesta arbitrariedad infractora del orden público también a la hora de argumentar, o no, la imposición de los gastos y costas del arbitraje (STS) Madrid 41/2017, de 6 de junio, y 6/2016, de 11 de octubre). Además, el Tribunal Constitucional ha señalado que la decisión sobre las costas puede suponer una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando incurra en error patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o, en su caso, si resulta inmotivada o solo aparentemente motivada (SSTC 172/2009, FD 3; 25/2006, de 30 de enero, FD 2, y 107/2006, de 3 de abril, FD 3; y ATC 181/2007, de 12 de marzo, FD 6).

No obstante, la Sala estima que el laudo cuyo reconocimiento se pretende está suficientemente motivado en materia de costas y gastos; no incurre en arbitrariedad ni en contradicción interna constitucionalmente relevante; y menos cuando, como autoriza la doctrina del Tribunal Constitucional: "la razón del pronunciamiento sobre las costas del proceso, amén del raciocinio explícito, puede inferirse del conjunto y sentido de las argumentaciones utilizadas por el Árbitro para resolver las pretensiones de las partes, ya que la Sentencia es un acto procesal orgánico y unitario que no puede contemplarse con visión fragmentaria" (SSTC 131/1986, de 29 de octubre, FD 4; y 230/1988, de 1 de diciembre, FD 1).

Esta conclusión se ve ratificada para el TSJ de Madrid, *a fortiori*, cuando no consta que la demandada haya subvenido a la carga que le asistía de impugnar y razonar en sede arbitral el porqué de la exorbitancia de las distintas partidas de gastos presentadas de contrario, pero que ahora invoca ante esta Sala. No se discute la cuantía del asunto, cifrada por la Secretaría de la CCI, tal y como consta en el laudo, en 4.240.660 USF (2.500.000 USD para las reclamaciones principales y 1.476.366 € para las reconveniciones). Tampoco se cuestiona la adecuación al Reglamento de la CCI de los honorarios y gastos del árbitro -66.166 USD y 834 USD, respectivamente-, ni los honorarios administrativos de la CCI -40.000 USD-.

En esta misma línea no reprende, entre otras cuestiones, la decisión del árbitro de que BITPANDA haya prevalecido en el 65% de sus pretensiones frente a un 35% de las de GLOBALSTAR.

Por lo tanto, el laudo no contiene incongruencia alguna, puesto que la imputación recíproca del 65% y 35% de las costas y gastos en función del grado de vencimiento, al aplicarse sobre cantidades distintas y no impugnadas, deriva en un resultado porcentual diferente, pero coherente con la determinación de una de las dos variables de esa cuantificación: el grado de

vencimiento; la otra, son los honorarios del letrado y los gastos legales de las partes, junto con los derechos de administración y honorarios del árbitro.

En definitiva, para el TSJ de Madrid el tribunal arbitral ha motivado suficientemente su criterio acerca de la razonabilidad de los costes a que condena a las partes, teniendo en cuenta la importancia económica del asunto, así como su evidente complejidad técnica, como pone de relieve el razonamiento de un laudo que se pronuncia sobre el alcance del convenio y que resuelve el fondo del asunto.

6. Por lo tanto, al rechazar todos los motivos de denegación de GLOBALSTAR, el TSJ de Madrid estima la demanda y procede al reconocimiento en España del laudo arbitral dictado en Zurich 6 mayo 2022.

M^a José CASTELLANOS RUIZ*

60. RESULTA IMPROCEDENTE EN EL MECANISMO EXECUÁTUR DEL LAUDO, PARA VERIFICAR SU ADECUACIÓN AL ORDEN PÚBLICO, EL EXAMEN DE LA CONCURRENCIA DE CIERTAS CONTRADICCIONES QUE COMPORTARÍAN UNA INJUSTICIA EN EL MISMO (ATSJ Madrid CP 1^a 27 abril 2023)

61. ADMISIÓN DE UNA DECLINATORIA POR EXISTIR EN UN CONTRATO DE AGENCIA INTERNACIONAL UNA CLÁUSULA VÁLIDA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE (AAP Barcelona 17^a 16 junio 2023)

Obs: No deja de resultar curioso que, pasados los años, se mantenga la litigiosidad sobre la validez y eficacia de los convenios arbitrales en los contratos de agencia. En esta misma sección de la Audiencia Provincial de Barcelona, ya se planteó un caso similar y con idéntico resultado: estimar la declinatoria de competencia de los tribunales españolas basada en la existencia de un convenio arbitral (vid. mi comentario a la SAP Barcelona 28 mayo 2009, en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010, pp. 266 ss.).

El supuesto de hecho es parecido: demanda interpuesta por un agente comercial domiciliado en España y declinatoria presentada por la empresa principal con base en una sumisión a arbitraje, en este caso, en Suiza siguiendo el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. La presente Sentencia consolida la línea jurisprudencial de este tribunal favorable al arbitraje.

La Disposición Adicional 2^a de la Ley 12/1992, del contrato de agencia, no impide la validez y eficacia del arbitraje en los contratos de agencia internacionales: tal disposición ha de entenderse como norma de competencia territorial aplicable a supuestos únicamente internos.

Tampoco la protección del agente, como supuesta parte débil, impide el arbitraje. Por una parte, la finalidad de la Directiva 86/653/CEE no ha sido la de proteger al agente, sino igualar las condiciones de competencia en el mercado, lo que explica su aplicación cuando los servicios del agente se presten en la UE. Esto no impediría valorar si la cláusula arbitral está correctamente incorporada como condición general de la contratación. En particular, el control de contenido debería valorarse conforme a la ley rectora de la validez del convenio arbitral (en el caso, el Derecho suizo) para verificar que no existe un carácter abusivo. No se trata de proteger a la parte débil, sino de garantizar la existencia de un verdadero acuerdo de voluntades. En este punto, la AP de Barcelona aporta datos suficientes – como el perfil del agente “con reconocimiento notable en el mercado internacional” y el volumen económico de la operación – que permiten confirmar, con el debido asesoramiento, un conocimiento de la cláusula y de su alcance.

* Profesora Doctora Acreditada a Titular de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1869-4488.

Finalmente, la presencia de normas imperativas del contrato no equivale a falta de arbitrabilidad de la controversia. Será el propio órgano arbitral el encargado de aplicarlas. Por lo demás, la ley suiza elegida para el convenio arbitral confirma la arbitrabilidad de toda controversia de interés económico. Sin embargo, en relación con esa misma imperatividad, se aborda la cuestión de no obviar la aplicación de la Directiva mediante la sumisión a tribunales o árbitros de terceros Estados (en el caso, en Suiza) cuando los servicios del agente se hayan prestado en el territorio UE. No existe ninguna regla de competencia judicial en la Directiva de agencia que, de haberse querido, podría haberse incluido como ocurre en otros ámbitos. Además, las normas europeas no garantizan en todo caso una relación *forum-ius*: de no existir sumisión expresa a favor de un tribunal UE, en aquellos casos en los que el demandado esté domiciliado en un tercer Estado (en el supuesto, Israel), no se garantiza que, en todo caso, haya un tribunal en la UE competente para conocer del fondo; ello dependería de los Derechos autónomos de los Estados miembros. No hay, por tanto, paralelismo en los ámbitos de la ley aplicable – en función del lugar de prestación de los servicios – y de la competencia.

Cuestión diferente es la aplicación de la ley inglesa al fondo, elegida en el contrato, que en la actualidad es un tercer Estado y, por tanto, aparece la sombra de la Sentencia TJUE en el asunto Ingmar. La AP de Barcelona minimiza el problema presuponiendo una normativa inglesa coincidente con la Directiva. Queda el interrogante en caso de no ser así: después de todo, consumado el Brexit, no se mantiene la sujeción a la normativa UE y podría darse una evolución divergente en el Derecho inglés. Esto conduce a otra duda: el encaje en la solución arbitral de las normas imperativas europeas como lugar de ejecución del contrato, al margen de la ley elegida. Su eventual desconocimiento por el árbitro vaciaría de contenido los derechos del agente, que tampoco quedarían garantizados por la ejecución del laudo en un tercer Estado, domicilio del demandado. En estos supuestos, se esfumaría la imperatividad de la Directiva europea (P.J.B.).

62. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO EN PARÍS EN ARBITRAJE ADMINISTRADO POR EL INSTITUTO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO (ATSJ País Vasco CP 1^a 21 junio 2023)

63. PROCEDE EL EXECUÁTUR DE UN LAUDO PRONUNCIADO EN LONDRES PUES NO HAY RAZONES PARA DUDAR DE LA CORRECTA ACTUACIÓN DEL ÁRBITRO Y LA AUSENCIA DE INFRACCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO PROCESAL (ATSJ Madrid CP 1^a 19 septiembre 2023)

64. DENEGACIÓN DEL EXECUÁTUR DE UN LAUDO EMITIDO EN POLONIA POR APRECIARSE UN EVIDENTE DÉFICIT DE NOTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL CON RADICAL INCIDENCIA EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA DEMANDADA, PATENTIZADO POR LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES EN EL CASO (ATSJ MADRID CP 1^a 31 OCTUBRE 2023)

[*Vid. supra*, J.J. Izquierdo y Marta Robles, “Indebido emplazamiento del demandado como motivo de vulneración del orden público español y denegación del reconocimiento de un laudo arbitral extranjero. (Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 octubre 2023)”, en la sección de notas de este Anuario]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

65. RECURSO DE REPOSICIÓN PARA OPONERSE A LA EXPEDICIÓN DE UN CERTIFICADO DEL TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO (SAP León 1^a 15 junio 2022)

66. ¿TIENEN COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE REQUERIMIENTO DE PAGO EUROPEO? (AAP Barcelona 19^a 21 julio 2022)

Observaciones: 1. La ejecución de una orden de una orden de requerimiento de pago europeo es la cuestión que subyace en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (en adelante AP), Sección Decimonovena, dictado el 21 julio 2022. El Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006 (en adelante RPME) regula esta cuestión pensando en los supuestos más habituales, es decir, en aquellos en los que el requerimiento de pago se ejecuta en un Estado diferente (Estado de destino) de aquel donde se ha expedido (Estado de origen) ex arts. 5 y 21.1º [APP de Álava, Civil sección 1 del 30 diciembre 2011 (RO): AAP VI 271/2011)]. Ahora bien, ¿puede ejecutarse dicha orden en el Estado de origen? ¿Tienen competencia judicial internacional los tribunales de dicho Estado? Esta es, precisamente, la cuestión que resuelve la AP en el recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona que considera como competentes a los órganos judiciales del país de los ejecutados.

2. Para la AP, dado que la deudora, aunque reside en Francia, tiene bienes en España resulta más rápido, eficaz y barato para el acreedor español solicitar la ejecución del requerimiento europeo de pago directamente en España, que solicitar la ejecución en Francia, siempre que el tribunal español tenga competencia judicial internacional para proceder a su ejecución. Afirma, acertadamente, que la normativa procesal española solo regula la competencia para conocer de la ejecución del título que se menciona cuando se ha expedido en otro país y el ejecutado tiene su domicilio en España.

3. Hasta aquí, la argumentación de la AP resulta impecable, coherente y eficiente desde el punto de vista del análisis económico del Derecho. El error lo comete al fundamentar la competencia judicial de los tribunales españoles tanto en el art. 7 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – DO L 351 20 diciembre 2012 – (en adelante Reglamento Bruselas I bis) como en el art. 22 quinque de la LOPJ. No hay duda alguna de la aplicación del Reglamento Bruselas I bis, dada la internacionalidad que presenta el litigio, por lo que la cuestión a dilucidar es determinar en qué foro de competencia judicial internacional podría fundamentar su competencia los tribunales españoles en el presente supuesto. A nuestro juicio, estos serían competentes en base a lo establecido en el art. 22.5º del Reglamento Bruselas I bis que establece la competencia judicial internacional con carácter exclusivo a los tribunales del Estado contratante del lugar de ejecución. No hay objeción alguna en aplicar dicho precepto. Es evidente que se refiere a la ejecución de decisiones en general y no a la ejecución de decisiones extranjeras. Además, la ejecución implica un acto de fuerza y, por tanto, un acto de soberanía del Estado donde se pretende ejecutar la decisión.

Nuria MARCHAL ESCALONA *

67. AL NO EXISTIR UN CONVENIO BILATERAL O MULTILATERAL DEL QUE ESPAÑA Y CHILE SEAN PARTE SOBRE LA MATERIA, HA DE ACUDIRSE AL REGLAMENTO Nº 2201/2003 DEL CONSEJO, DE 27 NOVIEMBRE 2003, DE APLICACIÓN UNIVERSAL O ERGA OMNES (SAP Barcelona 12^a 2 diciembre 2022)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (nmarchal@ugr.es). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i "(REJURPAT)" PID2019-106496RB-I00.

68. DESESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES, CON BASE EN EL CONVENIO DE LUGANO DE 2007 EN UN SUPUESTO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL REGULADO POR LAS REGLAS DE LA HAYA–VISBY (SAP Pontevedra 1^a 25 enero 2023)

Observaciones: 1. Pladurez Carpetería, S.L., empresa domiciliada en Mataró (Barcelona), compró una partida de material a la entidad Tocheungle Estationery MFG CO (PVT), sita en Tamil Nadu (India). Para el transporte de las mercancías, Pladurez contrató con la empresa transitaria Operinter Barcelona S.A., domiciliada en Hospitalet de Llobregat (Barcelona), que a su vez subcontrató el transporte desde Chennai (India) a Vigo con la naviera Mediterranean Shipping Company, S.A. (MSC S.A.), porteadora efectiva. Salida de las instalaciones de la proveedora entre el 18 y 20 marzo 2020, la mercancía llega a Vigo el 6 mayo 2020, siendo desconsolidada en las instalaciones de Grafoplast del Noroeste (Alvedro, A Coruña) el 11 mayo 2020, que observa daños por humedades. Fijada la cuantía de los daños, Operinter, tras comunicar el siniestro a la agencia de MSC en España (MSC España, SLU) con domicilio en Valencia, abona a Pladurez la cantidad correspondiente, que la empresa Reale Seguros Generales, S.A., como aseguradora del transporte por póliza suscrita con Operinter, pagó a su vez a su asegurada. Tras comunicaciones entre la aseguradora y MSC España, trasladadas a MSC en Ginebra (Suiza), e infructuosos los intentos de solución extrajudicial, el 30 julio 2021 Reale interpone una acción de repetición *ex art. 43 LCS*, en relación con el art. 3 Convenio de Bruselas de 25 agosto 1924 sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque (Reglas de La Haya–Visby) y los arts. 277 y 278 de la Ley de Navegación Marítima, en reclamación de cantidad, contra la mercantil MSC S.A. Lo hace ante los Juzgados de Valencia y a título de lo que entiende que es el domicilio de la demandada, que comparece. MSC S.A. plantea declinatoria por falta de jurisdicción de los Tribunales españoles y a favor de los Tribunales suizos o ingleses, apelando al Convenio de Lugano de 2007 y el art. 22 bis LOPJ, en relación con los art. 36 ss y art. 63 ss LEC, así como por el art. 468 LNM. Alega, por un lado, que el domicilio de la demandada MSC se encuentra en Ginebra (Suiza), resultando inoperativo, a su juicio, el art. 5.1º CL 2007 sobre competencias especiales dado que no se alegan ni prueban hechos referidos al lugar de nacimiento o de cumplimiento de la obligación contractual. Por otro, que, como contratante habitual de los servicios de MSC, Operinter suscribió un acuerdo para el uso como destinatario de cartas de porte marítimo (*waybill – SWB*), donde figura una cláusula de sumisión a favor de la jurisdicción inglesa, en concreto, al Tribunal Superior de Justicia de Londres. Reale se opone a la declinatoria con base en la especialidad del art. 5.1º frente al 2 CL 2007, así como a la inoperatividad de la cláusula de sumisión, por su inclusión en un contrato de adhesión y por la inaplicabilidad del CL 2007 al no ser ya el Reino Unido un Estado miembro de la UE. Por Auto de 16 noviembre 2021, el Juzgado de Valencia desestima la declinatoria por falta de competencia internacional. Primero, afirma la competencia de la jurisdicción española *ex art. 5.1º CL 2007*, como opción del demandante respecto de la prestación de un servicio que debe ejecutarse en España, con independencia de que, estando “MSC domiciliada en un Estado vinculado (Suiza), este país sería el competente para conocer de la demanda”. Y, segundo, por la nula influencia de la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Londres por no formar parte el Reino Unido de la UE (1 febrero 2020) cuando nace “la obligación de transportar y, por tanto, su incumplimiento” (marzo de 2020). Pero seguidamente declara la falta de competencia territorial de su Juzgado para la demanda de Reale contra MSC, afirmando que no es Valencia, sino Vigo, quien debe conocer: el art. 5.1º CL 2007 es una regla muy específica y “la mercancía tenía como destino dicha ciudad”, ordenando el archivo de las actuaciones y sin inhibición al órgano competente, *ex art. 65.4º1 LEC*. Habiendo solicitado ante los Juzgados de Valencia aclaración y/o complemento del auto reclamando la inhibición a favor del Juzgado de lo Mercantil de Vigo, que desestima, en aplicación del art. 65.5º LEC, Reale presentó demanda contra MSC S.A. en esta ciudad, que conocen y que MSC recurre en la resolución que comentamos. Sin cuestionarse la competencia judicial internacional de la jurisdicción española, la AP Pontevedra critica la decisión del Juzgado de Valencia de no acordar la inhibición en favor del órgano competente y proceder al archivo del procedimiento, por carecer

de cobertura legal, debiendo de haber remitido la causa a los Juzgados que considerase territorialmente competentes (Juzgados de Vigo) *ex art. 58 LEC* en la existencia de reglas imperativas determinantes de la competencia territorial.

2. En el momento de presentación de la demanda y en materia de contratos de transporte marítimo como materia civil y/o mercantil que es, los juzgados españoles se hallan vinculados tanto por el Reglamento 1215/2012, aplicable a demandas interpuestas tras 10 enero 2015 (arts. 80–81 Reglamento 1215), como por el CL 2007, que vincula a la UE (España) desde el 1 enero 2010 y que originalmente se encarga de extender las soluciones del Convenio de Bruselas de 1968 (y de sus modificaciones posteriores *ex Reglamento 44/2001*) a los Estados parte de la EFTA (AELC), lo que exige la identificación del régimen preferentemente aplicable (distinto planteamiento desde los órganos jurisdiccionales suizos de haberse planteado demanda ante los Tribunales de Ginebra, domicilio de la demandada MSC S.A., sólo vinculados por el CL 2007). La cuestión no es menor: la pluralidad de regímenes aplicables conlleva potenciales distintas respuestas a la competencia. Aunque el CL 2007 discurre paralelo al CB 1968 y al Reglamento 44/2001 (sustituido hoy por el Reglamento 1215/2012), no siempre tienen el mismo alcance sus reglas de competencia: así, cláusulas de elección de foro, con distintos criterios de aplicabilidad espacial; más semejanza en el foro especial de las obligaciones contractuales, ambos presentes en el caso que nos ocupa. Sin hacer referencia al Reglamento 1215/2012, los Juzgados de Valencia asumen la aplicación del CL 2007, que tampoco cuestiona ni los Juzgados de Vigo ni la AP Pontevedra. La ortodoxia exige, en cambio, la consulta de aquellas cláusulas de compatibilidad que proporcionan ambos instrumentos en orden a la identificación del régimen preferencial aplicable, materializadas en el art. 73 Reglamento 1215 (*Relación con otros instrumentos*, precepto inexistente en el Reglamento 44/2001) y, sobre todo, en el art. 64 CL 2007 (*Relaciones con el Reglamento 44/2001 y con otros instrumentos*: la referencia al Reglamento 44/2001 debe ampliarse al Reglamento 1215/2012 como sustituto del anterior: de ahí los términos “y sus modificaciones”). Mientras que el art. 73 Reglamento 1215 estima que “el presente Reglamento no afectará a la aplicación del CL 2007”, manteniendo así su operatividad aun cuando la vinculación del operador jurídico al Reglamento 1215/2012 (no es así respecto del resto de Convenios generales de idéntico ámbito material, que dejan de ser aplicados en lo que afecta a la materia civil y mercantil incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012; arts. 69 y 70 Reglamento 1215, así como, en semejantes términos, arts. 65 y 66 CL 2007 respecto del mismo tipo de Convenios; la prevalencia del Reglamento 1215/2012 se extiende también sobre aquellos Convenios generales de alcance extracomunitario), el art. 64 CL 2007 (anterior art. 54 ter CL 1988), partiendo de la aplicación preferente del Reglamento 1215/2012 (art. 64.1º CL 2007), relaciona aquellos casos que excepcionan esta regla (art. 64.2º.a CL 2007), entre ellos, cuando “el demandado estuviere domiciliado en un Estado donde se aplique el presente Convenio” (y que no sea Estado miembro de la UE). Es lo que sucede en el supuesto que nos ocupa: la ubicación del domicilio de la empresa demandada MSC S.A. en Ginebra (Suiza) determina la aplicación preferente del CL 2007 por parte de los órganos jurisdiccionales españoles, desecharlo valorar su competencia por el Reglamento 1215/2012. No se ubica el caso controvertido en ningún otro supuesto de aplicación preferente del art. 64.2º.a CL 2007: los contratos de transporte marítimos no son competencia exclusiva del art. 22 CL 2007 y la cláusula de elección de foro se redacta, según consta, a favor de los Tribunales de Londres y no de los órganos jurisdiccionales suizos (noruegos o islandeses).

3. En el momento de la presentación de la demanda, el Reino Unido ya no formaba parte de la UE y, por tanto, ya no estaba vinculado por el CL 2007, como lo están Suiza, Islandia, Noruega, Dinamarca y la UE (1 febrero 2020: Reino Unido no UE; 31/12/2020: fin del período transitorio; solicitó adhesión al CL 2007 el 8 abril 2020 como Estado contratante independiente, no ratificada por el resto –Comunicación de la Comisión de 4 mayo 2021–). De haberlo estado, como sí sucedía cuando se pactó originalmente la cláusula a favor de los Tribunales de Londres, no hubiera sido tan pacífica la cuestión de la aplicación preferente del CL 2007. No trata el art. 64.2º.a CL 2007 aquella situación, ubicable tanto en el art. 25 Reglamento 1215 como en el art. 23 CL 2007, que

contempla la existencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (Reino Unido, en su momento) estando al menos una de las partes, singularmente, el demandado, domiciliada en un Estado de la EFTA no comunitario (MSC S.A., domiciliada en Ginebra). Una interpretación alternativa de las conexiones del art. 64.2º.a CL 2007 conduce a la aplicación preferente del CL 2007 aun cuando la existencia de una cláusula de jurisdicción a favor de un Tribunal comunitario. No obstante, no debería descartarse una posible aplicación preferente del Reglamento 1215/2012 por mandato del art. 64.1º CL 2007: el domicilio del demandado como criterio de determinación del régimen preferentemente aplicable, si bien aparece en el art. 64.2º.a CL 2007 con esta función, no operaría en presencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción, que constituiría, al igual que en materia de competencias exclusivas, una excepción a esta conexión. De seguir la regla general del art. 64.2º.a CL 2007, un mismo acuerdo de jurisdicción firmado por y vinculante para ambas partes sería valorado por dos regímenes diferentes en función de quien ocupase la posición de demandante y demandado (la demanda de Reale frente a MSC S.A. supondría la aplicación del CL 2007, mientras que, a la inversa, y dado el domicilio de Reale en España, conduciría a la aplicación del Reglamento 1215/2012), violentando así el principio de tutela judicial efectiva por poner en riesgo el principio de igualdad entre las partes. No es, en cualquier caso, cuestión pacífica.

4. A) La aplicación del CL 2007 por los Tribunales españoles, en un supuesto de aplicación de las normas del CL 2007 (y no de las propias de la LOPJ, operativas respecto de demandados domiciliados en terceros Estados, si bien vía Reglamento 1215/2012, que no es el caso), supone la valoración de su competencia judicial internacional atendiendo a los foros especiales por razón de la materia (arts. 5 a 21 CL 2007), coincidentes en su mayoría con los equivalentes en el instrumento comunitario y operativos respecto de demandados domiciliados en un Estado firmante del CL 2007 que no sea el del foro, como aquí sucede. Sin cuestionar la competencia de los Tribunales de Ginebra como domicilio de la demandada MSC S.A. ("MSC domiciliada en un Estado vinculado (Suiza), este país (sic) sería el competente para conocer de la demanda"; tampoco el Juzgado de Vigo o la AP), resuelven correctamente su competencia objetiva en aplicación del art. 5.1º CL 2007: como foro especial que es en materia de contratos, juega de manera alternativa al foro del domicilio del demandado en Ginebra ("no contiene una regla preferente a la del art. 2, sino una regla especial") y en atención al lugar donde deba cumplirse, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato, la prestación principal o característica, que en materia de transporte marítimo de mercancías, se corresponde con el lugar de prestación del servicio, en el caso, España, donde se entrega la mercancía (STJUE 11 julio 2018, As. C-88/17, *Zurich*: lugar de expedición o entrega). Como supuesto que es del art. 5.1.b CL 2007, se aparta de la regla general de separabilidad de las acciones del art. 5.1º.a CL 2007 (lo mismo, art. 22 quinqueis.a LOPJ), basado en el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda (determinado por el contrato o, en su defecto, por la *lex contractus*), para concentrar las acciones en el lugar de su prestación del servicio de transporte decidido en el contrato (o, en su defecto, de manera autónoma y no *ex lex contractus*). Actúa correctamente, pues, el juez español cuando no admite los argumentos de la declinatoria de MSC S.A. y suscribe aquéllos de Reale en su oposición relativos al art. 5.1º CL 2007.

B) Al igual que el art. 7.1º Reglamento 1215, la competencia atribuida a través del art. 5.1º CL 2007 no lo es a la totalidad de la jurisdicción española, sino a un concreto órgano jurisdiccional (el art. 5.1º CL 2007 se refiere a los Tribunales del *lugar*, no a los del *Estado parte*, como hace el art. 2 CL 2007, *v.gr.*): la regla no es sólo de competencia judicial internacional, también lo es de competencia territorial, lo que excluye el juego de las reglas del Derecho procesal doméstico encargadas de distribuir territorialmente la competencia, siquiera como rol complementario (también, *v.gr.*, Reglamento 4/2009, sobre alimentos; no, *v.gr.*, Reglamento 2019/1111, sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental, salvo art. 5). En consecuencia, no son los Tribunales *españoles* los competentes, sino los juzgados de Vigo (y no de Valencia, que deben actuar en consecuencia; más acorde, art. 58 LEC: no se había planteado declinatoria por competencia territorial).

5. A) No está tan claro, en cambio, el juego de la cláusula de elección de los Tribunales de Londres, alegada por MSC S.A. en su declinatoria, que en instancia se descarta, siguiendo el argumento de Reale, inaplicable el art. 23 CL 2007 por no formar parte el Reino Unido del Convenio y en lo que no entra la AP Pontevedra. No prohíbe el CL 2007 (tampoco el Reglamento 1215/2012) la sumisión a favor de Tribunales de terceros Estados, tampoco la regula. En esta ausencia, y sometida su eficacia prorrogatoria a la ley extranjera (inglesa, en el caso), la derogatoria depende del Derecho del foro (español; STJCE 9 noviembre 2000, *Coreck*). Y ahí tenemos un art. 22.ter.4 LOPJ, inexistente antes de la reforma de la LOPJ de 2015 (importante problemática anterior), que recoge la eficacia derogatoria o suspensiva de este tipo de cláusulas, incluso cuando afecte a la competencia atribuida por el CL 2007 (o Reglamento 1215/2012), como es el caso (*v.gr.*, SAP Barcelona de 4 mayo 2017): obligación de suspensión del procedimiento en España, que continuará sólo cuando los Tribunales extranjeros (ingleses) hubiesen declinado su competencia (no fija el legislador español un plazo para que el interesado plantee su reclamación ante la jurisdicción extranjera elegida, de modo que la suspensión puede ser *sine die*). Sin efecto esta exclusión de la competencia de los Tribunales españoles de afectar a materias en las que en el Derecho español no quepa la *prorrogatio fori* (art. 22.ter.5 LOPJ), que no es el caso del transporte marítimo: a pesar de la exigencia del legislador español de “que una norma expresamente lo permita” (art. 22.bis LOPJ) y de la confusión sobre las materias en las que podría operar la sumisión en el Derecho doméstico, sí lo haría en el ámbito de aquéllas de corte patrimonial ajena a los foros de protección y competencias exclusivas (y no, *v.gr.*, en sede de persona y familia: frente al principio dispositivo de la materia patrimonial, el principio inquisitivo del Derecho de familia). No vamos a entrar (tampoco lo hace la resolución comentada), en la problemática que genera el art. 468 LNM, que entiende nulas y no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera (no a española, por tanto) contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación que no hayan sido negociadas individual y separadamente. En tanto que el art. 468 LNM habla de “sin perjuicio de lo previsto en los Convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la UE”, el art. 23 CL 2007 (y sus exigencias formales) prevalecería sobre aquél (valoración del juego de los usos habituales del sector, *v.gr.*) sólo cuando los Tribunales elegidos formen parte del CL 2007 y el Reino Unido no lo sería (el juego del art. 468 LNM en la jurisprudencia española no es, en todo caso, homogéneo: AAP Barcelona de 18 marzo 2019; AAP Valencia de 10 mayo 2022, aplicando CL 2007...).

B) De haber sido el Reino Unido todavía Estado de la UE, la alegación de la cláusula por parte de MSC S.A. en la declinatoria debería conducir a la declinación de la competencia de los Tribunales españoles, con independencia de su competencia objetiva vía art. 5.º CL 2007: el art. 23 CL 2007 habla de la competencia *exclusiva* de los Tribunales elegidos. El TJUE (asunto *Coreck*) abre la posibilidad de invocación de cláusula de sumisión a tercero que, conforme al Derecho nacional aplicable, se subroga en la posición de la parte originaria (si no, verificación de la prestación del consentimiento de ese tercero). Todo, bajo las exigencias formales del art. 23 CL 2007 como requisitos de validez de la cláusula (y no los del Derecho español, particularmente, LNM; p.e., AAP Valencia de 8 noviembre 2016, con RU todavía UE; todo ello, a la espera del TJUE, por ahora sólo Conclusiones AG en el As. C-345/22 a C-347/22, *Maersk y Mafre*), pasando por el hecho de la domiciliación de al menos una de las partes en un Estado vinculado por el CL 2007, como es el caso (Ginebra y España) y a diferencia de lo dispuesto en el art. 25 Reglamento 1215, operativo con independencia del domicilio de las partes.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ*

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

69. LA FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL DEBE REALIZARSE MEDIANTE LA DECLINATORIA PARA EL CASO DE QUE EL TRIBUNAL NO LA HAYA APRECIADO DE OFICIO EN EL MOMENTO DE RESOLVER SOBRE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DEMANDA (STS Civ 1^a 10 mayo 2023)

COMPRAVENTA INTERNACIONAL

70. CUANDO SE TRATE DE UNA COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS EL TRIBUNAL COMPETENTE ES EL DEL LUGAR DEL ESTADO MIEMBRO EN EL QUE, SEGÚN EL CONTRATO, HUBIEREN SIDO O DEBIEREN SER ENTREGADAS LAS MERCADERÍAS (AAP Sevilla 8^a 2 noviembre 2022)

71. NO HA LUGAR A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE PLUMA DE CERDO IBÉRICO ESTANDO EN DISCUSIÓN EL PRECIO DEL COSTE, DEL FLETE Y DEL SEGURO HASTA EL PUERTO DE BUSAN (SAP Salamanca 1^a 16 mayo 2023)

CONTRATOS

72. PESE A EXISTIR UNA ESTIPULACIÓN NEGOCIAL QUE DECANTA EL POSIBLE CONOCIMIENTO DE UN INCUMPLIMIENTO HACIA LA LEY BRASILEÑA, LA NATURALEZA TUITIVA DE LA LEY 57/68 SE DECANTA POR LA APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA (SAP Murcia 1^a 10 octubre 2022)

73. AUNQUE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL QUE DESIGNA COMO LEY APPLICABLE LA RUMANA, LAS PARTES, TÁCTICAMENTE, HAN DEJADO SIN EFECTO Dicha CLÁUSULA Y HAN SOMETIDO EL CONTRATO AL DERECHO ESPAÑOL (SAP Barcelona 17^a 19 mayo 2023)

DERECHO DEL TRABAJO

74. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA EL CONOCIMIENTO DE LA DEMANDA POR DESPIDO DEL TRABAJADOR QUE HABÍA SUSCRITO UN CONTRATO DE EMBARQUE (STS País Vasco Soc 1^a 12 abril 2022)

75. EL TRIBUNAL SE ENCUENTRA FACULTADO PARA APLICAR DE OFICIO LAS NORMAS DE CONFLICTO CORRESPONDIENTES A LA LEY APPLICABLE AL CONTRATO DE CESIÓN DE CRÉDITOS (SAP Soria 1^a 21 junio 2022)

76. LA LEY ELEGIDA NO PUEDE PRIVAR AL TRABAJADOR DE LA PROTECCIÓN QUE LE ASEGUREN LAS DISPOSICIONES QUE NO PUEDEN EXCLUIRSE MEDIANTE ACUERDO EN VIRTUD DE LA LEY DEL PAÍS DONDE REALIZA SU TRABAJO HABITUALMENTE (STS Madrid Soc 1^a 14 julio 2022)

77. LA APLICACIÓN DE LA INMUNDAD DE JURISDICCIÓN EXIGE QUE HAYA DE EXPLICARSE RAZONABLEMENTE DE QUÉ MODO EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE UN DESPIDO DE UN TRABAJADOR ADMINISTRATIVO PUEDE PONER EN RIESGO LA SEGURIDAD DEL ESTADO (STS Soc 1^a 10 noviembre 2022)

78. NO CONCURRE EN EL CASO LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ART. 10.2º D), LO 16/2015 AL TRATARSE DE UN PROCESO QUE TIENE POR OBJETO EL DESPIDO DEL TRABAJADOR AUNQUE UNA AUTORIDAD COMPETENTE DEL ESTADO EXTRANJERO HAYA COMUNICADO QUE ESTE PROCESO MENOSCABA SUS INTERESES DE SEGURIDAD (STS Soc 1^a 30 noviembre 2022)

DERECHO MARÍTIMO

79. VALIDEZ Y EFICACIA DE LA CLÁUSULA *PARAMOUNT* A TENOR DEL ART. 3 DEL REGLAMENTO ROMA I (STS Civ 1^a 28 junio 2022)

Observaciones: 1. La decisión de la Sala Civil del TS se centra en la controvertida cuestión de la determinación de la normativa aplicable a un contrato de transporte marítimo de mercancías desde Rusia a España, y se centra en la determinación de la responsabilidad del consignatario. A raíz de una compraventa CIF se transportó una partida de barras de acero desde Novorossiysk (Rusia) hasta Vilanova i la Geltrú (España). El contrato de transporte contenía una cláusula *paramount*. Al llegar las mercancías dañadas a destino, el comprador demandó al consignatario. La primera instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revertió su decisión, condenando al pago de 701.299 Euros.

2. A modo de contextualización de esta decisión judicial cabe recordar que el sector del transporte marítimo de mercancías, inherentemente internacional, requiere altas dosis de coherencia normativa y de seguridad jurídica para aportar a los operadores empresariales y jurídicos un marco regulador bien definido. Esta exigencia proyecta su operatividad tanto en el plano estrictamente mercantil como en la dimensión normativa conflictual. La suma de bloques normativos en presencia de fuente convencional, institucional e interna que convergen en nuestro ordenamiento español dificulta en la práctica la clara delimitación del régimen jurídico aplicable a cuestiones claves o troncales tales como la concreción del régimen de derechos y obligaciones de las partes y en particular la cuestión vinculada al papel que haya de reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes. En particular, el inagotado debate en torno al complejo equilibrio entre los intereses en presencia en este sector y de forma específica el centrado en el binomio porteador *versus* cargador ha constituido el verdadero motor de toda esa secuencia de textos normativos.

3. Un claro ejemplo puede apreciarse en la delimitación del margen de maniobra contractual material y conflictual que cabe conferir a las partes en el momento de seleccionar la normativa aplicable rectora de sus derechos y obligaciones derivadas de dicho contrato. Verificar el papel que deba reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes y en particular valorar, con referencia a la evolución de la disciplina internacional en materia de transporte marítimo internacional de mercancías, la relevancia de la autonomía privada en el ámbito conflictual exige como reflexión previa atender a la variada tipología de cláusulas en presencia en este sector de la contratación internacional, de forma que no cabe dogmatizar en abstracto acerca de su calificación jurídica sin descender a la concreción de su redacción y de la variada y heterogénea tipología contractual existente en el sector. En particular, y para una correcta comprensión del fenómeno de las cláusulas *paramount* y para su precisa calificación es necesario partir de la compleja fenomenología de modalidades contractuales a través de las cuales se materializa la prestación del transporte marítimo.

El propósito fundamental originario de esta categoría de cláusulas *paramount* era el de incorporar a los contratos las disposiciones del Convenio de Bruselas, e incluso de leyes internas anteriores al mismo, a los efectos de compelir a los Tribunales para que aplicaran dichas disposiciones convencionales; con el paso del tiempo, ese objetivo convencional inicial se amplió considerablemente, ya que mediante dicha cláusula *Paramount* se llama o invoca a la aplicación tanto de normas (o de una parte de su texto) cuyo ámbito de aplicación no cubre el caso concreto determinado por un transporte específico como de soluciones convencionales vigentes en la materia en el caso análogo de que un transporte no entre dentro del ámbito de aplicación de norma alguna. Por consiguiente, cabe afirmar que la cláusula *paramount* pretende extender la

aplicación del sistema de deuda por responsabilidad que con carácter imperativo se recoge en la normativa uniforme convencional.

4.La principal cuestión que analiza el Tribunal Supremo en la sentencia ahora comentada es la relativa a la normativa aplicable: Ley de Transporte Marítimo (LTM) de 1949 junto con el Código de comercio vs. Convenio de Bruselas de 1924 con los Protocolos de 1968 y 1979. Y el motivo troncal, clave del recurso de casación invocaba la aplicación indebida de la LTM y del Código de Comercio, debiendo en opinión del recurrente haberse aplicado conforme al pacto de ley aplicable previsto en la cláusula *paramount* del conocimiento de embarque únicamente el Convenio de Bruselas de 1924 según promulgado en el País del puerto de origen (Rusia). El tenor de la cláusula *paramount* contenida en el contrato de transporte preveía que “a) Las Reglas de La Haya contenidas en el Convenio internacional para la unificación de ciertas normas relativas a los conocimientos de embarque, fechado en Bruselas el 25 agosto de 1924, y lo promulgado en el lugar de carga, serán de aplicación en este conocimiento de embarque. b) Comercializaciones donde son de aplicación las Reglas de La Haya-Visby: en operaciones donde a la Convención Internacional de Bruselas de 1924 se le han añadido los protocolos firmados en Bruselas en 23 febrero 1968 – Reglas de La Haya Visby– se aplicarán obligatoriamente las disposiciones de la respectiva legislación y serán de aplicación a este conocimiento de embarque”.

5. La parte recurrente consideró que, conforme al art. 3 del Reglamento UE 583/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I, que incorpora en su ámbito de aplicación material los contratos de transporte, conforme a lo previsto en su art.5) y el art. 10.5º Cc (precepto indebidamente invocado, ya que su aplicación queda desplazada ante la eficacia *erga omnes* del RR I), debería haberse aplicado la cláusula *paramount* incorporada al conocimiento de embarque, por lo que únicamente resultaría de aplicación el Convenio de Bruselas y sus Protocolos pero no la legislación interna española, y por tanto no procedería la asimilación de la responsabilidad del consignatario a la del naviero.

Frente a esta argumentación, el TS considera que no es objeto de discusión que, tanto por la normativa internacional como por la nacional que se cita en el motivo, una cláusula de ley aplicable (en este caso, la cláusula *paramount*) pueda ser válida y eficaz, a tenor del art. 3 RRI. En todo caso, la decisión judicial ahora comentada señala que lo determinante conforme al art. 25.1º del mencionado RRI es que no había impedimento para la aplicación al caso del Convenio de Bruselas de 1924 y sus Protocolos, al proyectar la regla de especialidad (que opera en este caso como cauce de compatibilidad entre las normas en presencia) y señalar que el RRI, “no afectará a la aplicación de los Convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales”.

6. A juicio del TS, en el ámbito de las Reglas de La Haya-Visby, la cláusula *paramount* ha devenido en un criterio más de aplicación espacial de esos mismos textos convencionales, en convivencia con otros criterios, como el lugar de emisión del conocimiento de embarque en un Estado adherido o el lugar de carga de las mercancías. Es decir, la tan citada cláusula es uno de los factores que permite aplicar la normativa de La Haya-Visby. Y tiene como efecto que impide que sea eventualmente aplicable un Derecho extranjero ajeno a tales Reglas. Sin embargo, en este caso dicho efecto no se produce, puesto que como el conocimiento de embarque se emitió en Rusia y este Estado es signatario del Convenio de Bruselas y sus Protocolos de 1968 y 1979, los textos convencionales se habrían aplicado igualmente, con independencia de la cláusula *paramount*.

Sentado lo anterior, el TS considera, invocando jurisprudencia nacional consolidada, que la aplicabilidad en España del Convenio de Bruselas y sus Protocolos de 1968 y 1979 (Reglas de La Haya-Visby) no excluye en este caso la aplicación de la LTM ni la del CCom.; señala, en particular, que la LTM, a la que se le reprocha traducción equivocada del Convenio, defectos de técnica legislativa e incluso que no se ajusta plenamente a aquél al restringir en ciertos aspectos su

contenido, entró en vigor a los seis meses de su publicación y ha venido constituyendo desde entonces el cuerpo normativo en la materia y aplicado de forma reiterada y pacífica por la doctrina jurisprudencial.

7. Cabe recordar que el Convenio de Bruselas fue modificado por el Protocolo de 23 febrero 1.968 –Reglas de Visby– y el Acuerdo de 21 febrero 1.979, ratificado por España el 16 noviembre 1.991, publicándose ambos textos, en el BOE nº 36 11.2.1984, desde cuyo momento pasaron a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno de conformidad con los arts. 96.2º CE y 1.5º Cc. La referencia que en el Protocolo se hace a entender por “Convenio” el Convenio de Bruselas de 1924 generó la polémica acerca de si la incorporación de la nueva normativa uniformadora internacional suponía la plena aplicación del Convenio de Bruselas expresado (con las modificaciones de 1968 y 1979), y, por consiguiente, al no coincidir totalmente el Convenio de 1924 con la LTM, la práctica derogación de éste, o cuando menos en los casos en que fueren aplicables los Protocolos de 1968 y 1979 (Reglas de La Haya–Visby).

8. Por todo ello, la jurisprudencia del TS relativa a aquellos transportes marítimos en los que fuese de aplicación la normativa de las Reglas de La Haya–Visby ha venido manteniendo la vigencia de la LTM en lo que no resulte afectado por los Protocolos de 1968 y 1979. Por lo expuesto, la sentencia del TS señala que no se acepta la alegación de que la aplicación de la LTM resulte excluida por estar sujeto el supuesto que se enjuicia a las Reglas de La Haya–Visby en virtud de la cláusula *paramount*, consignada en el conocimiento de embarque, en relación con el art. 10 del Protocolo de 1968. Fiel por tanto a su doctrina, el TS considera que se trata en realidad de un falso dilema, puesto que la aplicabilidad en España del Convenio de Bruselas y sus Protocolos de 1968 y 1979 (Reglas de La Haya–Visby) no excluye en este caso la aplicación de la LTM ni del CCom.

9. Cabría recordar ahora que en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad del porteador marítimo ha experimentado un proceso paulatino de codificación desde el Código de Comercio de 1885 (Ccom) hasta la hoy día vigente Ley de Navegación Marítima de 2014 (LNM). La ratificación por parte de España del Convenio de Bruselas que unificaba ciertas reglas de responsabilidad del porteador en materia de c/e. Aunque la ratificación del Convenio no supuso que sus disposiciones fuesen normas materiales internas, puesto que no era *self-executing*, sí significó un avance en la materia hacia la promulgación de la Ley de 22 diciembre 1949 de Transporte Marítimo de Mercancías en Régimen de Conocimiento de Embarque (LTM). La LTM traspuso las reglas contenidas en el Convenio y estableció unas reglas imperativas con la finalidad de proteger al cargador. El art. 10 LTM preveía que “toda cláusula, convenio o acuerdo en un contrato de transporte que exonere al porteador o al buque de responsabilidad por perdida o daños relativos a las mercancías que provengan de negligencia, falta o incumplimiento de los deberes y obligaciones.... Será nula, ineficaz, y se tendrá por no puesta”; además, el art. 13 de la propia LTM disponía que “el porteador podrá libremente abandonar todos o parte de los derechos y exoneraciones, o aumentar las responsabilidades y obligaciones que les correspondan...siempre que se inserte en el conocimiento entregado al cargador”. En consecuencia, la LTM aumentó la protección del cargador. Ahora bien, debemos tener en cuenta que la LTM no regulaba de manera completa el contrato de transporte marítimo por lo que había que acudir a las reglas contenidas en el Ccom, remisión que planteaba controversias.

10. El argumento troncal en el que se basa el TS para sustentar tal tesis radica en que la LTM –derogada por la hoy vigente LNM, norma interna inaplicable al caso ahora resuelto– tenía por finalidad incorporar el Convenio al Derecho español. Es decir, el TS interpreta (sin enunciarlo expresamente así) que el efecto de la cláusula *paramount* consiste en introducir en el clausulado contractualmente convenido una “referencia” expresa al texto convencional o a (en nuestro caso) la normativa autónoma (LTM) que le haya dado efecto; por tanto, estima que la incorporación por referencia que se efectúa vía cláusula *paramount* tiene un mero efecto “declarativo” al limitarse a recordar su aplicabilidad.

Sin embargo, no debe olvidarse que el análisis de la función conflictual de las cláusulas *paramount* exige, por un lado, una permanente referencia a la evolución normativa experimentada en el sector del transporte marítimo y por otra obliga a atender a la compleja y variada tipología de las cláusulas empleadas en la práctica contractual del sector. Por todo ello no resulta factible unificar *ex ante* su calificación. La determinación de su alcance y efectos deberá hacerse atendiendo al tenor literal de la cláusula y a la norma convencional (Convenio de Bruselas de 1924 en su redacción inicial, o el propio Convenio modificado por los Protocolos sucesivos aprobados) o interna que sirva de cobertura a tal práctica contractual.

11. En el caso ahora planteado y resuelto por el TS la cuestión clave a tener presente es que la LTM no fue formalmente modificada para transponer los Protocolos modificativos del originario Convenio de Bruselas de 1924, lo que originó las dudas acerca de la relación entre esas normas. El Tribunal Supremo las resuelve afirmando que la LTM siguió en vigor en lo que no hubiera sido modificada por los Protocolos. Sin negar coherencia a tal tesis, tal vez cabría haber defendido que sería más lógico mantener que, al ser la disposición normativa interna o nacional que incorporó el Convenio, ésta se había visto en realidad reformada por los Protocolos de 1968 y 1979. Esta solución hubiera resultado más congruente o coherente, porque tras la entrada en vigor de los mismos la voluntad contractual manifestada en una cláusula *paramount* se ha visto consagrada a nivel internacional como criterio delimitador del ámbito de aplicación de la normativa uniforme, como si ésta resultara aplicable *ex proprio vigore*.

Juan José ÁLVAREZ RUBIO *

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

80. FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL EN UN DIVORCIO ENTRE UNA PERSONA CON NACIONALIDAD ECUATORIANA, CON DOMICILIO EN FERROL, CONTRA OTRA CON NACIONALIDAD BRITÁNICA, CON DOMICILIO EN LONDRES (AAP A Coruña 5^a 14 septiembre 2022)

81. YERRA EL JUEZ DE INSTANCIA CUANDO INDICA QUE NO SE HA APORTADO, DEBIDAMENTE LEGALIZADO Y APOSTILLADO, LA SENTENCIA DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO POR DIVORCIO PROCEDENTE DEL JUZGADO CUARTO DE FAMILIA BUCARAMANGA (COLOMBIA) (AAP Santander 2^a 19 septiembre 2022)

82. APLICACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL AL DIVORCIO DE UN MATRIMONIO CONTRAÍDO POR LOS LITIGANTES EN EL REINO DE MARRUECOS (SAP Lleida 2^a 17 octubre 2022)

83. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES SOBRE LAS MEDIDAS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL DE LOS HIJOS MENORES DEL MATRIMONIO, PERO NO PARA EL DIVORCIO Y LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES (AAP Barcelona 19^a 21 octubre 2022)

84. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE UNA DEMANDA DE SEPARACIÓN DE MATRIMONIO CONTRAÍDO EN MARRUECOS, RESPONSABILIDAD PARENTAL Y ALIMENTOS (AAP Barcelona 12^a 10 noviembre 2022)

85. LITISPENDENCIA INTERNACIONAL HASTA EN TANTO NO SE ESTABLECIERA LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL BÚLGARO ANTE EL QUE SE INTERPUSO LA PRIMERA DEMANDA DE DIVORCIO APLICABLE (AAP Madrid 31^a 29 noviembre 2022)

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad del País Vasco /Euskal Herriko Unibertsitatea.

86. EL JUZGADO NO MENCIONÓ EL REGLAMENTO (CE) Nº 4/2009 NI EL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007, Y APLICÓ INCORRECTAMENTE EL CC ESTATAL EN LUGAR DE APLICAR LA LEGISLACIÓN PROPIA DEL LUGAR DE RESIDENCIA, EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUNYA (SAP Barcelona 12^a 13 diciembre 2022)

87. EN EL SUPUESTO DE AUTOS TANTO LA DEMANDANTE COMO SU HIJO CONSTAN EMPADRONADOS EN LA CIUDAD DE CÁDIZ SOBREPASANDO LOS PLAZOS RESEÑADOS EN LA NORMATIVA EXPUESTA, POR TODO LO CUAL PROCEDA LA DECLARACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA CONOCER DEL DIVORCIO (SAP Cádiz 5^a 13 diciembre 2022)

88. BASTA CON APORTAR LOS DOCUMENTOS EXTRANJEROS QUE, NUEVAMENTE, HABRÁN DE VALORARSE A EFECTOS DE PRUEBA EN UNA DEMANDA DE DIVORCIO DE MATRIMONIO CONTRAÍDO EN CUBA (AAP Almería 1^a 21 diciembre 2022)

89. NEGATIVA A HOMOLOGAR UNA SENTENCIA DE DIVORCIO DICTADA POR EL JUZGADO DE FQUIH BEN SALAH (MARRUECOS) (AAP Zaragoza 2^a 22 diciembre 2022)

90. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PUES CONSTA ACREDITADO DOCUMENTALMENTE QUE LA ACTORA HA VENIDO RESIDIENDO HABITUALMENTE EN TERRITORIO ESPAÑOL AL MENOS SEIS MESES ANTES DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE DIVORCIO (AAP Zaragoza 2^a 1 febrero 2023)

91. NO DESPLEGANDO EN ESPAÑA NINGÚN EFECTO LA SENTENCIA DE DIVORCIO MARROQUÍ, Y DECLARADA LA COMPETENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES, NO EXISTE OBSTÁCULO LEGAL ALGUNO PARA DECLARAR LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO (SAP Madrid 22^a 23 febrero 2023)

92. LEY APPLICABLE AL DIVORCIO DETERMINADA POR EL REGLAMENTO 1259/2010 DE 20 DICIEMBRE 2010 POR EL QUE SE SOBRE LA LEY APPLICABLE AL DIVORCIO Y A LA SEPARACIÓN JUDICIAL (SAP Barcelona 12^a 17 abril 2023)

93. NO SE APRECIA COSA JUZGADA AL TRATARSE DE UNA RESOLUCIÓN DICTADA POR UN TRIBUNAL DE PAÍSES BAJOS SOBRE MEDIDAS PROVISIONALES EN RELACIÓN CON LA CRISIS MATRIMONIAL DE LOS CÓNYUGES (SAP Ávila 1^a 24 mayo 2023)

DOCUMENTO EXTRANJERO

94. EL NOTARIO SE EQUIPARA AL JUEZ PARA LA ACEPTACIÓN Y EJECUCIÓN EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS OTORGADOS EN MATERIA DE SUCESIONES MORTIS CAUSA (SAP Badajoz 2^a 20 diciembre 2022)

95. EL DOCUMENTO EXTRANJERO HA DE CONTENER LA LEGALIZACIÓN O APOSTILLA Y LOS DEMÁS REQUISITOS NECESARIOS PARA SU AUTENTICIDAD EN ESPAÑA (SAP A Coruña 3^a 18 octubre 2023)

EXTRANJERÍA

96. EL REGISTRO CENTRAL DE EXTRANJERÍA DEBE INSCRIBIR A UNA PERSONA DE NACIONALIDAD ALEMANA CON GÉNERO “INDETERMINADO” TAL Y COMO APARECE EN EL PASAPORTE DE SU PAÍS (STSJ Andalucía CP 4^a 23 enero 2023)

97. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA CONCEDE LA RESIDENCIA TEMPORAL POR ARRAIGO A UN DEMANDANTE CON UN ANTECEDENTE POLICIAL (STS Galicia CA 1^a 3 abril 2023)

98. EL TRIBUNAL SUPREMO DECLARA NULO EL ARTÍCULO DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA QUE EXTINGUE EL PERMISO DE RESIDENCIA TEMPORAL EN ESPAÑA POR AUSENCIA DE SEIS MESES (STS 5^a 5 junio 2023)

99. EL TRIBUNAL SUPREMO DETERMINA QUE NO SE PUEDE EXPULSAR MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS MIENTRAS GESTIONAN SU PERMISO DE RESIDENCIA (STS 5^a 11 julio 2023)

FILIACIÓN

100. LA CULPA ESTUVO SOLO DE PARTE DE LA AGENCIA PARA LA CONSECUCIÓN DE UNA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL EXTRANJERO, POR LO QUE EL CONTRATO ES NULO POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO, AL TENER UN OBJETO ILÍCITO (SAP Barcelona 17^a 8 septiembre 2022)

101. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA FILIACIÓN POR NATURALEZA SE RIGE POR LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR, POR LO QUE SE APLICA LA LEY CATALANA Y NO LA ESTATAL (SAP Barcelona 12^a 13 diciembre 2022)

102. EN MARRUECOS LA ADOPCIÓN DE RECOMPENSA (YAZA) O DE ASIMILACIÓN AL RANGO DE HIJO (TANZIL) NO ESTABLECE LA FILIACIÓN Y SE RIGE POR LA NORMATIVA PREVISTA PARA LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS (WASIYYA) (SAP Murcia 5^a 7 marzo 2023)

103. SE PRETENDE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE CADA UNO DE LOS MENORES RESPECTO DE QUIEN NI ES SU PADRE BIOLÓGICO NI TAMPOCO ENCARGÓ SU GESTACIÓN, Y ELLO CON AMPARO EN LA LEY ESPAÑOLA (STS Civ 1^a 16 mayo 2023)

Observaciones: 1. El Tribunal Supremo en su sentencia de 16 mayo 2023 ha rechazado el recurso presentado por el demandante, en el que solicitaba que ambos, demandante y demandado, fueran reconocidos como padres de los cuatro hijos que tuvieron mediante gestación por sustitución. Los niños habían nacido al amparo de dos contratos diferentes de maternidad subrogada, de forma que dos eran hijos biológicos del demandante y los otros dos del demandado; así que en el certificado extranjero de nacimiento de los menores su filiación constaba en este sentido, es decir, dos de los niños como hijos del demandante y los otros dos como hijos del demandado (STS Civ16 mayo 2023 (CENDOJ 28079110012023100700) (ECLI:ES:TS:2023:1958)).

Por lo tanto, lo que está ejercitando el demandante es una doble acción de paternidad, para que, se determine: por un lado, que él es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos de quien fue su pareja masculina, estando su paternidad válidamente inscrita en el Registro Civil; y, por otro lado, que su expareja es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos del demandante, cuya paternidad también está inscrita en el Registro Civil. En las dos instancias, su demanda ha sido desestimada, al igual que los recursos por infracción procesal y casación, que tampoco han sido aceptados por el Tribunal Supremo.

Los dos motivos en los que se fundamenta el recurso son, en primer lugar, la vulneración del art. 131 Cc, dado que en la sentencia recurrida se concluye que la posesión de estado no constituye cauce legal para declarar la filiación pretendida, lo cual contraviene la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 enero 2014. En segundo lugar, la vulneración del principio del interés del menor, con infracción del art. 3.1º Convención de la Naciones Unidas, del art. 2.3º LO 1/1996 de Protección del Menor, del art.

8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades y de los arts. 7 y 24 Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; como consecuencia de la desestimación de la demanda de filiación.

2. Pues bien, el Tribunal Supremo afirma de manera contundente y clara que lo que pretende el demandante es la determinación de la filiación de cada uno de los menores respecto de una persona, que ni es su padre biológico, ni tampoco es su padre de intención, pues no encargó en ningún caso su gestación; y todo ello con amparo en la ley española, concretamente en el art. 131 Cc.

No obstante, en contra de lo señalado por el Tribunal Supremo, no es tan evidente que la ley aplicable a la determinación de la filiación sea la ley española. Así, efectivamente, el primer punto de conexión de la norma de conflicto en materia de filiación, es decir del art. 9.4º Cc, es el de la residencia habitual del hijo en el momento de interposición de la demanda. Al respecto señala el Tribunal Supremo que los hijos del demandante viven en un pueblo de Valencia; mientras que los hijos del demandado, como no consta que su estancia en el extranjero sea con vocación de permanencia, ya que durante las vacaciones vienen a España y en la demanda figura un domicilio en España como domicilio del demandado, pues también tendrían residencia en España. Sin embargo, de los hechos del caso no queda claro que los hijos del demandado residan en España, sino todo lo contrario, pues en varias ocasiones a lo largo del procedimiento se pone de manifiesto que el demandado se llevó a vivir con él a México a los dos niños cuya filiación tiene legalmente reconocida. Aunque efectivamente, a partir de la sentencia de primera instancia, las partes han acordado y respetado un amplio régimen de estancias y relaciones de los niños entre sí y con los dos padres, se podría deducir que la residencia habitual de los hijos del demandado no se encuentra en España, sino en México.

Por lo tanto, si el Tribunal Supremo hubiera tenido en cuenta lo anteriormente señalado, se podría haber dado la circunstancia de que la filiación de los niños se habría determinado de acuerdo a dos leyes diferentes: la ley española regularía la filiación de los hijos del demandante, mientras que la ley mejicana se aplicaría a la filiación de los hijos del demandado. De modo que, si la ley mejicana, contemplara también la posesión de estado, como una de las formas de establecimiento de la filiación –lo cual sería lógico y probablemente sea así– y ésta permitiera la determinación de la filiación teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso en cuestión, los hijos del demandado podrían ser reconocidos como hijos del demandante. Lo cual resultaría paradójico, ya que los hijos del demandante, cuya filiación quedaría regulada por la ley española, no podrían ser reconocidos como hijos del demandado, por los argumentos señalados tanto por el Tribunal Supremo como por las instancias anteriores.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo, previendo o no que se pudiese plantear esta posibilidad, estableció que la ley aplicable a la determinación de la filiación de los cuatro niños es la ley española, porque la residencia habitual de los menores se hallaba en España.

3. En cuanto a la posesión de estado, que en el art. 131 Cc es título de legitimación, el Tribunal Supremo aclara que éste no fue el único argumento utilizado por las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 enero 2014, en las que se valoró de manera conjunta, teniendo en cuenta las circunstancias concretas, la posesión de estado, el interés de los menores en preservar esa relación y la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres.

Por su parte, el demandante señala que, como consecuencia de la convivencia como hermanos de los hijos de los litigantes, –que nacieron con siete meses de diferencia–, se deriva una posesión de estado que debería consolidarse mediante la determinación judicial de las paternidades que se reclaman y, de esta forma mantener, en interés de los niños, la situación de hecho creada de equiparación de todos los niños.

Pero lo cierto es que ambos progenitores realizaron dos contratos de gestación por sustitución diferentes, en virtud de los cuales, cada uno de los litigantes figuraba como el padre de intención de dos de los niños. Esto quiere decir que la voluntad procreacional de los mismos,

en ese momento, no se llevó a cabo mediante dos contratos de gestación por sustitución, pero en el que ambos constaran como padres de intención o padres comitentes, aunque tuvieron la oportunidad de hacerlo. En este sentido, tampoco posteriormente, los progenitores decidieron adoptar a los niños sobre los que no tenían atribuida la filiación, con el fin de regularizar la situación de convivencia que mantenían los seis, pues hasta la separación vivían todos juntos en Panamá.

Por ello, el Tribunal Supremo concluye que ni una anterior convivencia establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados por las partes, ni tampoco una invocación genérica del principio del interés del menor, justifican que se puedan establecer unas paternidades, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello conlleva, ya que carecen de cobertura legal, ni jurisprudencial.

En definitiva, el vínculo socio afectivo de los niños entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es suficiente para el establecimiento de un vínculo legal de filiación. Pues, para este tipo de supuestos el ordenamiento español establece el cauce de la adopción, que tampoco se realizó en su momento. No es el ordenamiento español, por tanto, el que impedía la adopción, sino que fueron los litigantes quienes, pudiendo hacerlo, no quisieron adoptar, y que como, posteriormente, no era viable la adopción por la ruptura de la relación, se solicitó el establecimiento de un vínculo legal de filiación al margen de las causas previstas por el legislador.

4. En lo relativo, al segundo motivo de apelación, el interés de los menores, el Tribunal Supremo señala que éste no puede tenerse en cuenta genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación, pues es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a otros intereses, como son la libertad procreacional, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones o la estabilidad del hijo. Además, el mero beneficio económico, el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo que podrían derivar de la paternidad reclamada, por sí mismos, no son criterios para atribuir la filiación, y tampoco se encuentran entre los criterios que deban tenerse en cuenta para valorar e interpretar el interés superior del menor cuando de trata de determinar una concreta filiación, de acuerdo con lo establecido en el art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En cuanto al respeto a la vida familiar con independencia de los lazos biológicos entre personas que han vivido juntas con cierta estabilidad, protegido por el art. 8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, no exige que deba establecerse la filiación que se reclama. En este sentido, los menores tienen su identidad jurídica atribuida por la determinación de la filiación respecto de sus respectivos padres, así que llevan sus apellidos, y desde la separación de sus progenitores los menores están perfectamente integrados en sus respectivas familias –como se desprende del acta de exploración de 10 enero 2022, ante la magistrada ponente de la Audiencia Provincial, con asistencia del ministerio fiscal y del letrado de la Administración de justicia-. En el mismo acuerdo suscrito en 2016, las partes acordaban un “régimen relativo a los cuatro niños fruto del proyecto ideado en común en tanto los mismos convivan juntos”, convivencia que cesó por la posterior falta de acuerdo entre los progenitores, en su mayor parte por cuestiones económicas.

Coinciendo con el fiscal, el Tribunal Supremo señala que con la demanda no se pretende mantener una unidad familiar que ya está rota, y tampoco se comprende el beneficio que supondría la declaración de la filiación pretendida. En todo caso, la cotitularidad de la patria potestad por dos personas, cuyas vidas, intereses y opiniones no transcurren paralelas, constituiría una fuente de conflictos al tener que tomar cada uno parte en las decisiones que afectan a los hijos del otro, en cuestiones tales como la salud, la educación, los viajes, etc. Esta conflictividad ya se constató en el pasado, según se deduce de las actuaciones, cuando por razones laborales el demandado quiso trasladar su residencia; dicho lo cual, la atribución de la filiación solicitada solo tendría una incidencia negativa en la estabilidad de los menores, que desde hace

más de cuatro años viven cada uno con su padre, en distintos países, con formas de vida y educaciones diferentes.

Por todo ello, el Tribunal Supremo comparte el criterio del fiscal recogido en su informe, en el sentido de que la sentencia recurrida no ha vulnerado el interés de los menores. La opción mejor y más adecuada, es la que acogió la sentencia de primera instancia, que se mantiene en apelación y que garantiza el derecho efectivo de los menores a mantener vínculos y relacionarse con aquellas personas con las que les une una relación afectiva. La solución consiste en un generoso sistema que regula sus relaciones, acordada por ambas partes, que consta de un amplio régimen de estancias y relaciones que son mayores de las que se fijan para los meros allegados; y que permite a los niños compartir juntos todos los períodos vacacionales, la mitad con cada uno de los progenitores. Este sistema se viene ejecutando sin que conste que haya habido ningún incidente y lo que es más importante, al que los cuatro niños se han adaptado perfectamente.

5. La conclusión del Tribunal Supremo es, por tanto, que amparándose en el art. 131 Cc, que recoge la posesión de estado, no es posible el establecimiento de la filiación de los menores en favor de una persona, que ni es su padre biológico, ni tampoco es su padre de intención, dado que no es quien llevó a cabo el contrato de gestación por sustitución.

M^a José CASTELLANOS RUIZ*

104. DETERMINACIÓN JURISDICCIÓN COMPETENTE Y DEL DERECHO APLICABLE PARA PRONUNCIARSE SOBRE UNA FILIACIÓN Y ALIMENTOS DE CIUDADANOS VENEZOLANOS (SAP A Coruña 3^a 24 mayo 2023)

105. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LA MENOR CONFORME A LA LEY ESPAÑOL POR POSESIÓN DE ESTADO CHOCÁ EN LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN SUBROGADA CON LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA GESTANTE Y DEL NIÑO (SAP Madrid 24^a 27 septiembre 2023)

Observaciones: 1. La irrupción de las técnicas de reproducción humana asistida junto a la aparición de nuevos modelos de familia en las últimas décadas han venido a plantear importantes retos para el Derecho, especialmente en materia de filiación. La intervención de terceros en la procreación a través de la “donación” de gametos, embriones y, dado el caso, de la cesión de la capacidad de gestar, ha permitido solventar supuestos de infertilidad médica y de infertilidad social. Pero, al mismo tiempo, y dejando a un lado las posibles consideraciones éticas, morales y sociales que se pudieran plantear, lo cierto es que el recurso a este tipo de técnicas de reproducción humana asistida (heterólogas) ha venido a torpedear la línea de flotación de las reglas legales de determinación de la filiación, tradicionalmente basadas en el principio paulino *mater semper certa est* y en la búsqueda de la veracidad biológica.

2. En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27.5.2006), permite el recurso tanto a TRHA homólogas como heterólogas, con la única excepción de la gestación por sustitución. Según el art. 10 Ley 14/2006: “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”. Esta situación explica que, desde hace tiempo, muchos ciudadanos españoles hayan acudido, y sigan haciéndolo, a países donde la gestación por sustitución está permitida. Una vez nacido el niño en el extranjero, y determinada legalmente su filiación a favor del padre/madre o padres de intención en el Estado de nacimiento del hijo, se trata de dar

* Profesora Doctora Acreditada a Titular de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1869-4488.

continuidad a esa situación legal en España, bien a través de la tutela por reconocimiento o bien a través de la tutela por declaración.

3. La SAP Madrid 24^a 27 septiembre 2023 (ECLI:ES: APM:2023:14977) se enmarca en el ámbito de la tutela por declaración: Los hechos de los que trae causa esta litis son como siguen: una pareja heterosexual, de nacionalidad española y domicilio en España recurre a un proceso de gestación por sustitución en Ucrania, fruto del cual nace una niña en 2020 en Kiev. Conforme a la legislación ucraniana, la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución se determina legalmente a favor de los padres de intención, sin que conste mención alguna a la madre/mujer gestante. Una vez en España, la pareja solicita ante los Tribunales españoles la determinación legal de la filiación de la menor. El padre, al haber aportado material genético, ejerce una acción declarativa de filiación no matrimonial contra la mujer gestante, y la madre de intención, por su parte, reclama la filiación materna de la menor por posesión de estado (art. 131 Cc). El Juzgado de Primera Instancia nº 58 de Madrid, en Sentencia de 2 noviembre 2022 estima la demanda de determinación legal de la filiación paterna no matrimonial y desestima la demanda de determinación legal de la filiación materna. Recurrida en apelación dicha resolución judicial, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 27 septiembre 2023 ratifica la sentencia de instancia, y lo hace sustentando su fundamentación jurídica en la STS Civ 31 marzo 2022, con base en dos argumentos: (1) la gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la CE y en los Convenios internacionales; (2) Para proteger el interés superior de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, el cauce adecuado para determinar la filiación del progenitor no biológico no es la posesión de estado sino la adopción. En ningún momento, la Audiencia Provincial de Madrid entra a valorar las circunstancias que rodean el caso concreto.

4. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, son varias las cuestiones que llaman poderosamente la atención de la sentencia objeto de comentario. En primer lugar, el mencionado tribunal aun teniendo en cuenta que no se encuentra ante un supuesto de validez extraterritorial de decisiones extranjeras, y resultando de aplicación en virtud del art. 9.4º Cc, el Derecho español (Ley del Estado de la residencia habitual del hijo como primer punto de conexión), enfoca la solución del supuesto desde el prisma de la excepción de orden público internacional. En segundo lugar, la Audiencia Provincial de Madrid no entra a valorar en el caso concreto el interés superior del menor, limitándose a realizar una aplicación literal de la doctrina jurisprudencial sentada por el TS en Sentencia de 2 noviembre 2022 para un caso totalmente distinto, pero cuyo único denominador común es el modo de la generación del hijo (gestación por sustitución en el extranjero). En tercer lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, tratándose de la determinación de la filiación legal de un menor nacido mediante gestación por sustitución conforme al Derecho español y, por tanto, resultando de aplicación el art. 10.3º Ley 14/2006 y el art. 131 Cc procedería valorar si, en este caso concreto, podría prosperar la acción de filiación por posesión de estado, teniendo en cuenta el interés superior del menor sin atender al modo de la generación del hijo.

5. Orden público internacional español y gestación por sustitución. En Derecho Internacional Privado, en adelante DIPr, el orden público internacional constituye un mecanismo técnico jurídico que puede ser empleado en sede de Derecho aplicable, una vez declarados competentes los Tribunales españoles para conocer de un litigio derivado de una situación privada internacional o cuando se trata de reconocer eficacia en España a resoluciones o documentos públicos extranjeros en nuestro país. En el primer caso, la excepción de orden público internacional tiene por función impedir la creación en España conforme al Derecho extranjero al que remite la norma de conflicto del foro de una relación jurídica contraria a los principios esenciales del ordenamiento jurídico español. En este sentido, la excepción de orden público internacional actúa como mecanismo de protección frente a las externalidades negativas a las que podría conducir la aplicación del Derecho extranjero designado como aplicable por la norma de conflicto española. En el segundo caso,

el orden público internacional español trata de garantizar que la decisión extranjera cuyos efectos pretenden ser reconocidos en nuestro país no vulneren los principios esenciales que sustentan y hacen posible la cohesión y paz social. En este caso, como se verá a continuación, la alegación de la excepción de orden público internacional sólo sería posible si la norma de conflicto del foro hubiese remitido a la aplicación de un Derecho extranjero.

Teniendo en cuenta que la parte demandante y ahora recurrente no pretende el reconocimiento de una decisión extranjera sino la determinación en España de la filiación no matrimonial de una menor nacida en el extranjero mediante gestación por sustitución, procedería en primer lugar, comprobar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para entrar a conocer de este asunto. No deja de llamar la atención que, entre las alegaciones de la parte apelante, –que dicho sea de paso deja sin resolver la Audiencia Provincial de Madrid–, se invoque “falta de competencia de los tribunales españoles para juzgar hechos realizados en el extranjero, concretamente en Ucrania en donde está autorizada con determinados requisitos la gestación subrogada”. En este caso, y en defecto de instrumento internacional (art. 21 LOPJ), los Tribunales españoles resultarán competentes en virtud de los foros contenidos en el art. art. 22 quáter, letra d, LOPJ. Una vez resuelta la cuestión de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, presupuesto del proceso (art. 117 CE, art. 4 LOPJ), la determinación del Derecho aplicable deberá efectuarse, en defecto de instrumento internacional (arts. 93 y 96 CE, art. 1. 5º Cc), mediante la aplicación de las normas de producción interna en este caso, el art. 9.4º CC.

La norma de conflicto contenida en la mencionada disposición es una norma materialmente orientada, inspirada en los principios de *favor filii* y de interés superior del menor, con múltiples puntos de conexión que funcionan de manera jerarquizada, siendo el primero de ellos la residencia habitual del hijo. En este caso concreto, y residiendo habitualmente la menor en España, para resolver la determinación de la filiación legal de la menor en España, resultará de aplicación el Derecho español. Desde el punto de vista técnico jurídico, no cabe recurso alguno a la excepción de orden público internacional español. El caso, que aquí se comenta, debe ser resuelto de conformidad con la legislación española (Cc, Ley 14/2006 y LRC) y la abundante jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución (art. 8 CEDH).

6. TS (Sala de los Civil) y gestación por sustitución. La Audiencia Provincial de Madrid recurre para resolver este caso concreto a la doctrina jurisprudencial del TS sentada en la Sentencia del Pleno (Sala Civil), de 31 marzo 2022 (ECLI: ES:TS:2022:1153). Y, no podemos pasar por alto esta cuestión que, sin ser objeto de este comentario, consideramos de especial relevancia. Conviene recordar, en este sentido, que por Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación, de 27 enero 2017, se vino a crear un nuevo concepto de “jurisprudencia”. De tal suerte que, desde entonces, existen dos tipos de sentencias que no requieren de reiteración para sustentar un recurso de casación: a) las sentencias del Pleno y; b) las sentencias dictadas para fijar la doctrina que corresponda en los recursos por interés casacional (art. 487.3º LEC). La consideración de una única sentencia para la formación de doctrina jurisprudencial provoca efectos perversos para el Estado de Derecho. En primer lugar, porque con ello el Tribunal Supremo se arroga una función legislativa que no le corresponde, desvirtuando así el papel complementario del ordenamiento jurídico que ha de desempeñar la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (art. 1.6º Cc). En segundo lugar, en las sentencias del Pleno no existe posibilidad de discrepancia a través de votos particulares, adquiriendo especial relevancia la opinión y capacidad del ponente, para imponer su criterio.

La Sentencia del Pleno (Sala de los Civil) de 31 marzo 2022, que sirve de fundamentación jurídica a la sentencia comentada, fija doctrina jurisprudencial con carácter general sobre determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, basándose en un caso muy concreto. En este supuesto se solicitaba la determinación legal de la filiación materna no matrimonial por posesión de estado respecto a un menor nacido mediante gestación subrogada en Tabasco (Méjico). La madre de intención no tenía pareja, en el proceso

de gestación subrogada se había recurrido a donación de embrionaria, por tanto, no existía vinculación biológica con el niño. En el contrato de gestación por sustitución la madre gestante renunciaba a todos los derechos que le pudieran corresponder sobre el hijo en el momento del parto a cambio de un precio. Además, se incluían una serie de cláusulas totalmente contrarias a los derechos más esenciales de la madre gestante, como el derecho a la confidencialidad sanitaria, libertad para decidir sobre el número de transferencias embrionarias y sobre cuestiones propias del embarazo, libertad de movimiento, etc. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia nº 77 de Madrid. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 1 diciembre 2020 acordó declarar a la madre de intención como madre legal del menor en España, y ello, sobre la base de dos argumentos: 1) la posesión de estado de la relación de filiación; 2) la protección del interés superior del menor, en tanto que no resulta viable en este supuesto acudir a la figura jurídica de la adopción, por la diferencia de edad existente entre la madre de intención y el menor.

El Ministerio Fiscal recurrió en casación dicha sentencia, y el TS partiendo y confirmando la Sentencia del Pleno anterior, de 6 febrero 2014 y el Auto de 2 febrero 2015 sienta doctrina estimando que: 1º) La gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los Convenios internacionales sobre derechos humanos; 2º) De conformidad con el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, de 15 enero 2018, los contratos de gestación por sustitución comercial constituyen venta de niños en virtud del art. 1 y art. 2 a) del Protocolo Facultativo sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; 3º) La filiación de los menores, debe reconocerse siempre que exista una relación familiar de facto con quien pretende el reconocimiento de la paternidad/maternidad a su favor incluso en ausencia de lazos bilógicos siempre que existan determinados vínculos personales afectivos y los mismos tengan una relación relevante. Así lo exige el interés del menor y su derecho a la vida privada (art. 8 CEDH), que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro del cual se incluye la determinación de la filiación y la integración en un núcleo familiar; 4º) En Derecho español, la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad (art. 10. 3º LTRHA) y respecto a la madre comitente a través de la adopción; 5º) La exigencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la legislación española (art. 176.2.3º Cc) "no tiene carácter absoluto", no siendo "un obstáculo excesivo"; 6º) Se impone la filiación adoptiva respecto al progenitor no gestante para desincentivar la práctica de la gestación por sustitución comercial en el extranjero, impidiendo así el reconocimiento casi automático en España a través de otras vías legales, por haberse vulnerado "los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones".

No se alcanza a entender que aplicándose el Derecho español en virtud del art. 9.4º Cc, y por ende el art. 10.1º LTRHA que declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución, el TS recurría al orden público internacional español y que además lo aplique mal, con carácter general y no en el caso concreto, para afirmar que todos los contratos de gestación por sustitución vulneran gravemente los derechos de mujeres y niños. Dicha afirmación tendría sentido, a pesar de que el orden público internacional, insistimos, solo puede aplicarse en el caso concreto, si con ello el Alto Tribunal quisiera imponer la adopción como único modo de determinación de la filiación no matrimonial de la madre no biológica de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, excluyendo así otros posibles modos de determinación de la filiación contemplados en el ordenamiento jurídico español, como puedan ser el reconocimiento de complacencia o el consentimiento y existencia de un proyecto procreativo común en el caso de técnicas de reproducción humana asistida. Aplicando la doctrina jurisprudencial del TS (Sala de lo Civil) al

supuesto de hecho de la sentencia que comentamos se observa el sinsentido de esta solución. En este caso, nos encontramos con un progenitor biológico cuya filiación queda determinada, una madre legal que en su momento manifestó su voluntad de renunciar al hijo, una madre de intención con un proyecto reproductivo común con su pareja y que de facto ejerce como madre de la menor, pero a la que se le deniega la filiación por posesión de estado y a la que se obliga a acudir a un procedimiento de adopción. Y todo ello, porque el TS considera que, en los casos de gestación por sustitución, la adopción constituye la mejor forma de proteger los derechos de las mujeres gestantes y de los niños en general. No tiene en cuenta sin embargo el TS que convirtiendo la adopción en una medida preventiva para evitar el recurso a la gestación por sustitución en el extranjero, no sólo se desatiende el interés superior del menor cuya filiación debe ser determinada sino que además no se alcanza el objetivo inicialmente perseguido en tanto que el procedimiento de adopción en España no se dirige a proteger y garantizar los derechos de las mujeres gestantes y de los niños en el proceso de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero.

La doctrina jurisprudencial del TS (Sala de lo Civil), y tal vez esto sea lo más grave al tratarse de una sentencia dictada en Pleno con importantes repercusiones en los Tribunales inferiores como es el caso de la sentencia objeto de comentario, parte de una falacia. Si bien es cierto que el contrato de gestación por sustitución del que trae causa la Sentencia del Pleno del TS vulnera los derechos de la madre gestante, no lo es menos que ni todos los contratos de gestación por sustitución vulneran gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los Convenios internacionales en los que España es parte, ni todos los contratos de gestación por sustitución constituyen venta de niños, ni explotación de las mujeres gestantes ni trata de seres humanos con fines de explotación. Así lo establece con claridad meridiana el mismo Informe de las Naciones Unidas que el propio TS cita.

7. Informes de la Relatora Especial. El Informe de la Relatora Espacial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, de 15 enero 2018 (A/HRC/60) contiene un estudio temático sobre la gestación por sustitución, así como recomendaciones sobre la manera de hacer efectiva la prohibición de la venta de niños y prevenir que esta tenga lugar. En el mencionado Informe se establece cuando y en qué supuestos existe venta de niños de conformidad a la normativa internacional. Pero también indica que la gestación por sustitución de carácter comercial no constituye venta de niños si se regula estrictamente a la luz de la normativa de los derechos humanos internacionales y de forma opuesta a lo que impera en muchos regímenes comerciales de gestación por sustitución, como los existentes en varios Estados de EEUU (California, Maine y New Hampshire).

Para que la gestación por sustitución de carácter comercial puede llevarse a cabo sin que constituye venta de niños, resulta esencial, según el Informe de la Relatora Espacial (2018), que la madre de alquiler solo pueda recibir un pago/remuneración por los servicios de gestación y no por el traslado jurídico y físico del niño. Además, han de darse las siguientes condiciones: 1º) Debe otorgarse la condición de madre a la mujer gestante en el momento del parto, momento en el que no debe estar sujeta a ninguna obligación contractual o jurídica a efectos de participar en el traslado físico o jurídico del niño. El contrato de gestación por sustitución solo puede tener por objeto el acto de gestación y parto, no la patria potestad y la responsabilidad parental ni la entrega del niño; 2º) La madre de alquiler debe recibir todos los pagos antes del traslado jurídico y físico del niño con posterioridad al parto y todos los pagos deberán de tener carácter no reembolsable, incluso si la madre de alquiler opta por conservar la patria potestad y la responsabilidad parental; 3º) La madre de alquiler no puede estar obligada a renunciar a su condición de madre con arreglo al contrato de maternidad subrogada; 4º) Si la madre de alquiler opta, después del parto, por renunciar a la patria potestad y entregar al niño al aspirante o aspirantes a progenitor, su acto debe ser totalmente gratuito (puntos 72 a 74).

En un Informe posterior, presentado por la Relatora Especial ante la AG de las UN, el 15 julio 2019 (A/74/162), también centrado en la gestación por sustitución desde la perspectiva del

interés superior del menor, se recuerda a los Estados su obligación de dar debido cumplimiento a la Convención de Nueva York de los Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989 (BOE 31.12.1990). También se indica que las leyes, las políticas y las prácticas relativas a la gestación por sustitución deben respetar: a) el derecho del niño a no ser discriminado por razón de nacimiento (art. 2 CNYDN); b) el derecho a la identidad (art. 7 CNYDN), que engloba el derecho al registro de nacimiento, a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por estos. Si bien es cierto, la gestación por sustitución cambia los elementos constitutivos de la identidad al romper el vínculo entre la filiación genética, gestacional y social, los derechos fundamentales del niño siguen siendo los mismos; c) Derecho del niño a conocer y acceder a sus orígenes (arts. 7 y 8 CNYDN). En este sentido, la aplicación general del anonimato para los donantes de gametos o la madre subrogante, en particular, registrando únicamente a los futuros padres en el certificado de nacimiento, impedirá que el niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución tenga acceso a sus orígenes. Se trata de una violación especialmente frecuente de los derechos del niño en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, que se ve agravada en el caso de los contratos internacionales de gestación por sustitución (párrafo 38); d) Derecho del niño a vivir en un entorno familiar (arts. 5.7º, 9, 10 16 y 18).

En el Informe 2019 de la Relatora Espacial también se hace hincapié en que todas las decisiones judiciales, las legislaciones y las políticas y prácticas relativas a los niños nacidos por gestación por sustitución, tienen que velar por el principio fundamental del interés superior del menor en su triple dimensión (art. 3 CNYDN): como derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento.

En ambos Informes se llega a la conclusión de que la mejor forma de evitar la venta y el tráfico de niños a través de contratos de gestación por sustitución no es la prohibición sino una regulación, tanto a nivel nacional como internacional, que garantice los derechos humanos de todas las partes intervenientes, especialmente de las más vulnerables: mujeres y niños. Por ello mismo, se hace un llamamiento a todos los Estados para que apoyen los trabajos que se están desarrollando en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de filiación.

Mientras tanto, en España, seguiremos lidiando con la insólita doctrina jurisprudencial del TS (Sala de lo Civil) y con la defectuosa Instrucción DGRN 5 octubre 2010 (BOE 7.10.2010), sin que ninguna de ellas resulte efectiva para proteger y garantizar los derechos fundamentales de todas las partes intervenientes en un proceso de gestación por sustitución, especialmente de los más vulnerables: mujeres gestantes y niños.

Aurora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ*

FRANQUICIA

106. LITIGIO DERIVADO DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA, DE CINCO AÑOS DE DURACIÓN, PARA EXPLOTAR UNA MARCA EN COLOMBIA (SAP Barcelona 1ª 31 julio 2023)

INCAPACES MAYORES

107. APLICACIÓN DE LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL A LAS MEDIDAS DE APOYO PARA UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD ORIGINARIA DE PARAGUAY (SAP Barcelona 18ª 20 septiembre 2022)

Observaciones: Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Cantabria.

capacidad jurídica, no ha tardado mucho en dictarse Sentencias relativas a protección de personas mayores. El número de Sentencias, en general, no es abundante, lo cual resulta acorde con el hecho de que la vía judicial se guía por el principio de intervención mínima establecido en el art. 255 Cc.

No ha tardado tampoco en llegar a los Tribunales, situaciones en las cuales existen elementos de extranjería y elementos interregionales. Tales situaciones reclaman la solución de conflictos de leyes, que se plantean en dos niveles: Internacional e interno o interregional.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona versa sobre las medidas de apoyo relativas a un nacional paraguayo con residencia habitual en Cataluña. Como voy a exponer esta sentencia da muestra de las graves deficiencias argumentales que se detectan en la sentencia apelada de primera instancia. A su vez, ella misma, nos muestra ausencias argumentales, demasiado habituales, en los razonamientos jurídicos de los tribunales españoles, que olvidan examinar su competencia judicial internacional. Mención especial merece la confusión entre las soluciones de los conflictos de leyes internos e internacionales, lo que viene siendo un "clásico" de nuestra jurisprudencia patria.

Por lo que se refiere al pleito de primera instancia, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el Ministerio Fiscal formula recurso (con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley) y solicita que no se establezca medidas de apoyo algunas, sin hacer referencia a la ley aplicable. La Audiencia Provincial detecta, muy bien, la ausencia de marco normativo en su fundamento de Derecho segundo.

Respecto de la Sentencia apelada, la Audiencia pone de relieve que "hace referencia de forma conjunta y confusa a la legislación del Código Civil y a la ley de Paraguay sin razonar si aplica una u otra y en qué ámbitos se aplica". De nuevo acierta en detectar el error argumentativo y en seleccionar la norma de conflicto que determinará la ley aplicable: el art. 9.6º Cc.

Ahora bien, no se percata de que al existir elementos de extranjería (en este supuesto, la nacionalidad paraguaya de la persona afectada) debería de haber determinado, en primer lugar, su competencia judicial internacional para conocer del asunto. Al respecto debería haberse acudido al art. 22 quater de la LOPJ en materia relacionada con las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes. Tal precepto determina que serán competentes los Tribunales españoles cuando la persona mayor de edad tuviera su residencia habitual en España.

Una vez delimitada la competencia judicial internacional es cuando se debe determinar la ley aplicable, con base a lo dispuesto en el art. 9.6º Cc. Para ello la sentencia tiene en cuenta dos datos: la persona es originaria de Paraguay y reside en España desde 2012.

Como la residencia habitual es retenida como punto de conexión por el art. 9.6º que dispone que "la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual", se concluye "que se debe aplicar la ley catalana, por encontrarse en Cataluña la residencia habitual de la persona para la que se solicitan medidas".

En el razonamiento jurídico seguido por la Audiencia, se observa una confusión entre el conflicto de leyes internacional con el conflicto de leyes interno. Obsérvese que el art. 9.6º determina la aplicación de la ley de la residencia habitual, esto es, la española. De esta manera se resuelve el conflicto de leyes internacional.

Quedará por resolver el conflicto de leyes interno, puesto que habrá que determinar cuál de las leyes que coexisten en España se van a aplicar. Para ello de debe acudir a nuestro sistema de solución de conflictos de leyes interno y por ende, al art. 16 Cc que nos remite a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar; lo que supone aplicar el art. 9.6º que establece como ley aplicable, la de la residencia habitual en España y ahora sí, la ley catalana.

Puede pensarse que este ejercicio argumentativo es demasiado complejo cuando el resultado material es el mismo: aplicación del Derecho catalán. Sin embargo, debe tenerse muy presente que coyunturalmente el resultado es el mismo, en la actualidad, pero podría no serlo. Ello

ocurriría cuando las soluciones dadas a los conflictos de leyes internos e internacionales fueran diferentes; amen de la gravedad de obviar nuestro propio sistema de solución de conflictos interno.

Debe tenerse presente, al respecto, la propuesta de Reglamento de la Unión Europea de protección de adultos, que es de prever que de lugar a un Reglamento que supondrá un punto de inflexión en la regulación española de esta materia. Primero, porque vendrá a corregir la deficiente regulación internacional privatista que nos han dejado la Ley 8/2021. Segundo, porque es más que probable que como ocurre con el resto de Reglamentos de la Unión Europea, sus soluciones no arrastren a las normas de Derecho interregional; entonces, nótese que el art. 9.6º (vía art. 16 Cc) sólo será operativo para resolver los conflictos de leyes internos, y ello aún cuando no está adaptado para resolverlos (*vid. al respecto “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, La Ley, 2021 pp.1-22 y “Funciones de la vecindad civil en la solución de los conflictos de leyes y distorsiones del sistema de Derecho interregional”, REDI en prensa.*)

En definitiva, la sentencia comentada ofrece la virtualidad, nada desdeñable, de haber determinado la ley aplicable al supuesto planteado, con base al art. 9.6º Cc, teniendo en cuenta el que se generaba un conflicto de leyes. Sin embargo, no diferencia entre el conflicto de leyes internacional que se produce y el conflicto de leyes interno, utilizando la solución del primero de manera directa para seleccionar la norma catalana. Debe insistirse en la importancia de aplicar, en todo caso, nuestro sistema de solución de conflictos de leyes internos.

A su vez, debe insistirse en que los órganos jurisdiccionales examinen su competencia judicial internacional, siempre que en el supuesto de hecho concurren elementos internacionales. Huelga decir la importancia que tiene esta comprobación que debería realizarse de manera sistemática y casi, si se me permite la expresión, “en piloto automático”.

María del Pilar DIAGO DIAGO*

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN

108. UN ACTO DE NACIONALIZACIÓN DE LOS TERRENOS SITUADOS EN PLAYA ESMERALDA HA DE SER CONSIDERADO COMO DE *JURE IMPERII* Y POR ESTE MOTIVO LOS HECHOS OBJETO DE ESTE PROCEDIMIENTO SE ENCUENTRAN PROTEGIDOS POR LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN QUE OSTENTA LA REPÚBLICA DE CUBA (AUTO JPI, SECC. 24º) PALMA DE MALLORCA 27 ENERO 2023)

INSOLVENCIA

109. CONCURSO DE ACREDITORES TRANSFRONTERIZO, ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA (SAP Alicante 8ª 12 mayo 2023)

Observaciones: 1. Unas fincas propiedad de una empresa en concurso domiciliada en España son adjudicadas a uno de sus acreedores, con domicilio en los Países Bajos, por tener una hipoteca a su favor. Pero la administración concursal presenta una demanda por cobro indebido y enriquecimiento injusto contra dicho acreedor hipotecario; entiende que no cabía el privilegio especial sobre los bienes hipotecados, al ser un acreedor subordinado, dada la especial relación societaria entre concursado y acreedor. Además, invoca infracción procesal por no contar con la autorización del juez del concurso para continuar con el procedimiento de ejecución hipotecaria.

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Zaragoza.

El Juzgado de lo Mercantil estimó la acción por enriquecimiento injusto del acreedor hipotecario, valorado en más de treinta y un millones de euros, pero la AP, en esta interesante Sentencia de 12 mayo 2023, estima el recurso de apelación y declara la nulidad de actuaciones. Aunque sostiene que los tribunales españoles son competentes, observa una falta de competencia objetiva del citado Juzgado Mercantil.

Antes de entrar en el fondo, conviene destacar que hay en el caso un problema de Derecho transitorio. El concurso se declara por Auto de fecha 12 septiembre 2014 y ello hace inaplicable el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 mayo 2015, sobre procedimientos de insolvencia. Nótese que, según su art. 92, la apertura del concurso es anterior a su aprobación, a su entrada en vigor (a los veinte días de su publicación en el DOUE) y a su aplicación temporal (a partir de 26 junio 2017). Nótese, también, que dicho Reglamento no tiene carácter retroactivo, sino que se aplica únicamente a los procedimientos de insolvencia que se abran después de dicha fecha (art. 84). Se trata, no obstante, de una cuestión más bien formal, porque el Reglamento de 2015 recoge la jurisprudencia que se venía aplicando a estos efectos respecto de su antecesor, el Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, que resulta aplicable *ratione temporis*. Hay también un conflicto internacional transitorio en lo que respecta a la ley aplicable. El Reglamento remite a la ley española como ley rectora del concurso: la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal estaba vigente a la fecha de apertura del concurso y de presentación de la demanda incidental (en adelante LC), aunque durante la sustanciación del procedimiento se aprobara el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo).

2. Sea como fuere, el mayor interés de la Sentencia para el Derecho internacional privado es la excepción de falta de competencia judicial internacional. A este respecto, conviene distinguir dos cuestiones: por un lado, la calificación de la acción como común o no concursal al efecto de aplicar el Reglamento (UE) nº 1215/2012 "Bruselas I.bis", en materia civil y mercantil, y no el Reglamento europeo de insolvencia de 2000; por otro lado, una vez subsumida la acción en el Reglamento "Bruselas I.bis", la concreta aplicación de sus normas de competencia judicial.

La Sentencia parte, a mi juicio acertadamente, de que la acción no puede calificarse como concursal desde un doble parámetro, sustantivo y procesal. Se cita a estos efectos la STJUE 6 febrero 2019 (NK, asunto C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96), junto con el art. 6.1º del Reglamento europeo de insolvencia de 2015, en su segunda versión, que, como se ha indicado, todavía no resultaba aplicable. No es una cita exhaustiva de la abundante jurisprudencia del TJUE, pero sí suficiente, pues es sabido que el Tribunal en cada una de sus sentencias acostumbra a recopilar toda la jurisprudencia previa. Dentro de este planteamiento inicial acertado, conviene destacar que, como apunta la AP, el alcance de la competencia concursal es estricto o, dicho de otro modo, no existe una *vis attractiva* de la competencia de los tribunales del Estado del concurso para asuntos basados en Derecho común o no vinculados con el procedimiento concursal.

3. En este contexto, la Sentencia destaca que, desde un parámetro sustantivo, la acción ejercitada es de Derecho común, fundada en las normas generales de Derecho civil en lo que respecta al enriquecimiento injusto, y que no se basa en la legislación concursal ni están presentes reglas excepcionales y específicas de los procedimientos de insolvencia. Ya en primera instancia se identificó la acción como una acción de impugnación del Derecho común, de las previstas en el art. 238 TRLC (antiguo art. 71.6º LC), por tratarse de un cobro "en forma extraconcursal". A *sensu contrario*, acierta la Audiencia al no dar relevancia al hecho de que el importe reclamado en la demanda se integre en la masa activa. Este condicionante no modifica "de manera sustancial la naturaleza de tal acción", si bien es verdad que, en la jurisprudencia del TJUE, ha tenido bastante relevancia. La AP repara, igualmente, en que no se trata de una acción revocatoria concursal, cosa cierta, pero no decisiva porque hay acciones concursales más allá de las revocatorias.

A pesar de lo correcto de la argumentación, quizás pasa desapercibido un problema subyacente complejo: se trata de una acción de Derecho común (enriquecimiento injusto), pero cuya fundamentación sí se justifica en el Derecho concursal (ejecución judicial indebida por

incumplimiento de normativa concursal). En este sentido, el TJUE, en su Sentencia de 2 julio 2009 (*SCT Industri*, asunto C-111/08, ECLI:EU:C:2009:419), abordó una situación similar: una acción de Derecho común (acción reivindicatoria) con una fundamentación concursal (el administrador concursal no tenía poderes para acordar la transmisión patrimonial). Y, en aquella ocasión, el Alto Tribunal no dudó en una calificación concursal, a diferencia de lo aquí sostenido por la AP. En cualquier caso, mi opinión es coincidente con la de la AP respecto de que no son acciones concursales aquellas de Derecho común, pese a que incorporen alguna cuestión específica de Derecho concursal; de hecho, ya expresé mis dudas a la posición del TJUE en la "Nota" a dicha Sentencia *SCT Industri* (REDI LXII, 2010-1, pp. 202-204). A mi juicio, este tipo de acciones deben analizarse desde una lógica de competencia incidental concursal-competencia principal común. La competencia para la acción común de enriquecimiento injusto se somete al Reglamento "Bruselas I.bis". Pero el tribunal que conozca de dicha acción tendrá una competencia incidental para la cuestión concursal previa que se plantea, regida, además, por la ley del Estado de apertura del concurso, *in casu*: si existía o no privilegio especial hipotecario e infracción procesal por falta de autorización del juez del concurso. El planteamiento expuesto de competencia principal general-competencia incidental concursal no ha sido muy desarrollado en la jurisprudencia y en la doctrina. Sin embargo, en modo alguno resulta ajeno al Reglamento "Bruselas I.bis", que tiene un ejemplo notorio y específico con el que se puede hacer un paralelismo: las acciones de nulidad de contratos por incapacidad de las partes. Estas acciones no dejan de someterse al Reglamento "Bruselas I.bis" por mucho que la incapacidad sea una cuestión previa excluida de dicha norma (art. 1.2º).

4. Descartada la calificación concursal desde un punto de vista sustantivo, ya ni siquiera sería necesario entrar en el segundo parámetro de la calificación concursal, el procesal, a saber: la vinculación procedimental de la acción con el concurso. No obstante, es muy interesante el criterio que cita la AP: la acción se podría haber ejercitado incluso aunque no existiera procedimiento concursal, antes o después de sustanciarse este. Por consiguiente, la acción no guarda una estrecha vinculación procesal con el concurso, algo que, por cierto, ya ocurría en el ya cuestionado asunto *SCT Industri*, donde se ejercitó la acción reivindicatoria, una vez concluido el concurso. En estas circunstancias, acierta la Audiencia al señalar que el mero hecho de que la administración concursal sea quien ejerza la acción y ostente la legitimación activa no es suficiente para encontrar esa fundamentación. Máxime cuando dicha legitimación también la tendrían los acreedores y el propio deudor a la vista del anterior art. 54.4º LC.

Hay un último argumento sobre la desvinculación procesal de la acción respecto del concurso, en el que la AP no repara pero que sí es un buen elemento de reflexión: la falta de competencia objetiva del juez del concurso. En efecto, en otro pasaje de la Sentencia, se estima el recurso de apelación con base en la falta de competencia objetiva del Juez de lo Mercantil, pues considera que la competencia corresponde a los juzgados de primera instancia. Es verdad que este motivo se refiere a la legislación procesal interna. También, que la competencia internacional juega en un estadio anterior y que puede haber acciones concursales que se sustancien ante jueces distintos del declarante del concurso, como recuerda el propio Reglamento europeo de insolvencia, cuando se refiere a resoluciones concursales "incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional" (art. 32.1º). Pero también es cierto que, si se trata de analizar la falta de vinculación procesal de una acción con el concurso, la incompetencia del juez del concurso debe ser un indicio a tener en cuenta.

5. Afirmada la calificación de la acción como no concursal, la AP entiende que los tribunales españoles son competentes con base en las normas generales de Derecho procesal civil internacional y, en particular, en el marco del Reglamento "Bruselas I.bis", aspecto al que dedicaremos la segunda parte de este comentario. No cabe duda de que hay una competencia exclusiva de los tribunales españoles para el procedimiento de ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles radicados en España. Esta se basa, en mi opinión, en el ap. 1 del art. 24, al tratarse de una acción en materia de derechos reales inmobiliarios, más que en el ap. 5, relativo

a las acciones ejecutivas de resoluciones judiciales. Ocurre, sin embargo, que la acción ejercitada en el caso no se refiere a la paralización o no de la ejecución hipotecaria, sino al daño causado por dicha ejecución. Por así decir, la acción toma como antecedente esa ejecución hipotecaria, pero se trata ya de un hecho consumado, dado que el procedimiento de ejecución hipotecaria ya está finalizado. No parece, por tanto, que la competencia exclusiva sobre la ejecución hipotecaria se extienda a acciones futuras por daños. La acción no se fundamenta en la legislación de derechos reales ni se vincula al procedimiento de ejecución hipotecaria. Esta interpretación se muestra, además, acorde con la del TJUE, que, en su Sentencia de 9 diciembre 2021, *HRVATSKE ŠUME* (C-242/20, ECLI:EU:C:2021:985), analiza la competencia judicial para un enriquecimiento injusto por una ejecución judicial indebida y concluye que este tipo de acciones "no tiene como finalidad que se resuelva una controversia relativa a la utilización de la fuerza, el apremio o la desposesión de bienes muebles e inmuebles para garantizar la efectividad material de una resolución o de un acto".

6. Al no estar afectada ninguna competencia exclusiva, procede valorar si existe sumisión a algún tribunal (arts. 25 y 26), cosa que no consta, aunque ni siquiera se menciona en la Sentencia. Por esta razón, la AP se refiere a la norma de competencia general, el domicilio del demandado (art. 4), para apuntar que, en principio, los tribunales neerlandeses serían competentes. Pero, como alternativa, la AP se refiere a las reglas de competencia en materia contractual, por existir un "contrato de apertura de cuenta corriente de crédito con garantía hipotecaria". Invoca, en este sentido, el art. 7, ap. 1, letra a), por el cual, en materia contractual, es competente el tribunal del lugar donde se tiene que cumplir la obligación que sirve de base a la demanda. Entiende que esta obligación es la devolución del crédito originario, causante de la iniciación del procedimiento de ejecución hipotecaria que deriva en una adjudicación indebida. Argumenta, además, que esta debe cumplirse en España y que, por ello, los tribunales españoles son competentes. Es curioso, no obstante, que no se concreta por qué se entiende que la obligación base a la demanda debe cumplirse en España. Hubiera sido necesario aclarar si las cuotas del crédito hipotecario se cargan a una oficina bancaria radicada en territorio español.

Sin cuestionar el esfuerzo de la AP, en este razonamiento se ponen de manifiesto algunas de las debilidades del Derecho procesal civil europeo. El tribunal entiende que, para las acciones de enriquecimiento injusto, es competente el tribunal que debe conocer de la relación jurídica previa, el contrato, del que deriva dicho enriquecimiento. Se trata de una postura sólida, pero también es verdad que el Reglamento "Bruselas I.bis" guarda silencio en este punto y tiene un foro de competencia específico para las obligaciones "cuasidelictuales" (art. 7.2º). Y todo ello a diferencia del Reglamento (CE) nº 864/2007 ("Roma II"), que, a los efectos de la ley aplicable a las obligaciones no contractuales, sí se refiere a la ley de la relación jurídica previa de la que deriva el enriquecimiento injusto. La jurisprudencia del TJUE sí parece proclive a la competencia del tribunal de la relación jurídica previa, pero no precisamente en materia de ejecuciones indebidas. En este sentido, la Sentencia *HRVATSKE ŠUME* antes citada señaló que el enriquecimiento injusto derivado de una ejecución judicial indebida no se subsumía ni en la regla de competencia sobre contratos, ni en la regla de competencia sobre los cuasicontракtos u obligaciones cuasidelictuales. De hecho, en el caso se interpretó que la demanda solo podía interponerse ante los tribunales del domicilio del demandado, en invocación de la norma general de competencia. A todo ello se unen ciertas dudas sobre si el enriquecimiento injusto en este caso se deriva directa e inmediatamente de la relación contractual previa o si simplemente tiene relación indirecta o colateral. Los ejemplos de enriquecimiento injusto vinculados a una relación previa para aplicar el foro contractual son normalmente por cumplimiento contractual por exceso o por cumplimiento de relaciones contractuales nulas o inválidas. Ambos supuestos distan mucho de un caso de ejecución judicial indebida.

7. A modo de conclusión, y en el marco de una normativa y una jurisprudencia europea un tanto líquida, coincido con la calificación no concursal de la acción y con la aplicación del Reglamento "Bruselas I.bis", pero propondría justificar la competencia del tribunal español sobre

la base de su art. 7.2º, y no del 7.1º, como hace la Sentencia. Se trataría de fundamentar la competencia en materia cuasidelictual –y el enriquecimiento injusto lo es– por haberse producido en España el hecho dañoso –la ejecución judicial indebida y el consiguiente incremento patrimonial del demandado–. A esta propuesta podría reprocharse que el TJUE no ha querido aplicar el foro cuasidelictual a las ejecuciones indebidas por no haber responsabilidad del demandado ni una relación de causalidad con sus conductas. Pero el TJUE no repara en que el demandado sí ha contribuido a un hecho dañoso, precisamente por solicitar la ejecución indebida y enriquecerse con ella.

La propuesta aquí sostenida de una competencia basada en el foro cuasidelictual sería una forma de asegurar que los tribunales del Estado de ejecución pudieran conocer de una acción de enriquecimiento injusto por la ejecución indebida que ellos han propiciado. Si estas acciones tienen un fin reparador, parece oportuno que los órganos jurisdiccionales del Estado donde se produjo esa ejecución indebida puedan responder a este fin y restituir la situación patrimonial. Una cosa es que no tengan competencia exclusiva y excluyente sobre la base del art. 24 Reglamento “Bruselas Ibis”, y otra muy distinta es que en ningún caso puedan llegar a conocer de esta acción o ello se haga depender de casualidades como cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación contractual. Nótese que en este caso el enriquecimiento injusto se vinculaba al privilegio con el que se tenía que ejecutar el crédito. El hecho dañoso por tanto nacía de la ejecución en sí misma y no del contrato previo.

Ángel ESPINELLA MENÉNDEZ*

MATRIMONIO

110. HAY INDICIOS MÁS QUE EVIDENTES DE LA FALTA DE INTENCIÓN DE CONTRAER AUTÉNTICO MATRIMONIO POR PARTE DE UN NACIONAL ESPAÑOL Y DE UN NACIONAL VENEZOLANO (SAP Barcelona 1ª 11 enero 2023)

111. CONTRADICCIONES ANTE LA ENCARGADA DEL REGISTRO CIVIL QUE DENIEGA LA CELEBRACIÓN DE UN MATRIMONIO EN EL CONSULADO DE ESPAÑA EN RABAT (SAP Burgos 2ª 23 enero 2023)

112. NO SE ACREDITA SUFFICIENTEMENTE QUE EL DEMANDADO CONTRAJERA MATRIMONIO PRESTANDO UN CONSENTIMIENTO APARENTE CON LA SOLA FINALIDAD DE OBTENER DETERMINADOS PROPÓSITOS OCULTOS, COMO LA OBTENCIÓN DEL PERMISO DE RESIDENCIA O NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Huesca 1ª 22 marzo 2023)

113. NO SE HA ACREDITADO QUE SE EXCLUYERAN DELIBERADAMENTE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO DEL ART. 68 CC NI QUE LA EXCLUSIVA FINALIDAD DEL DEMANDADO FUERA ACCEDER A LA RESIDENCIA Y NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Madrid 22ª 16 junio 2023)

114. LOS DATOS PERMITEN CONCLUIR QUE SE TRATÓ DE UN MATRIMONIO SIMULADO AL CONSIDERARSE QUE NO SE LLEGÓ A EMITIR POR LOS CONTRAYENTES UN VERDADERO Y REAL CONSENTIMIENTO, SIENDO ABSOLUTAMENTE NULO (SAP Madrid 20ª 30 junio 2023)

115. PARA LA DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEBEN CONCURRIR DE FORMA SOBREVENIDA A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO DATOS NUEVOS QUE PUEDAN DAR LUZ SOBRE LA SIMULACIÓN (SAP Barcelona 18ª 5 julio 2023)

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

MENORES

116. PROcede LA RESTITUCIÓN PUES EL TRASLADO DE LOS MENORES SE PRODUJO CON INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE CUSTODIA ATRIBUIDOS POR RESOLUCIÓN JUDICIAL A UNA INSTITUCIÓN FRANCESA (SAP Oviedo 5^a 10 mayo 2022)

117. LA AP DE ALICANTE CONSIDERA ILÍCITA LA RETENCIÓN DE LA MENOR EN TERRITORIO ESPAÑOL AL TENER SU RESIDENCIA HABITUAL EN REPÚBLICA DOMINICANA Y ORDENA LA RESTITUCIÓN INMEDIATA Y CONSIGUIENTE TRASLADO (SAP Alicante 6^a 12 mayo 2022)

Observaciones: En el presente supuesto la Sala resuelve la ilicitud del traslado y la determinación de la residencia habitual de una menor. Los hechos que originan la decisión dictada en la instancia, y ahora recurrida, se refieren a la demanda de restitución de una menor ilícitamente trasladada a España por su progenitor presentada por la Abogacía del Estado, en tanto que Autoridad Central española. Según la documentación obrante, en 2019 la menor viajó a España con su padre, donde estuvo un tiempo, hasta su regreso a su país natal, República Dominicana. En octubre del 2020, nuevamente, su progenitor vuelve a República Dominicana para trasladar a la menor a España. Consta, en documentos públicos otorgados ante notario, que la madre, tutora legal de la niña, autoriza el traslado y que el padre se compromete a retornarla en septiembre de 2021. El 8 noviembre 2020 la menor viaja con su padre a España, sin embargo, llegada la fecha acordada, el padre no devuelve a la menor a su país natal. Esta circunstancia, que supone el incumplimiento del compromiso adquirido por su progenitor, conlleva que, en marzo de 2022, se demande la restitución de la menor. La Sala determina, en primer lugar, la aplicabilidad al supuesto planteado del procedimiento previsto en los arts. 778 quater a 778 sexies LEC en la medida en que se trata de un traslado o retención ilícita subsumible en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980. Seguidamente se pronuncia respecto a los motivos sobre los que el padre, ahora recurrente, fundamenta el recurso de apelación presentado frente a la sentencia estimatoria de la instancia. En primer lugar, sobre el error en la valoración de la prueba en cuanto a la consideración de que el país de residencia habitual es República Dominicana afirma que, encontrándose ante un recurso de apelación, cuando se trata de valoraciones probatorias la Sala ha de limitarse a revisar la actividad del tribunal de instancia en el sentido de comprobar que la misma esté suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable. En el supuesto, el juzgador de instancia argumenta la determinación del lugar de residencia habitual de la menor en República Dominicana habiendo sido autorizado por la madre solo un traslado temporal a España comprometiéndose el padre, según consta en la documentación obrante, a devolver a la menor en una fecha determinada. El recurrente sostiene la invalidez de la referida documentación sin embargo no acredita tal extremo. En relación con el segundo motivo, relativo a error en cuanto a la calificación del traslado como ilícito, considerando que no existe retención y debiendo estarse al principio del interés superior del menor, la Sala, a la vista de la prueba practicada, afirma que el consentimiento de la madre permite calificar el trasladado de la menor como acto lícito. No obstante, la madre autoriza un traslado temporal, encontrándose ante una retención ilícita derivada del incumplimiento por el padre de su compromiso de retornar a la menor a República Dominicana en septiembre de 2021. Incumplimiento que implica, además, que el padre decida unilateralmente la residencia de la menor en España. En consecuencia, y dado que tampoco han sido acreditadas las circunstancias exigidas en los arts. 12 y 13 CH80, no procede denegar la restitución de la menor a su país de origen.

MARÍA MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ*

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Extremadura.

118. SE ESTIMA LA DEMANDA INTERPUESTA POR EL ABOGADO DEL ESTADO DECLARÁNDOSE ILÍCITO EL TRASLADO A ESPAÑA DEL MENOR Y ORDENÁNDOSE SU RESTITUCIÓN Y REGRESO AL LUGAR DE SU RESIDENCIA HABITUAL INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA LLEGADA A ESPAÑA, EN LITUANIA (SAP Huelva 2^a 29 junio 2022)

119. CONCURREN LOS SUPUESTOS DEL ART. 3 DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980, AL HABERSE PRODUCIDO LA RETENCIÓN DE LAS MENORES CON INFRACCIÓN DE UN DERECHO DE CUSTODIA (SAP Alicante 6^a 7 septiembre 2022)

120. NO RESULTA ACREDITADO QUE EL PADRE DEL MENOR TENGA ATRIBUIDA SU CUSTODIA CON LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ART. 3 CH 1980 POR LO QUE NO PROCEDE EL RETORNO Y RESTITUCIÓN DEL MISMO A EE UU (SAP Toledo 2^a 15 septiembre 2022)

121. PESE A QUE LA APELANTE SUSTRAGO ILEGALMENTE A LA MENOR DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ DONDE RESIDIÓ NO PROCEDE LA RESTITUCIÓN PORQUE DE HECHO SE ENCUENTRA YA INTEGRADA EN ESPAÑA (SAP Granada 5^a 15 octubre 2022)

122. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO (STC 130/2022, de 24 de octubre)

Observaciones: 1. El objeto del recurso de amparo de la STC nº 130/2022 (Sala Primera), de 24 de octubre, era el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona, dictado el 25 julio 2018, en el procedimiento de oposición de medidas de protección de menores que acordó la inadmisión de la demanda en un procedimiento de oposición a la resolución administrativa, por considerar que el demandante es mayor de edad, por lo que formula la oposición prevista en el art. 780 LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. Alegaba el demandante que el citado auto niega el acceso a la jurisdicción por haber incurrido el Juzgado en un error patente, consistente en confundir este escrito con la demanda propiamente dicha. Este error trae como consecuencia una denegación de acceso al procedimiento, que le impide oponerse a la resolución de cierre del expediente de desamparo adoptada por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia, que, además, no fue notificada hasta un momento posterior a la interposición del escrito de oposición ante el juzgado. La citada inadmisión también impide la impugnación, por vía indirecta, el decreto de la Fiscalía de Menores de Barcelona, que determinaba su fecha de nacimiento, y, consiguientemente, su edad.

2. En la Sentencia se puede apreciar como el menor es el sujeto para proteger, desde el punto de vista jurídico, con independencia de cualquier otro sujeto, en este caso contra la Administración, debiendo permanecer el interés superior del menor por encima de todo. Si bien, el interés superior del menor debe protegerse en cada caso concreto, también se debe imponerse en relación con el menor en particular que apreciándose en la aplicación práctica de las normas, en caso de que no sintonicen, como en el presente asunto, el Tribunal Constitucional debe corregir la aplicación radical de las normas. En este contexto, se aprecia esa corrección desde un doble prisma, primero desde el análisis de las normas positivas, procesales y materiales y, en segundo lugar, con la monitorización de los resultados que acarrea la aplicación de tales normas.

3. Comienza el Tribunal Constitucional recordando la inadmisión, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, que, además, conlleva que se analice el caso desde la relevancia que implica que el demandante sea un menor de edad, lo que implica una especial de protección, lo que vino tras la desestimación por la Audiencia Provincial del recurso de apelación argumentando que carecía de sentido retornar el

expediente al juzgado para oponerse a las resoluciones. Por último, hablamos de la especial vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado.

4. En cuanto a la inadmisión que “vedó, de este modo, el acceso a la jurisdicción del recurrente en amparo impidiendo una decisión sobre el fondo”. Se constata que, del examen de las actuaciones lo que el recurrente en amparo presentó el 18 julio 2018 fue el escrito inicial del proceso, no la demanda en sí. Pese a ello, el 25 julio 2018, el juzgado dictó diligencia de ordenación teniendo por presentada la demanda, y ese mismo día dictó auto acordando su inadmisión porque “no consta que se haya dictado, ni se ha aportado, ninguna resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia por la que se deniegue o se deje sin efecto el desamparo previamente acordado, por entender que el demandante no es menor de edad”. Por tanto, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, en múltiples ocasiones, se produce una vulneración la tutela judicial efectiva al darse en un contexto en el que la resolución pueda ser “arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente, o que esté basada en criterios que, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón”, especialmente, lo que se produce, porque la idea subyacente, a la hora de aplicar las normas positivas, es garantizar que las decisiones judiciales o administrativas sean justas, proporcionadas y coherentes con los principios fundamentales del sistema legal.

5. Con la desestimación de la Audiencia Provincial, se comprueba por parte del Tribunal Constitucional “que el demandante no pudo acceder a dicha documentación ni formular alegaciones relativas al fondo del asunto, precisamente, porque el escrito inicial que presentó al amparo del art. 780 LEC fue inadmitido por el juzgado de primera instancia. Esa inadmisión a limine impidió el paso a la fase regulada del art. 780, 3º y 4º LEC, esto es, requerimiento a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente y, una vez recibido el testimonio, el emplazamiento al actor, para que diez días, para que presente la demanda. Además, no se tiene en cuenta que lo que el recurrente realmente quería impugnar era el decreto de determinación de la edad, lo que le da una mayor relevancia a la cuestión. De esta forma, en atención a la protección de un menor de edad, y que, al no analizar el fondo de la petición, se vulnera no sólo el derecho al acceso a la justicia, sino al principio de igualdad, y al tratarse de un menor de edad hablamos del derecho a garantizar unas medidas reforzadas de protección.

Entre otras razones porque el interés superior del menor, tal y como indica el Tribunal Constitucional es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, según el art. 3.1º de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 noviembre 1990, vinculante para España conforme a lo dispuesto en los arts. 96 y 10.2º CE. Además, debe tenerse en cuenta que la falta de agotamiento de la vía judicial como óbice procesal tiene por objeto la impugnación del decreto de determinación de la edad y la edad es circunstancia integrante de la identidad de la persona, lo que está vinculada a la fecha de nacimiento y ser consideradas como un derecho básico de los niños a la luz del art. 8 de la Convención sobre derechos del niño. Por ello, en relación con esta consideración del interés superior del menor juega un papel fundamental el derecho de la persona menor de edad, o que pudiera serlo, a ser oída y escuchada, como parte del estatuto jurídico indisponible de las personas menores de edad, como norma de orden público que forma inexcusable han de observar todos los poderes públicos.

En este sentido como ya indicó el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, en la Observación general nº 14, de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, en relación al art. 3.1º de la Convención, el objetivo “es velar por que el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño. Esto significa que, en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá. El término “medida” incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás

iniciativas. La pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas en el concepto medidas, por ejemplo, cuando las autoridades de bienestar social no toman medidas para proteger a los niños del abandono o los malos tratos". De esta forma, la obligación jurídica se aplica a todas las decisiones y medidas que afectan directa o indirectamente a los niños.

6. Por último, debe indicarse que esas medidas de especial protección se refiere, además, al darse la especial vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones poniendo el acento en la importancia de la protección de sus derechos, por ejemplo, como indica el Tribunal Constitucional haciendo referencia a la como indica la Sentencia *Darboe y Camara c. Italia* donde se indica que si un menor, o quien razonablemente alega serlo, resulta erróneamente identificado como adulto, se podrían llegar a producir graves vulneraciones en sus derechos. En este contexto, también podría mencionarse la STEDH *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica* en referencia a la necesidad de conciliar la protección de los derechos fundamentales y las limitaciones impuestas por la política de inmigración de un Estado, en relación a los menores no acompañados.

7. En definitiva, se aprecia como la sentencia del Tribunal Constitucional viene a corregir los resultados de la aplicación práctica de las normas positivas, pues las formalidades no pueden ser obstáculo para que la tutela judicial efectiva no garantice los derechos, porque eso desdibujaría el contenido esencial de este derecho. Lo que cobra mayor trascendencia si hablamos de la necesidad de proteger el interés superior del menor.

Antonio MERCHÁN MURILLO *

123. LA PERMANENCIA NO CONSENTIDA POR EL PADRE DEL MENOR EN ESPAÑA, CUANDO LA MADRE NO TENÍA ATRIBUIDA EN EXCLUSIVA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, CONFIGURA EL SUPUESTO DE TRASLADO ILÍCITO (SAP Salamanca 1^a 2 noviembre 2022)

124. SE ORDENA AL PADRE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR A SU MADRE EN EL LUGAR DE LA RESIDENCIA DE ESTA ÚLTIMA EN BOLIVIA EN EL PLAZO MÁXIMO DE QUINCE DÍAS DESDE LA NOTIFICACIÓN DE ESTA SENTENCIA (SAP Huesca 1^a 11 noviembre 2022)

125. NO EXISTE NINGUNA PRUEBA DE QUE EL REGRESO DE LA MENOR A SUIZA PUEDA COLOCARLA EN UNA SITUACIÓN DE PELIGRO FÍSICO O PSÍQUICO PARA LA MISMA, POR LO QUE NO SE PUEDE APRECIAR LA EXCEPCIÓN A LA RESTITUCIÓN (SAP Ourense 1^a 14 noviembre 2022)

126. ILICITUD DEL MANTENIMIENTO DEL TRASLADO DE UNA MENOR Y SU CONSIGUIENTE NO RETORNO A ESPAÑA DESDE BRASIL (AAP Valencia 10^a 15 noviembre 2022)

127. NO OBSTANTE SER ILÍCITO EL TRASLADO DE LOS HIJOS COMUNES DESDE MARRUECOS A ESPAÑA LLEVADO A CABO POR LA DEMANDADA, DE ACUERDO CON EL INTERÉS DE LOS MENORES NO HA LUGAR A LA RESTITUCIÓN A SU LUGAR DE RESIDENCIA HABITUAL ANTERIOR (SAP Zaragoza 2^a 17 noviembre 2022)

128. LO DETERMINANTE PARA ASUMIR LA COMPETENCIA JUDICIAL, DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 8.1º BRUSelas II BIS DEL REGLAMENTO, ES EL LUGAR DONDE TENGA EL MENOR LA RESIDENCIA HABITUAL (SAP Madrid 22^a 13 diciembre 2022)

Observaciones: 1. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso presentado contra la sentencia de 14 julio 2021 del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de los de Madrid, que dicta medidas de responsabilidad parental y la prestación de alimentos a favor del

* Profesor Ayudante Doctor. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla).

menor: atribuye el derecho de guarda y custodia a la madre, el régimen de visitas del padre y la cuantía de la prestación alimenticia que este debe abonar al menor. Contra la citada sentencia, el progenitor solicita en el recurso, con carácter principal, que se proceda a estimar la excepción procesal de declinatoria y se declare la falta de competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Madrid; y, con carácter subsidiario, solicita que para el caso de que no se estime la excepción de falta de competencia internacional, se revoque la sentencia de instancia en cuanto al fondo del asunto, requiriendo, en este caso, que el derecho de guarda y custodia se conceda a él, así como una reducción de la cuantía alimenticia.

2. La Audiencia, por tanto, debe resolver, en primer lugar, si los tribunales españoles tienen competencia internacional para conocer de las medidas de protección del menor y, también, de la prestación de alimentos, pues el menor residió durante algún tiempo con su padre en Bélgica, aunque en el momento de presentar la demanda residiera con su madre en España. La determinación de la competencia judicial internacional en estas materias no es baladí, porque en el supuesto que se estimase la declinatoria por falta de competencia de los tribunales españoles, estos no tendrían que conocer del fondo del asunto. No obstante, la Sala, en contestación a los motivos del recurso que presenta el progenitor, solo resuelve sobre la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, atribuyéndose directamente la competencia en materia de alimentos y, una vez resuelta la competencia, nada dice de la determinación previa de la ley aplicable (en presencia de distintos ordenamientos).

3. En relación con la competencia judicial internacional para conocer de los derechos de guarda y custodia, y visita, la sentencia de la Audiencia aplica correctamente el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis), pues a la fecha de la presentación de la demanda aun no podía aplicarse el vigente Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 junio 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 (el art. 105.2 dispone que el presente Reglamento se aplicará a partir del 1 agosto de 2022). Dentro del ámbito material del Reglamento Bruselas II bis, se incluyen el derecho de custodia y el derecho de visita entre las medidas de responsabilidad parental (art. 1.2º). En cuanto a los foros aplicables- las circunstancias con las que el legislador europeo ha determinado la competencia judicial en estas materias-, la Audiencia fundamenta conforme a las normas siguientes del Reglamento Bruselas II bis: el art. 3 (que es aplicable en materia de crisis matrimonial, lo que no es acertado pues los progenitores no estaban casados), el art. 8 (regla general), el art. 9 (tampoco acertado, pues es una regla especial que se aplica para la modificación de la resolución sobre el derecho de visita dictado por otro Estado miembro, lo que no ha ocurrido en el caso que contemplamos), el art. 10 (regla especial en el supuesto de traslado o retención ilícita del menor) y el art. 21 (norma aplicable no para regular competencia judicial sino el reconocimiento de resoluciones entre Estados miembros). Teniendo en cuenta la normativa expuesta, la Sala resuelve determinando la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles, argumentando que el tribunal de instancia belga ordenó el retorno del menor a España con fecha 9 abril 2019 y que en el momento de la presentación de la demanda de las medidas de protección definitivas, el 4 junio 2019, el menor tenía su residencia habitual en Madrid. No habría retención ilícita, por tanto, no se aplicaría el art. 10 Reglamento Bruselas II bis (aspecto que no aborda la sentencia que comentamos).

4. En consecuencia, aplicando el art. 8. 1º Reglamento Bruselas II bis, la competencia recae en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde reside habitualmente el menor en el momento en que se presentó la demanda, para conocer tanto del derecho de guarda y custodia como del régimen del derecho a visita, desestimando el motivo de denegación del progenitor. Lo relevante, pues, para esta decisión de la Audiencia de Madrid es que fija la residencia habitual del menor en España y no en Bélgica (desestima también que exista litispendencia, y la solución del

art. 19, porque sus tribunales no serían competentes), sustentándolo en que el menor ya lleva tres meses España. El criterio de la residencia habitual del menor es un criterio fáctico que determinan los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto dependiendo de las distintas circunstancias en torno al menor; no obstante, debe atenerse a la interpretación autónoma y uniforme para los Estados miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la STJCE 2 abril 2009, C-523/07, se configura el concepto de residencia habitual del menor atendiendo a la presencia física del menor en el Estado miembro y a ciertos factores que reflejen su integración en su entorno familiar y social (criterios en que se ha insistido en otras: la más reciente, la STJUE de 12 mayo 2022, C-644/20). En el Auto que comentamos, parecen deducirse otros factores que acreditan que la residencia habitual del menor se encuentra en España, no solo porque llevase en nuestro país tres meses: hace constar que el menor ha tenido su residencia habitual en Madrid (España), sin perjuicio de que los períodos vacacionales los pasara la familia en Bélgica.

5. En lo que respecta a la competencia judicial internacional en materia de obligaciones alimenticias, los tribunales españoles son competentes aplicando el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 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. Dispone el art. 3, d), que el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, lo es también para resolver en materia de la obligación de alimentos (cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes). Por consiguiente, conforme a este foro de conexión, son competentes los órganos jurisdiccionales españoles que en virtud del art. 8.1º Reglamento Bruselas II bis conocen de la acción de responsabilidad parental. La sentencia que comentamos no resuelve sobre esta cuestión, que no es motivo de recurso, sino que solventa el fondo del asunto.

6. Determinada la competencia de los tribunales españoles, la segunda gran cuestión que se debe plantear es qué ley u ordenamiento material concreto aplicar al fondo del asunto para regular las medidas de responsabilidad parental y la prestación de alimentos. Esta cuestión pasa desapercibida a la Sala, y también al Juzgado de Primera Instancia, que resuelven directamente sobre el fondo del asunto aplicando el ordenamiento jurídico español. Es cierto, que la solución a la que llegan los tribunales españoles hubiese sido la misma, pues conforme a las normas de Derecho internacional privado, el Derecho material aplicable es el del foro; pero, hubiera estado más acertado, que ante una situación jurídico privada internacional atendiesen a los instrumentos supraestatales aplicables, que les vinculan. Así, el Convenio 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, hecho en La Haya el 19 octubre 1996, cuyo art. 15.1º, en el supuesto de medidas de protección judiciales, dispone que las autoridades competentes aplicarán su propia ley; y el Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 noviembre 2007, que estable en el art. 4.2º, que en el caso de obligaciones alimenticias de padres a favor de los hijos se aplica, en primer lugar, la regla general del art. 3: las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. En definitiva, conforme a los instrumentos supraestatales, la ley material aplicable, tanto para regular las medidas de protección, como las obligaciones alimenticias del menor, es la ley española, pues a este Derecho material conduce el punto de conexión de las dos normas de conflicto: si las autoridades competentes se ha determinado que son las españolas, estas aplican su propia ley para resolver sobre los derechos de custodia y visita (art. 15.1º Convenio de La Haya de 1996); y si la residencia habitual del menor se ha fijado en España, el ordenamiento español es el aplicable para la prestación de alimentos a favor del menor (art. 4.2º Protocolo de La Haya de 2007). La Sala aplicando el art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (modificado por el art. 1.2º Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y por la disposición final 8.1º Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio), y el interés superior del menor, determina el derecho de guarda y custodia a favor de la madre, pues la residencia del padre en Bélgica dificulta una guarda y custodia compartida, estableciendo el detallado régimen

de visita del menor con su progenitor que ya había fijado el Juzgado de Primera Instancia. En relación con la pensión de alimentos que estableció el tribunal de instancia, a cargo del progenitor y a favor del hijo, la considera acorde con las circunstancias: desestimando el motivo esgrimido por el apelante de que existiera un error material en la valoración de la prueba documental en cuanto a la determinación de la pensión alimenticia, que sigue manteniendo en 300 euros mensuales.

Ana MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA*

129. EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES PASA POR MANTENERLOS BAJO LA CUSTODIA MATERNA, SIN ESTABLECER RÉGIMEN DE VISITAS ALGUNO PARA CON SU PADRE PUES NO DESEAN VIAJAR A ARGELIA, Y ADEMÁS NO CONSTAN LAS CONDICIONES DE VIDA DEL PADRE EN AQUEL PAÍS (SAP Madrid 24^a 15 diciembre 2022)

130. AL NO CONCURRIR DE NINGUNA DE LAS EXCEPCIONES QUE RECOGE EL CONVENIO DE LA HAYA SE DESESTIMA EL RECURSO Y SE ORDENA LA RESTITUCIÓN DE LOS MENORES CON SU MADRE A ISRAEL (SAP Barcelona 18^a 13 enero 2023)

131. LA AUDIENCIA CONFIRMA QUE LA RETENCIÓN DE DOS MENORES CON PASAPORTE VENEZOLANO POR PARTE DE SU PROGENITORA, CON DOCUMENTO DE IDENTIDAD DE VENEZUELA, ES ILÍCITA (SAP Madrid 22^a 13 enero 2023)

132. EL ART. 12 DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 DISTINGUE SEGÚN QUE EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE LA VÍCTIMA DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES SE HAYA INICIADO ANTES O DESPUÉS DE TRANSCURRIDO UN AÑO DE LA RETENCIÓN (SAP Asturias 6^a 6 marzo 2023)

133. EJERCICIO EFECTIVO DE LA CUSTODIA Y RESTITUCIÓN DEL MENOR POR TRASLADO ILÍCITO EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL (SAP Barcelona 18^a 7 marzo 2023)

134. EL TRASLADO DE LOS MENORES POR PARTE DE SU MADRE DESDE EL LUGAR EN EL QUE RESIDÍA A POLONIA ES ILÍCITO EN EL SENTIDO DEL ART. 3 DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 OCTUBRE 1980 (AAP Barcelona 18^a 15 marzo 2023)

135. DEVOLUCIÓN DE LA MENOR A ARGENTINA PUES EL PODER AUTORIZABA VIAJES AL EXTRANJERO, PERO NO UN CAMBIO DE SU RESIDENCIA HABITUAL (SAP Barcelona 18^a 30 marzo 2023)

136. NO CONCURREN LOS REQUISITOS PARA QUE SE PUEDA DECLARAR LA ILICITUDE DE UN TRASLADO O RETENCIÓN INTERNACIONAL, PUES NO SE TRATA UNA MENOR CON RESIDENCIA HABITUAL EN ESPAÑA (SAP Valencia 10^a 8 mayo 2023)

137. CONCURRE UNA DE LAS CAUSAS EN CUYA VIRTUD LA AUTORIDAD JUDICIAL DEL ESTADO REQUERIDO NO ESTÁ OBLIGADA ORDENAR LA RESTITUCIÓN DEL MENOR DE ACUERDO CON EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 (SAP Madrid 31^a 9 mayo 2023)

138. EN MODO ALGUNO EXISTE PRUEBA OBJETIVA E INDICIARIA DE UN DE RIESGO PSICOLÓGICO PARA LAS MENORES, NI QUE LA RESTITUCIÓN LA PUEDA COLOCAR EN UNA SITUACIÓN INTOLERABLE (SAP Madrid 31^a 5 junio 2023)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Sevilla.

139. LA VINCULACIÓN DE LA FAMILIA CON EE UU, AUNQUE LOS NIÑOS HAYAN VIAJADO ALLÍ CON MOTIVO DE VACACIONES, ES SUPERIOR QUE LA QUE PUEDEN TENER CON LA CIUDAD DE BARCELONA (SAP Barcelona 18^a 6 julio 2023)

140. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL LETÓN PARA DETERMINAR SI CONCURRE ILICITUD DEL TRASLADO O RETENCIÓN DE LA MENOR EN ESPAÑA (SAP Alicante 6^a 7 julio 2023)

141. EL CONVENIO DE LA HAYA NO ES CONVENIO DE CUSTODIA, SINO DE RESTITUCIÓN, POR LO QUE LA RESOLUCIÓN QUE DEBA ORDENAR LA RESTITUCIÓN SE LIMITA A ACORDARLA DEVOLUCIÓN DEL MENOR AL PAÍS EN DONDE RESIDÍA HABITUALMENTE (SAP Cádiz 5^a 21 julio 2023)

142. LA SENTENCIA HÚNGARA QUE CONCEDE AL PADRE LA PATRIA POTESTAD SOBRE EL MENOR DEBE SER CONFIRMADA Y POR ELLO ACORDAR LA RESTITUCIÓN DEL MENOR A SU PAÍS DE RESIDENCIA HABITUAL, HUNGRÍA (SAP Alicante 6^a 26 julio 2023)

Observaciones: 1. La madre de un menor húngaro inició un procedimiento ante la Oficina Comarcal de Fonyód de la Provincia de Somogy, en Hungría (al suroeste del país, a 175 kilómetros de la capital, Budapest, y a unos 100 kilómetros de la frontera con Croacia), lugar de su residencia, en el que solicitaba la autorización para el traslado de la residencia del menor a Alicante, España. Antes de conocer la resolución de la petición, la madre llevó a cabo este traslado el 27 agosto de 2022, sin la autorización para ello del otro progenitor. La resolución de la citada Oficina Comarcal de Fonyód dictada 2 días después del traslado denegó la autorización que solicitó la madre al constatar que el padre había iniciado procedimiento ante los Tribunales Húngaros para la modificación del ejercicio de la patria potestad sobre el menor, solicitando el padre la atribución de la misma. En fecha 22 septiembre 2022 el Tribunal Comarcal de Siófok, Hungría, dictó resolución que estimó la petición del padre y otorgó la custodia exclusiva del menor al padre debido a los reiterados incumplimientos del régimen de visitas por parte de la madre, destacando la resolución que la falta de contacto del menor con el padre resulta lesiva para el niño y ponía en riesgo su desarrollo, y obligaba a la madre a hacer entrega del menor en el plazo de quince días.

2. Tras la reclamación de su padre y de las autoridades húngaras ante las autoridades españolas por el traslado del menor, y el correspondiente proceso en España de Juicio de restitución o retorno de menores por caso de sustracción internacional, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Alicante de 4 mayo 2023 declaró la ilicitud de un traslado del menor y ordenó el retorno del menor a Hungría por parte de la madre en el plazo de los 30 días hábiles posteriores a su firmeza y su entrega al padre, condenándola al pago de las cosas procesales, así como a los gastos del viaje y demás costes generados por la restitución. La madre debía comunicar al Juzgado la fecha del traslado y acompañar los billetes para levantar la medida cautela de prohibición de salida del territorio nacional y para devolverle el pasaporte al menor. En el procedimiento de segunda instancia la Sala no admite la documental presentada por la madre por no estar comprendida entre la recogida en el art. 778.7º LEC. Por otro lado, tampoco accede a la exploración del menor por su escasa edad, al contar con siete años y no considerar la Sala que el mismo tenga la madurez suficiente para tener en cuenta sus opiniones por no tener capacidad para formarse sus propios juicios. La resolución que analizamos, la de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 julio 2023 confirma dicha condena.

3. En lo relativo a la existencia de la sustracción internacional de menores la resolución de segunda instancia aplica tanto el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, ratificado por Hungría el 7 abril 1986 y por España el 16 agosto de 1987, como el Reglamento de la UE 1111/2019 del Consejo de 25 junio 2019, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores. Ambos instrumentos legales están correctamente aplicados. El primero por su ratificación por

ambos Estados, el segundo porque a tenor de lo establecido en su art. 105.2 del conocido como Reglamento Bruselas II ter, el mismo se aplicará a partir del 1 agosto de 2022 y el traslado se produjo el 27 agosto de 2022.

4. El primer aspecto que se debe analizar y que afronta la resolución de instancia en su fallo es cuál era la residencia habitual del menor en el momento previo al traslado. La residencia habitual debe ser determinada para saber si se ha producido un traslado de dicha residencia al producirse el viaje del menor de Hungría a España o no. Y tras ello analizar si el traslado es ilícito. Al respecto, podemos señalar que dicho concepto es un concepto fáctico, no definido hasta el momento por ningún Reglamento comunitario, con contenido autónomo en el derecho europeo y diferenciado del concepto de residencia habitual del derecho interno de cada uno de los Estados miembros. Dicho concepto debe ser diferente según las materias atendiendo la naturaleza de las mismas. Solamente el Reglamento de sucesiones ha establecido en dos de sus considerandos, el 23 y el 24, los criterios que puede concretar cuál es la residencia habitual de los fallecidos. El Reglamento Bruselas II ter aplicado en este supuesto decidió no definir el concepto ni concretar dichos criterios. Debemos destacar que el considerando 40 de la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre filiación aporta por primera vez los criterios para concretar la residencia habitual de los menores, siguiendo la doctrina del TJUE. Según la propuesta de Reglamento, la residencia habitual del hijo o de la hija debe determinarse sobre la base de todas las circunstancias específicas de cada caso concreto. Además de la presencia física del hijo o de la hija en el territorio de un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan demostrar que dicha presencia no es en modo alguno temporal o intermitente y que refleja un cierto grado de integración del hijo o de la hija en un entorno social y familiar, que es el lugar en el que se sitúa, en la práctica, su centro de vida. Entre estos factores figuran la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio del Estado miembro de que se trate y la nacionalidad del hijo o de la hija, y los factores pertinentes varían en función de su edad. Entre ellos también se incluyen el lugar y las condiciones de la asistencia del hijo o de la hija a la escuela, así como sus relaciones familiares y sociales en el Estado miembro. La intención de los progenitores de instalarse con su hijo o hija en un Estado miembro determinado también puede tenerse en cuenta cuando dicha intención se manifieste mediante medidas concretas, como la compra o el arrendamiento de una residencia en el Estado miembro de que se trate. En cambio, la nacionalidad de la persona que da a luz o la residencia anterior de dicha persona en el Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se somete el asunto no es pertinente, mientras que el hecho de que el hijo o la hija haya nacido en ese Estado miembro y posea la nacionalidad de dicho Estado miembro es insuficiente. En el presente supuesto la resolución señala que el menor tenía su residencia habitual en Hungría “como se desprende de la documental y prueba de interrogatorio de la demandada”. La resolución no entra a detallar los aspectos concretos de dicha documental e interrogatorio, pero de los hechos que hemos detallado en los primeros apartados de nuestro comentario desprendemos que el menor vivía en dicho país con su familia, su padre y su madre, allí asistiría al colegio y tendría a sus amigos y actividades principales. De hecho, la propia madre inició antes del viaje un procedimiento para solicitar autorización para cambiar la residencia habitual ante las autoridades húngaras.

5. El segundo aspecto a analizar es valorar si nos encontramos ante un traslado de la residencia habitual del menor ilícito y por ello ante una sustracción internacional de menores. La madre inició un procedimiento para solicitar autorización para realizar el traslado y cambiar el lugar de residencia del menor al extranjero. Sin embargo, sin esperar a la resolución de dicha petición, la madre procedió a trasladar al menor a España y fijar aquí su residencia con él en Alicante. A las 48 horas de la llegada a España de la madre con el niño la oficina comarcal de Fonyód dictó resolución en la que se denegaba la autorización. Tras esto, el 22 de septiembre, menos de un mes después del viaje de la madre con el menor, el Tribunal Comarcal de Siófok, dictó resolución otorgándole la custodia exclusiva al padre. Por ello los dos tribunales afirman acertadamente que en el supuesto se ha dado una sustracción internacional de menores según lo definido en el art. 3 del Convenio de La Haya y el 2.2.11 del Reglamento Bruselas II ter, que exigen

dos circunstancias. A saber, la primera (y empleamos la redacción del Reglamento), que el traslado "se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención", y la segunda, que "en el momento del traslado o retención el derecho de custodia se ejercía de forma efectiva (separada o conjuntamente) o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención". Ha quedado acreditado por las resoluciones citadas que la custodia se ejercía por los dos padres, y que de hecho estaba en estudio de la autoridad judicial la solicitud del padre de que se le otorgase únicamente a él, lo que finalmente ocurrió. Por todo ello los dos tribunales consideran el traslado como ilícito. Una vez acreditada la ilicitud del traslado y que lo que procedería por ello es dictar la restitución del menor a su Estado de residencia habitual, Hungría, se debe analizar si en el procedimiento se da alguna de las causas tasadas por el art. 13 Convenio de La Haya que pueden provocar evitar dictar una resolución de restitución. Para ello la madre ha aportado al procedimiento documentación en la que se acredita la existencia de denuncias de sus familiares contra el padre del niño posteriores al traslado ilícito del menor, señalando que el traslado supondría un grave riesgo para el menor por exponerlo a un peligro físico o psíquico, lo que según el apartado b del citado precepto motivaría su no restitución. Sin embargo, interpreta acertadamente la resolución que ninguna de esas denuncias ha finalizado en condena, por lo que no existe ningún dato objetivo en los autos que acredite la existencia de conductas por el padre que puedan suponer un riesgo para el niño si retorna a Hungría con él. Muy al contrario, lo que existe en el procedimiento es una resolución de los tribunales húngaros competentes en el momento del traslado ilícito del menor que le otorgan al padre la custodia en exclusiva del menor por los incumplimientos de la madre del régimen de visitas. Según los dos instrumentos legales citados son los Tribunales del Estado de la residencia habitual del niño los que tienen la competencia para pronunciarse sobre los aspectos de fondo en los procedimientos de custodia del mismo. La resolución analizada finaliza acertadamente señalando que existiendo esta resolución los tribunales españoles deben hacerla cumplir toda vez que la función de los órganos judiciales españoles es únicamente decidir sobre si el traslado del menor es o no ilícito y sobre si hay excepciones para establecer su retorno. Siendo ilícito y sin estas excepciones procede confirmar la resolución de instancia y que se produzca el retorno del menor a Hungría con el procedimiento que la misma establece.

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

143. NO PROCEDE LA RESTITUCIÓN DE LOS MENORES A BRASIL POR LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ART. 13.3º Y LA INTEGRACIÓN EN EL ENTORNO DEL ART. 12.2º DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 (SAP Barcelona 12ª 6 octubre 2023)

NACIONALIDAD

144. SE DESESTIMA UNA PRETENSIÓN PARA CONTRAER MATRIMONIO CON UNA CIUDADANA DOMINICANA SOBRE LA QUE PESABA, AL TIEMPO DE FORMULARSE LA SOLICITUD ANTE EL REGISTRO CIVIL, UNA ORDEN DE EXPULSIÓN POR CINCO AÑOS (SAP Ourense 1ª 27 julio 2022)

145. CONFIRMACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA VERIFICAR EL TRÁMITE DE JURAMENTO DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE LA MENOR, PESE A LA OPOSICIÓN DEL PADRE (AAP Valencia 10ª 15 febrero 2023)

* Profesor Contratado Doctor. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

146. LA ACTORA ADQUIRIÓ LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN EN EL MOMENTO DE SU NACIMIENTO Y NO LA PERDIÓ CUANDO, AL INSCRIBIRSE SU NACIMIENTO EN EL REGISTRO CIVIL COLOMBIANO, ADQUIRIÓ LA NACIONALIDAD COLOMBIANA (STS Civ 1^a 21 febrero 2023)

147. REQUISITOS PARA ADQUIRIR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN POR OPCIÓN CONFORME A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA DE LA LEY 52/2007 (SAP Barcelona 13^a 12 mayo 2023)

148. DE NUEVO SE DENIEGA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN AL NACIDO EN EL SÁHARA ESPAÑOL ANTES DE 1975 (SAP Madrid 19^a 16 mayo 2023)

Observaciones. 1. La principal y más grave consecuencia del cuestionable modo en que se llevó a cabo la descolonización del Sáhara es que el territorio fue abandonado a su suerte, sin llegar a producirse una sucesión de Estados, lo que sitúa al Sáhara desde entonces y hasta nuestros días en una situación de indefinición en el plano internacional, siendo una de las consecuencias más graves que los saharauis carezcan de nacionalidad, porque ni pudieron optar en muchos casos por la nacionalidad española, a la vista de las duras condiciones del RD 2258/1976, de 10 de agosto, ni pueden tener una nacionalidad propia porque el Sáhara no es todavía, al día de hoy, un Estado (J.L. Argudo Pérez y J.J. Pérez Milla, "Vinculación nacional y nacionalidad de los habitantes de los territorios descolonizados del África española", en *Acciones e Investigaciones Sociales*, N^o. 1, 1991, pp. 167–202); de este modo, se ha derivado en la apatridia de estos ciudadanos que un día fueron súbditos del Estado español (J. Soroeta Liceras, "La problemática de la nacionalidad de los habitantes de los territorios dependientes y el caso del Sáhara Occidental", en *Anuario Español de Derecho Internacional. Universidad de Navarra*, vol. XV, 1999, pp. 655 – 633). El caso del Sahara se viene considerando en la doctrina como un supuesto de descolonización atípica y nada satisfactorio en cuanto al procedimiento seguido y en cuanto al resultado alcanzado, con una clara responsabilidad del Estado español en esta cuestión (C. Ruiz Miguel, "Nacionalidad española de ciudadanos saharauis: Secuela de una descolonización frustrada (y frustrante)", *Revista General de Derecho*, n^o 663, 1999, pp. 14237 y 14238).

2. Si analizamos este tema desde la distancia que nos separa con la turbulenta descolonización, y en un Estado con principios constitucionales ya consolidados, se puede considerar que aquellos saharauis que nacieron en la etapa de provincialización fueron en su día nacionales españoles por lo que podrían recuperar la nacionalidad española si acreditan los requisitos legales exigibles, de acuerdo con alguno de los siguientes títulos de atribución: a) derecho de opción a la nacionalidad española, establecido por la Ley de descolonización de 19 noviembre 1975 que reconoció el derecho de optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara que se encontrasen en tal fecha residiendo en territorio nacional y estuviesen provistos de "documentación general española"; o bien que encontrándose fuera del territorio nacional español se hallaran en posesión de pasaporte español o estuvieran incluidos en los Registros de las representaciones españolas en el extranjero, lo que podían hacer en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del Decreto, mediante comparecencia ante el Encargado del Registro civil de su residencia; b) adquisición de la nacionalidad española por residencia, en base al art. 22.2º.a) Cc el cual establece el plazo de residencia de un año respecto del que "haya nacido en territorio español"; o, c) consolidación de la nacionalidad española, según lo dispuesto en el art. 18 Cc.

3. La SAP Madrid 19^a 16 mayo 2023, recurso n^o 984/2021 (Ponente: Ramón Badiola Díez) desestima el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 15 octubre 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 51 de Madrid que confirmó una Resolución de la DGRN. Concretamente, la Sentencia de instancia desestimó la demanda en su día interpuesta distinguiendo entre las dos acciones planteadas, la primera en cuanto a la pretensión del demandante del derecho a la nacionalidad de origen basado en su nacimiento en el territorio del Sáhara, siguiendo en tal cuestión el criterio del Pleno de la Sala 1^a del Tribunal Supremo en

sentencia de 21 mayo 2020, y que parte de la consideración de que a los efectos de la previsión del art. 17 Cc, el Sáhara Occidental no formaba parte de España y, por tanto, el demandante no puede solicitar la aplicación a su favor que dicho precepto más allá de la previsión que contenía el RD 2258/1976, de 10 de agosto. En segundo lugar, la sentencia se refirió a los requisitos que exige el art. 18 Cc –y que también fundamenta la pretensión que deduce el demandante–, llegando a la conclusión de que el actor no acredita la posesión de estado de nacionalidad española y su utilización continuada durante al menos diez años. Ante tales pronunciamientos se alza en apelación el demandante sosteniendo, por un lado, el error en la valoración de la prueba en cuanto a la acreditación de su posesión de estado como español a los efectos que previene el art. 18 Cc y, por otro, la infracción de los arts. 17 y 18 del mismo texto legal, ya que a dicha parte le fue reconocida con valor de simple presunción la nacionalidad española, denunciando la vulneración del art. 11 CE y el art. 15 DUDH en base a que la resolución dictada por la entidad demandada acuerda la privación de la nacionalidad que ya ostentaba el demandante.

4. Señala la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 16 mayo 2023, que las alegaciones en las que la parte apelante fundamenta su recurso deben ser desestimadas, poniendo así de manifiesto: a) que la propia recurrente ya reseña que al menos durante algo más de nueve años acredita la prueba inscrita de su nacionalidad española, pero ello no hace más que ratificar la conclusión de la sentencia de instancia en el sentido de que desde 2008 que se promueve la inscripción en el Registro Civil de Córdoba hasta el año 2014 en el que se deniega finalmente se niega por la resolución del Registro Civil Central, no transcurre el tiempo que exige el art. 18 Cc, amén de no acreditar igualmente la posesión de la condición de español durante todo el periodo; y, b) en lo que respecta a su condición de español de origen, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 29 mayo 2020, en un supuesto relativo a la adquisición de la nacionalidad española por los ciudadanos saharauis, aunque pone de manifiesto interpretaciones normativas y jurisprudenciales diversas, concluye que es preciso atenerse al contenido de la Ley 40/1975 sobre descolonización del Sáhara y el RD 2258/1976, de 10 agosto sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sáhara, estableciendo, en definitiva, un derecho de opción limitado en el tiempo sobre la consideración de que el Sáhara nunca había formado parte del territorio nacional (A. Ortega Giménez, “The Spanish nationality of the inhabitants of Western Sahara”, en *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 26, 2022, pp. 319-323).

5. La mencionada STS 29 mayo 2020, interpreta el art. 17.1º.c) del Cc, concluyendo que el Sáhara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en esta norma. En este sentido, interesan también: la SAP Madrid 11 marzo 2022, en la que se desestima un recurso de apelación contra la decisión de instancia que a desestimó la demanda, con base en la doctrina jurisprudencial fijada por la sentencia dictada por Tribunal Supremo de fecha 29 mayo 2020, que entiende aplicable al caso y concluye que no le corresponde la nacionalidad española al demandante conforme a lo establecido en los arts. 17.1º c) y d) y art. 18 Cc, al no concurrir los requisitos establecidos en la Ley y Reglamento del Registro Civil, para ello; la SAP Navarra 28 mayo 2021, que estima el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Iruña/Pamplona de 8 febrero 2021 que declaró otorgar al actor con valor de simple presunción, la nacionalidad española de origen; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 junio 2020, en la que se confirma la decisión de instancia que desestimó la pretensión del actor de inscripción de nacimiento fuera de plazo como ciudadano saharauí nacido con anterioridad al año 1975, siendo hijo de españoles al nacer, citando en apoyo de sus pretensiones las previsiones contenidas entre otros preceptos el art. 17.1º Cc; o la SAP Barcelona 11 noviembre 2019 (A. Ortega Giménez, “Nacionalidad española de las habitantes del Sahara Occidental. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 noviembre 2019”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, octubre 2020, pp. 1110-1118).

6. Finalmente, y volviendo a la Sentencia objeto de estas observaciones, es de señalar que resulta interesante el voto particular que emite el magistrado Sr. D. Miguel Ángel Lombardía del Pozo, pues discrepa de la opinión mayoritaria del tribunal expresada en la SAP Madrid 16 mayo 2023, señalando que respecto de la consideración del demandante como español de origen al haber nacido en el Sáhara español antes de 1975, debe tenerse en cuenta que una declaración de descolonización por exigencias de naturaleza política y de orden internacional, si bien puede implicar que el territorio de las colonias sea un espacio diferenciado del propiamente nacional, ello no puede significar que los habitantes de ese espacio puedan verse privados de una nacionalidad que hasta ese momento ostentaban, y que en el caso enjuiciado se determina por el nacimiento del solicitante en el Sáhara español en 1967, conclusión que se recoge en el RD 2258/1976, de 10 agosto para aquellos naturales del Sáhara que no optasen por la nacionalidad española en el plazo establecido, norma que resulta contraria al art. 11 CE, por un lado, y por otro, a los arts. 24 y 25 Cc que impiden la pérdida de la nacionalidad española fuera de los casos previstos legalmente y que conducen además a la consideración del afectado como apátrida en contradicción con la Declaración de Derechos Humanos.

Por tanto, lo expuesto debe conducir, a su juicio, a la estimación del recurso de apelación interpuesto, a la revocación de la sentencia de instancia, y a la estimación de la demanda formulada, declarando la nacionalidad española del demandante por haber nacido en España en el territorio del Sáhara Occidental en 1967, con las consecuencias y declaraciones inherentes a tal pronunciamiento.

Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ*

149. LA AUDIENCIA NACIONAL DENIEGA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR LA COLABORACIÓN DEL SOLICITANTE CON LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA MARROQUÍES DESDE EL AÑO 2010 INFORMANDO DE LOS ÁMBITOS DEL FRENTE POLISARIO (SAN 3ª 31 mayo 2023)

150. NO SE ACREDITÓ LA CONDICIÓN DE SEFARDÍ ORIGINARIO DE ESPAÑA POR LO QUE NO ES NECESARIO EXAMINAR LA ESPECIAL VINCULACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE NACIONALIDAD POR CARTA DE NATURALEZA (SAP Madrid 9ª 6 julio 2023)

Observaciones: 1. La presente resolución trae como causa un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 59 de los de Madrid de 23 enero 2023, por la que se desestima la demanda interpuesta por la parte actora contra Res-DGSJyFP denegatoria la nacionalidad por carta de naturaleza al amparo de la Ley 12/2015, de 24 de junio. En concreto, se discute si la solicitante ha justificado debidamente la genealogía de su apellido (Bernarda) con su vinculación a los judíos expulsados de España. En la especie, la DGSJyFP declara que de la documentación presentada no se infiere que la solicitante haya acreditado la genealogía sefardí de su apellido (*Bernarda*) impugnando asimismo la validez probatoria de los certificados aportados. Los argumentos de la DG son asumidos por el JPI y por la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el sentido de que “para acreditar el origen sefardí es necesario establecer una genealogía que así lo acredite, extremo éste que no se desprende de la documentación aportada. Sentado lo anterior, resulta innecesario examinar el segundo requisito (la especial vinculación con España)”.

2. A nuestro entender aquí radica el *quid* o problema de fondo. Como es sabido, la Ley 12/2015 reconoce un derecho subjetivo a ser español si el interesado prueba su condición de sefardí originario de España. Para ello establece los criterios de determinación y un procedimiento singular que permite al Estado “controlar” quiénes son sefardíes especialmente vinculados con España a los efectos de la concesión de la nacionalidad española por Carta de Naturaleza

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante).

(Instrucción DGSJyFP de 29 septiembre 2015). En este sentido, la condición de sefardí deviene en el presupuesto subjetivo de la norma siempre que se pruebe tener la condición de sefardí originario de España y estar vinculado con España. Los medios de prueba consisten en una panoplia de certificaciones que permiten valorar en su conjunto estas dos condiciones. Ahora bien, la Ley 12/2015 no exige aportar una genealogía familiar que vincule al solicitante con el linaje sefardí originario de España. Antes bien, se trata de un documento más de entre los que permiten valorar la condición de sefardí originario de España y, en concreto, la pertenencia de sus apellidos con el linaje sefardí de origen español. En este sentido, conviene citar la SAP Madrid Sección 10^a de 04/10/2023 (ECLI:ES:APM:2023:13178) revocatoria de la Resolución DGSJyFP 15 abril 2021 en un supuesto idéntico al presente, excepción hecha del apellido en cuestión (*Zulima*). La DGSJyFP, en su resolución denegatoria, pone en cuestión la idoneidad de los certificados aportados por la solicitante para demostrar su condición de sefardí originario de España. Es decir, el linaje de su apellido (*Bernarda*). La sección 9^a de la AP Madrid hace suyos los argumentos de la sentencia del juzgador de instancia que, a su vez, recoge lo señalado por la DG.

3. Pueden resumirse así (FJ2): (1) sobre el Informe emitido por el *Centro de Documentación y Estudio Moisés de León* respecto del apellido (*Bernarda*) afirma, por una parte, que dicho Centro carece de competencia al no estar incluido entre los indicados en el art 1.2 de la Ley 12/2015 y, por otra parte, que no se cumple el requisito de motivación art. 1.2 ap. f) dado que el apellido (*Bernarda*) se ha usado históricamente por judías sefardíes “pero sin vincular genealógicamente a la interesada con los judíos sefardíes expulsados” (FJ 2); (2) sobre los certificados expedidos por el Presidente de la *Jewish Federation of Mexico* y por el Rabino D. Florian de la Federación Judía de Nuevo México, aunque en principio pudieran ser válidos, *no resultan aplicables toda vez que dicha autoridad rabínica no ejerce su jurisdicción en la ciudad de residencia habitual de la solicitante ni tampoco es el Rabino su ciudad natal* (la solicitante nació y reside en Colombia) y por ende no se cumple el requisito del art. 2 b) y c) de la Ley); (3) en relación con el certificado expedido por la *Comunidad Shomer Yisrael-Guardián de Israel*, aunque sí radica en el país de nacimiento de la solicitante (Colombia), se niega su validez por no ser entidad avalada por la Federación de Comunidades Judías de España (en los términos establecidos en las letras b) y c) del art. 2 de la Ley); (4) un último apunte sobre el valor del Acta de Notoriedad. La recurrente sostenía que la resolución de la Dirección General quebranta la autoridad que la Ley 12/2015 concede al Notario en la valoración documental. Este argumento es rechazado por la Sala pues, en efecto, la intervención de Notario español en el procedimiento, aunque relevante, es meramente instrumental sin que su juicio de notoriedad vincule al Centro Directivo. Y es que en el sistema (temporal) previsto en la Ley 12/2015, la resolución de la DGSJyFP es el acto que pon fin a este procedimiento (ya no es un real decreto del Consejo de Ministros).

4. A modo de conclusión, y teniendo en cuenta la posterior SAP M sección 10^a, de 04/10/2023, resulta pertinente, en aras de la seguridad jurídica, la necesaria superación de la contradicción de los criterios de valoración de los certificados expedidos por rabinos de comunidades judías situadas en lugares distintos de la ciudad natal o zona de residencia del solicitante (inadmitido por la sección 9^a y admitido por la sección 10^a) y la aclaración del alcance del Informe de la letra f) del art. 1.2º Ley 12/2015 en el sentido indicado por la sección 10^a dado que la Ley no exige aportar una genealogía familiar que vincule al solicitante con el linaje sefardí originario de España. La seguridad jurídica lo demanda. Estamos seguros de que la DGSJyFP ya ha debido tomar nota.

Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (UNED). Esta Nota-comentario se ha realizado en el marco del Proyecto PID2020-114611RB-100-Ministerio de Ciencia e Innovación: *Protección del menor en las crisis familiares internacionales. Análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea*. IP,S: Mónica Guzmán Zapater y Mónica Herranz Ballesteros (UNED)

OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES

151. LA CLÁUSULA DE CONTRACTUAL DE SUMISIÓN AL DERECHO ALEMÁN NO PUEDE PREVALEZER SOBRE LAS NORMAS DE CONFLICTO ESTABLECIDAS EN NORMATIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA QUE SON IMPERATIVAS (SAP Madrid 21^a 1 diciembre 2022)

Observaciones: 1. La parte actora interpuso demanda contra Allianz Versicherungs AG, en su calidad de aseguradora de Alamedics GmbH AG, reclamando el pago de una importante cantidad de dinero en concepto de indemnización por la ceguera total irreversible bilateral derivada del empleo en las intervenciones quirúrgicas de desprendimiento de retina de ambos ojos a las que fue sometido el demandante en el Hospital Reina Sofía de Córdoba en el año 2015 de un producto sanitario de la marca Ala Octa, fabricado por la compañía asegurada por Allianz, que era defectuoso y que fue retirado por la Agencia Española de Medicamentos tras la alerta sanitaria de 26 junio 2015. Allianz considera que la reclamación no se sostiene: a su entender, de acuerdo con la cláusula 32 de las Condiciones Generales del contrato de seguro firmado con Alamedics, el Derecho aplicable es el Derecho alemán y esta normativa no admite el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora en el ámbito de un seguro voluntario de responsabilidad civil como es el caso. No piensan así el juez de instancia ni la AP, que rechazan que el perjudicado carezca de acción directa contra la aseguradora: se amparan en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que les conduce a la aplicación de la ley española y, con ello, a un art. 76 LCS que permite al perjudicado ejercitar la acción directa contra la aseguradora del responsable.

2. La AP de Madrid considera que, en aplicación del Reglamento Roma II, la ley aplicable es la ley española. Al respecto, dos comentarios.

A.- Si bien estamos de acuerdo en la ley española como *lex causae*, resulta un poco confuso, a nuestro entender, el camino que lleva a la AP hasta el Derecho español. Se apoya para ello, en primer lugar, en el art. 4.1º Roma II (FD 3º), cuando dice que “en particular, es aplicable” este precepto, lo que le conduce, como supuesto de obligaciones extracontractuales en caso lesiones personales y en ausencia de elección expresa o tácita de ley (art. 14 Roma II, regulando una autonomía de la voluntad que también juega en el ámbito de la responsabilidad por productos), a la ley española como lugar donde se ha producido la lesión como daño directo. Pero seguidamente introduce el art. 5 Roma II, que es el artículo que regula específicamente la ley aplicable a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, en los términos de “por su parte, establece el art. 5.1º (...), lo que también lleva a concluir que la ley aplicable es la española” (FD 3º). No estamos seguros de que la AP tenga clara las relaciones entre el art. 4 y 5 Roma II, que parece mezclar (más precisa, en cambio y *v.gr.*, SAP Madrid 10 diciembre 2019). Como regla general, el art. 4 Roma II sólo se aplica subsidiariamente, esto es, en ausencia de regla especial. Y no es éste el caso en tanto que aquí existe una regla especial relativa a la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos como es el art. 5 Roma II. Que en el caso que nos ocupa conduzca asimismo a la ley española, como ley del país en el cual coinciden la residencia habitual de la persona perjudicada y el lugar de comercialización del producto (art. 5.1º.a Roma II), no es razón para no respetar con mayor claridad el juego jerárquico de las normas de conflicto de Roma II. Cuando el legislador ofrece una regla especial, lo hace por la inconveniencia que puede generar la proyección de las conexiones de la regla general sobre una materia concreta, como sucede con el criterio del lugar de comisión del ilícito propio de la regla general del art. 4 Roma II respecto del ámbito de la responsabilidad por productos en tanto que pueden conducir a ordenamientos poco ajustados. Primero, porque puede reclamar la aplicación de una ley cuya conexión con el caso sea marginal (*v.gr.*, español residente en Madrid que sufre un daño en el curso de un viaje al extranjero por un producto fabricado en España); y, segundo, por las dificultades de concreción del *locus* (*v.gr.*, medicamento que toma la víctima en el curso de un viaje por varios Estados). Las conexiones del art. 5 Roma II atienden precisamente a la particularidad de la responsabilidad por productos, combinando distintas conexiones para

garantizar el equilibrio entre los intereses del responsable del daño (previsibilidad) y aquéllos de la víctima (expectativas). De ahí que haber llegado en el caso a la ley española vía art. 5 Roma II proporcione más seguridad que haberlo hecho también vía art. 4 Roma II. Con todo, la regla especial no elimina por completo el juego de la regla general: el art. 5 Roma II se comporta como una excepción sólo al *locus damni* del art. 4.1º Roma II, no a la posible aplicación preferente vía art. 4.2º Roma II de la residencia habitual común de las partes (el art. 5 Roma II habla de "sin perjuicio del art. 4.2º..."), que no es el caso en el supuesto comentado, donde no coincide la residencia de la víctima con la del responsable del daño, operando siempre, como conexión de cierre, la ley más estrechamente vinculada, tampoco aquí relevante.

B.- Dicho esto, no puede desconocerse que en el ordenamiento jurídico español y en el ámbito de la responsabilidad por productos, convive el Reglamento Roma II con el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, que nos vincula desde 1989. De acuerdo con el art. 28.1 Roma II, como Convenio anterior a la adopción del Reglamento que es (de ser posterior, el régimen preferencial varía, trasladada la competencia para negociar futuros Convenios desde los Estados soberanos al legislador europeo), concluido con terceros Estados (Noruega, Serbia, Montenegro...; los concluidos sólo entre Estados miembros dejan de aplicarse: art. 28.2 Roma II) y continente de normas de conflicto en el ámbito extracontractual, su aplicación es preferente. La AP de Madrid, sin embargo, no hace mención alguna a este Convenio a la hora de decidir la ley aplicable cuando en realidad sus normas desplazan, no sólo al régimen general del art. 10.9º Cc, también al art. 5 Roma II (tampoco parece ver esta preferencia la SAP de Salamanca de 21/6/2021, *v.gr.*, en un caso que también implica a Alamedics y Allianz): un supuesto de responsabilidad de fabricante de un producto acabado no es un caso excluido de su ámbito material (sí lo sería la relación directa entre el adquirente de un producto y la persona responsable que le transfiere ese producto, como la víctima de un producto farmacéutico respecto de la farmacia donde lo adquirió, *v.gr.*, que no es el caso). Otra cosa es que posiblemente a partir de las reglas del CH 1973 también se hubiese llegado a la aplicación de la ley española: tal vez no por el art. 5 CH 1973, de no coincidir la residencia habitual de la persona directamente perjudicada ni con el Estado donde se ubica el establecimiento principal del presunto responsable ni con el Estado donde la víctima adquirió el producto, si no, e inoperante la cláusula de comercialización del art. 7 CH 1973, por su art. 4 CH 1973, al coincidir el Estado en cuyo territorio se haya producido el daño con aquél de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada. Aun cuando la simplicidad de las reglas del art. 5 Roma II a la hora de la determinación de la ley aplicable, de aplicación más sencilla frente a la mayor complejidad de las propuestas por el CH 1973, establece el art. 28.1º Roma II la aplicación preferente del CH 1973 y así debería haberlo considerado la AP. Otra cosa es que esta preferencia no ayude al objetivo de Roma II de unificar las soluciones en el ámbito europeo en aras a la realización del mercado interior: distintas respuestas de ley aplicable a la responsabilidad por productos dadas las distintas fuentes y el hecho de que no todos los Estados miembros son parte del CH 1973 (sí Francia o Países Bajos, *v.gr.*, y no muchos otros). El respeto a los compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros, base de la aplicación de estos Convenios anteriores, no debería ser vía para un posible *forum shopping*, de menor recorrido de haber firmado todos los Estados miembros el CH 1973: de ahí las propuestas de inversión de la regla de compatibilidad o, de manera más radical, las recomendaciones de denuncia de este tipo de Convenios (posibilidad ya contemplada en el art. 29.2º Roma II), de convivencia menos traumática en casos como el CH 1973, dada la mayor comunidad de sus reglas con las propias del art. 5 Roma II, y sí más extrema en otros como, *v.gr.*, el CH 1971 sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, cuyas especialísimas respuestas poco tienen que ver con las reglas generales aplicables vía Roma II.

3. Si hemos comentado la cuestión de la ley aplicable a la relación entre el asegurador y el perjudicado es porque resulta relevante cara al tratamiento de la acción directa. Nada dice el CH 1973, pero sí el Reglamento Roma II, cuyo art. 18, siguiendo el modelo del art. 9 CH 1971 sobre ley aplicable a accidentes de circulación, permite al perjudicado ampararse para el ejercicio de la acción directa en la ley reguladora del contrato de seguro o en la ley aplicable a la responsabilidad

no contractual. Tal como entiende la AP (FD 3º), no tiene razón la aseguradora, por tanto, cuando invoca la ley alemana como *lex contractus*, que no admite la acción directa, frente a un perjudicado que recurre a la ley española como ley reguladora de la responsabilidad no contractual como una de las alternativas que le ofrece el art. 18 Roma II y que sí la admite (art. 76 LCS). Con independencia de las excepciones objetivas que la aseguradora pueda oponer frente al perjudicado (cláusulas definitorias del riesgo asegurado, cobertura del seguro...), no sólo no es oponible el pacto a terceros, tampoco participó la víctima del daño en la elaboración de una cláusula de elección de ley en tanto que pactada exclusivamente entre asegurador y asegurado: la cláusula 32 del contrato de seguro no se encuentra dentro de las cláusulas que delimitan del riesgo asegurado, encargándose exclusivamente de determinar la ley aplicable a la relación entre Allianz y Alamedics, y no a concretar el riesgo objeto del contrato (riesgos cubiertos, cuantía, plazo de cobertura, ámbito espacial...). Por tanto, y aunque la ley del contrato debe ser tenida en cuenta para resolver ciertas cuestiones previas importantes (existencia y validez del contrato, extensión de los riesgos, cobertura...), cabe la acción directa, aunque no lo permita la *lex contractus*, cuando sí lo hace la ley aplicable a la responsabilidad no contractual (en esta línea, SAP Gipuzkoa 1 septiembre 2009; SAP Madrid 10 diciembre 2019; SAP Madrid 7 mayo 2020; SAP Barcelona 23 septiembre 2020; SAP Salamanca 21 junio 2021; SAP Madrid 14 marzo 2022; ATS 27 abril 2022...); también, aunque en materia de accidentes aéreos, ap. 42 a 44 de la STJUE 9 septiembre 2015, *Prüller-Frey*, invocando la ley española como ley del daño por un accidente ocurrido en Cádiz, aunque la ley alemana aplicable al contrato de seguro no admitía la acción directa: “la ley aplicable al contrato de seguro de que se trata no puede obstaculizar que se ejercite una acción directa, en su caso, sobre la base de la ley aplicable a la obligación extracontractual”). Está claro que el art. 18 Roma II se inclina a favor de la víctima del daño: le permite optar por la ley que resulte más favorable a sus intereses en función no solo de la posibilidad de admisión de la acción directa, también de su régimen y condiciones para su ejercicio, como plazos de prescripción o caducidad, legitimación o excepciones oponibles por el asegurador. La posición del asegurador es más delicada. No porque el art. 18 Roma II vincule la posibilidad de la acción directa a la ley reguladora del contrato de seguro, lo que no plantea problemas de seguridad jurídica: la aseguradora debe conocer la ley reguladora del contrato que ha suscrito, esto es, si contempla la eventualidad de una acción directa del perjudicado contra la compañía de seguros, como sucede en el caso con Allianz, donde la ley alemana no lo hace. Sí, en cambio, cuando el art. 18 Roma II vincula la acción directa a lo dispuesto en la ley reguladora de la responsabilidad no contractual. Menos problema cuando esta ley se determina por el art. 4 Roma II, aplicable en defecto de pacto, como es el caso que nos ocupa: aunque la acción directa está llamada a fortalecer la posición del perjudicado y su derecho a la indemnización, la identificación objetiva de la ley aplicable a la responsabilidad no contractual no pone en riesgo la seguridad jurídica para aseguradora. O, lo que es lo mismo, Allianz puede prever razonablemente que su posición como aseguradora de una compañía como Alamedics que actúa con terceros (la víctima) se vea alterada por la aplicación a ciertos aspectos de esta relación de la ley (española) reguladora del daño asegurado por Allianz e infringido por la asegurada a ese tercero. Cosa distinta sería, aunque no es el caso de la resolución comentada, que la ley reguladora de la responsabilidad no contractual viniese determinada a través del art. 14 Roma II, regulador del ejercicio de la autonomía de la voluntad de responsable del daño y víctima, en tanto que permite someter la acción directa a una *optio legis* ajena totalmente a la voluntad del asegurador y, con ello, a la aplicación de un ordenamiento jurídico claramente imprevisible. De estar en esta situación, el riesgo a la seguridad jurídica que esta libertad conflictual representa justificaría la extensión a la figura del asegurador de la cláusula de salvaguardia del art. 14.1º *in fine* Roma II, que condiciona la elección de ley por responsable del daño y víctima a la ausencia de perjuicio a “los derechos de terceros”. Esta disposición permitirá al asegurador, como tercero, ampararse en la ley objetivamente aplicable a la responsabilidad no contractual (art. 4 Roma II) en aquellos casos en los que la ley elegida ex ante o *ex post* al hecho generador del daño por voluntad de responsable del daño y víctima (art.

14 Roma II) contemple la acción directa y no lo haga la ley objetivamente aplicable; o cuando la ley elegida establezca un límite mayor de responsabilidad que el determinado por la ley objetivamente aplicable, asumiendo el asegurador la indemnización en el límite establecido por la ley objetivamente aplicable y obligando a la persona responsable del daño a hacerse cargo de la diferencia a la hora del pago de esta indemnización a la víctima. Del mismo modo, no debería impedir al asegurador favorecerse de las consecuencias más favorables que sí puede reportarle la elección de ley seleccionada por voluntad de responsable del daño y víctima, como apelar al ordenamiento jurídico elegido que no contempla la acción directa o que determine un límite de responsabilidad menor que el contemplado por la ley objetivamente aplicable. Se produciría así un fraccionamiento normativo: en tanto que elección válida, las relaciones entre responsable del daño y perjudicado se someterían a la ley elegida, que excluiría de su ámbito de aplicación solo la cuestión relativa a la acción directa, mientras que la posición del tercero asegurador debería valorarse de acuerdo con la ley objetivamente aplicable a la obligación extracontractual. Y todo ello, excepto consentimiento del asegurador, en cuyo caso perdería la condición de tercero y, con ello, la posibilidad de invocar el art. 14.1º *in fine* Roma II para oponerse a la elección de ley. O, si bien complicada en la práctica dadas las dificultades de seleccionar un ordenamiento jurídico que se ajuste a las necesidades de perjudicado, responsable del daño y asegurador, eventual participación del asegurador en la elección de ley, que se produciría, dado que el art. 14 Roma II habla de "partes", de incluir en este concepto a las partes procesales y considerar como tal al asegurador en cuanto obligado solidario con el responsable del daño a pagar la indemnización debida: piénsese en la práctica de demandar conjuntamente al responsable del daño y al asegurador y en la posibilidad de celebrar un pacto de elección de ley conjunto posterior al hecho generador del daño; o, de demandar sólo a la persona del asegurador, elección de ley entre el perjudicado y el asegurador, siempre que la ley seleccionada no se empleara en perjuicio del asegurado responsable del daño.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ*

PROCESO

152. NO SE CONSIDERA ACREDITADO EN AUTOS QUE SE EFECTUASE EL EMPLAZAMIENTO DE LA COMPAÑIA DEMANDADA EN LEGAL FORMA. ASÍ, PARTIENDO DE QUE EL REGLAMENTO CE nº 1393/2007 (SAP Madrid 9ª 10 mayo 2022)

153. DADO QUE NO SE HA EFECTUADO EL EMPLAZAMIENTO CON ARREGLO A LO DISPUESTO EN EL REGLAMENTO 1393/2007, TAL INFRACCIÓN AFECTA AL DERECHO DE DEFENSA Y, EN DEFINITIVA, AL DERECHO A UN JUICIO JUSTO (SAP Madrid 28ª 15 julio 2022)

154. EN APLICACIÓN DEL REGLAMENTO UE 2020/1784, CUANDO SE DESCONOZA LA DIRECCIÓN DE LA PERSONA A LA QUE HAYA DE NOTIFICARSE EN OTRO ESTADO MIEMBRO, ESE ESTADO MIEMBRO PROPORCIONARÁ ASISTENCIA PARA DETERMINAR LA DIRECCIÓN (SAP Navarra 3ª 14 septiembre 2023)

Observaciones: 1. La SAP Navarra 14 septiembre 2023, estima el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juez nº 5 de Tudela que decretaba el divorcio de un matrimonio, decidiendo además la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio a la madre, con régimen de visitas en fines de semana alternos con el padre, y una pensión de alimentos de 200 euros por hijo al mes a cargo del padre, además del reparto al 50% entre ambos progenitores de los gastos extraordinarios de los menores. El recurrente, demandado en la

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

primera instancia, denunció la nulidad de su emplazamiento por edictos en el procedimiento, afirmando que el demandante ocultó su domicilio en Francia. No obstante, según consta en el relato de los hechos, la demandante no lo ocultó. De hecho, aportó un elemento suficiente como para haber activado el mecanismo establecido en el art. 7 del Reglamento nº 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 noviembre 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DO L 405 de 2.12.2020) -en adelante Regl. 2020/1784-.

2. Para la AP es evidente que cuando entra en juego un componente extranjero la práctica de la notificación hay que hacerla de conformidad con lo establecido en dicho Reglamento europeo, dado que ya se encontraba en vigor cuando los primeros intentos de emplazamiento del demandado dieron resultado negativo (la diligencia del Juzgado de Paz de Corella es septiembre 2022 y la decisión del Juzgado de Primera Instancia de averiguación de domicilio es octubre 2022). La entrada en vigor del Reglamento data de 1 julio 2022. Afirma la AP que, según el art. 1.2º Regl. 2020/1784, el Reglamento no se aplica cuando la dirección de la persona a la que haya de notificarse el documento sea desconocida, con excepción de lo establecido en el art. 7. Dicho precepto incorpora una regulación novedosa al instaurar la obligación de asistencia que existe entre los Estados miembros para la determinación de la dirección. A tal fin, dicha asistencia puede consistir en: a) designar a autoridades a las que los organismos transmisores puedan dirigir solicitudes para determinar la dirección de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento; b) permitir que personas de otros Estados miembros presenten solicitudes de información, incluso por vía electrónica, sobre direcciones de las personas a las que haya de notificarse o trasladarse el documento, bien directamente a registros con información domiciliaria, bien a otras bases de datos de consulta pública mediante un formulario normalizado disponible en el Portal Europeo de e-Justicia; o c) proporcionar información detallada, a través del Portal Europeo de e-Justicia, sobre cómo encontrar las direcciones de las personas a las que haya de notificarse o trasladarse el documento. Es decir, para la AP el Tribunal a quo debería, antes de haber emplazado al demandado por edictos, haber solicitado dicha asistencia a las autoridades francesas.

3. Para reafirmar su postura la AP argumenta que: "No salva la cuestión, finalmente, el hecho de que el juzgado de instancia remitiese un correo electrónico al demandado (a la vez que lo emplazaba por edictos). Por un lado, porque no consta certidumbre ni del contenido del correo ni de su eventual recepción por el destinatario. Y, por otro lado, en cualquier caso, porque el Tribunal Constitucional viene affirmando con reiteración (entre otras, SSTC 109/22; 120/22; 6/2019; 47/2019; 40/2019) que no cabe efectuar el primer emplazamiento en el proceso civil a través de una comunicación electrónica". La AP en su razonamiento no tiene en cuenta que el propio art. 19 Regl. 2020/1784 no solo no admite la notificación por correo electrónico, siempre que se observen determinados requisitos, sino que, incluso, permite que la notificación del inicio del proceso se haga a través de dicho medio (N. Marchal Escalona, "La notificación electrónica en el Espacio Judicial Europeo. Retos y problemas", *CDT*, vol. 15, nº 2, 2023, pp. 736-766). En particular, el legislador europeo supedita el empleo de esta vía de comunicación al cumplimiento de una serie de requisitos, a saber: a) que se trate de un medio electrónico que, conforme al Derecho del Estado del foro, esté disponible para la notificación de documentos a nivel nacional); b) que sea remitida a la dirección del destinatario del documento, y c) que el destinatario haya prestado su consentimiento expreso.

4. La regularidad y validez de toda notificación electrónica requiere en el espacio judicial europeo del consentimiento del demandado. Dicho consentimiento, a tenor de lo establecido en el art. 19 Regl. 2020/1784, puede ser prestado de dos modos distintos, bien de forma general para notificar o trasladar documentos en el transcurso de los diferentes procedimientos judiciales que pueden llegar a existir [art. 19.1 a)^º], en cuyo caso se exigen que los documentos se envíen y se reciban por medios electrónicos mediante servidores cualificados de entrega electrónica certificada en el sentido de lo dispuesto en el Reglamento e-IDAS, o bien puede

prestarse respecto de un procedimiento en concreto sin utilizar servicios cualificados de entrega electrónica certificada en el sentido de dicho Reglamento. En tal caso, se exige la prueba de la recepción efectiva del documento por parte del destinatario. A tal fin, el destinatario debe confirmar la recepción del documento firmando y enviando a vuelta de correo un acuse de recibo o enviando a vuelta de correo un correo electrónico a partir de la dirección de correo electrónico proporcionada por el destinatario para la notificación o el traslado. El acuse de recibo también puede firmarse electrónicamente (considerando 33 Regl. 2020/1784). Se da cobertura así a las diferentes prácticas existentes entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea [F. Esteba de la Rosa, "Obligaciones, derechos y garantías frente a las brechas digitales en la vertebración de la justicia en línea", en *Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar* (J.F. Rodríguez Ayuso, coord.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 447–448]. Aunque la regulación de esta vía de notificación sea loable, porque reduce costes en la tramitación del proceso, ello no impide que sea criticable. El legislador debería haber concretado las garantías que han de acompañar la prestación del consentimiento, a fin de asegurar que este fuera fruto de una decisión informada y advertida.

En este caso no nos costa si hubo –o no– dicho consentimiento. Además, para que la notificación por correo electrónico fuera válida, la AP debería –de haberse dado el caso– haber comprobado si esta modalidad de notificación es admitida –o no– en Francia. Según la declaración emitida por el Gobierno francés, la notificación por medios electrónicos es admitida, siempre que se garantice la correcta identificación, la integridad de los documentos transmitidos, la seguridad y confidencialidad de los intercambios y, además, pueda determinarse con certeza la fecha de envío y la fecha de recepción por el destinatario. (Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?FRANCE&member=1).

5. Con todo, aunque se cumplieran todos los requisitos estipulados en el Reglamento quedaría por analizar la compatibilidad de este medio de notificación con las más elementales exigencias de Justicia. Según el Tribunal de Derecho Humanos, la notificación electrónica es compatible con los derechos fundamentales, como así evidenció en la Sentencia dictada el 16 febrero 2021 en el asunto *Stichting Landgoed Steenbergen y otros vs. Países Bajos* (Demand nº 19732/17). No obstante, a nuestro juicio, notificar el inicio del proceso a través de la vía electrónica conculta el derecho a una tutela judicial efectiva. Consideramos que el legislador europeo se precipitó al contemplar esta vía de notificación. No valoró de forma reflexiva y pausada lo que significaba admitir la transmisión del escrito que inicia el proceso a través de este medio.

Nuria MARCHAL ESCALONA *

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

155. LA DEMANDADA ES INFRACTORA DE LAS MARCAS UE DE LA ACTORA, PUES LOS PRODUCTOS QUE INCORPORABAN SIGNOS IDÉNTICOS A DICHAS MARCAS TENÍAN COMO DESTINO VALENCIA Y NO ARGELIA (S Trib. Marcas UE Alicante 31 octubre 2022)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada (nmarchal@ugr.es). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i "(RE)JURPAT" PID2019-106496RB-I00.

**RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE
DECISIONES EXTRANJERAS**

156. NO CABE DENEGAR LA ADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL PLANTEADOS CONTRA UNA RESOLUCIÓN DE LA AUDIENCIA QUE CONFIRMO UN EXECUÁTUR (ATS Civ 1^a 8 junio 2022)

157. SE APRECIA LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA MATERIAL, PUES YA EXISTE UNA SENTENCIA CUBANA CUYO OBJETO ES IDÉNTICO (ART. 222 LEC) (SAP Valencia 10^a 13 julio 2022)

158. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA MATERIAL FRENTE A UN NUEVO PROCESO INICIADO EN ESPAÑA [SAP Valencia 10^a, de 13 julio de 2022].

Observaciones: 1. Se presenta recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia contra la Sentencia de 29 julio 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.^o 24 de esta localidad, por la que se estimó una demanda formulada contra el apelante en la que se acordaron un conjunto de medidas sobre responsabilidad parental y alimentos respecto de su hija menor. Los motivos en los que el recurrente sustentó el recurso de apelación fueron los siguientes: rebeldía involuntaria; excepción de inadecuación del procedimiento; excepción de cosa juzgada y error en la valoración de la prueba.

2. En el presente recurso la Audiencia Provincial de Valencia consideró que la existencia de una previa resolución judicial extranjera que se pronuncia sobre alguna de las medidas solicitadas en el proceso recurrido “provoca una cuestión de índole procesal que necesariamente ha de resolverse con carácter previo”, dado que entre los documentos acompañados al mismo se encuentra una Sentencia dictada el 13 diciembre 2012 por la Sección de Familia del Tribunal Municipal Popular de Centro Habana, Cuba en proceso sumario de alimentos promovido por la madre de la menor, por el que se condena al apelante al pago de una pensión alimenticia a favor de su hija.

La Audiencia Provincial expresa en el fundamento jurídico segundo, último párrafo, que, con arreglo a lo dispuesto en la LCJIMC y “respecto de la resolución a dictar en el presente procedimiento concurriría, en su caso, la excepción de cosa juzgada material, pues ya existe una sentencia cuyo objeto es idéntico (art. 222 LEC)”, motivo este por el que las partes deberán acudir al reconocimiento de dicha sentencia tanto si se pretende el mantenimiento de las medidas allí establecidas a efectos de su ejecución, como si lo que se persigue es su modificación.

Sin entrar en el examen de lo que constituye el objeto del procedimiento, la Audiencia Provincial procedió a estimar el recurso interpuesto, con la consiguiente revocación de la resolución dictada en primera instancia, dejando abierta la posibilidad a las partes de acudir al procedimiento de execuártur a efectos de solicitar, en su caso, la modificación de medidas establecidas en la sentencia cubana. Es decir, deja sin efecto alguna la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia, tras considerar que existe una necesidad ineludible de proceder al execuártur previo de la resolución cubana de alimentos en orden a una eventual solicitud su modificación.

3. Varios son los aspectos que caben precisar del fallo objeto de análisis. Para empezar, la Audiencia Provincial no ha hecho más que ratificar un comportamiento que se ha venido advirtiendo en buena parte nuestra jurisprudencia cuando, erróneamente, entiende que no se puede plantear un nuevo procedimiento en España, de existir una sentencia extranjera con el mismo objeto, hasta que un tribunal español se pronuncie sobre el reconocimiento o no de la decisión en cuestión (AAP Madrid 30 noviembre 2005, modificación de sentencia ecuatoriana).

Este silogismo es, de primeras, inexacto, pues, aunque es cierto que sin el previo reconocimiento de la decisión extranjera no concurre la excepción de cosa juzgada, las partes, si así lo prefieren, podrán ignorar la existencia de la sentencia extranjera y la optar por plantear *ex*

novo un proceso declarativo sobre el mismo objeto ante nuestras autoridades. Esto es precisamente lo que ocurrió en el proceso seguido en primera instancia ahora cuestionado. Otra lectura pondría en entredicho la tutela judicial efectiva y transformaría en obligatorio algo que no lo es (el reconocimiento previo de la decisión extranjera).

Sobre la excepción de cosa juzgada hay que tener presente que esta podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en el marco de un procedimiento, aunque lo que comúnmente suele ocurrir es que sea la parte demandada la que invoque dicha excepción ex art. 416.1.2º LEC. En el presente recurso no se aporta ninguna información al respecto, pero según se desprende del fundamento jurídico primero, al ahora apelante, entonces demandado, se le tuvo por no comparecido en las actuaciones, motivo por el que fue declarado en rebeldía procesal. Esta declaración obviamente impidió que el demandado esgrimiera la cosa juzgada en su momento procesal oportuno.

En relación con la rebeldía procesal es importante destacar que, con independencia de que el demandado rebelde esté legitimado para recurrir la resolución definitiva que le sea perjudicial (art. 500 LEC), este no podrá sin embargo plantear la apelación como si de una contestación a la demanda se tratara, dado que en la segunda instancia no se pueden esgrimir excepciones ni otras cuestiones que no fueron ni alegadas ni debatidas en la primera instancia (SAP Barcelona 26 febrero 2016). Tampoco el apelante podrá proponer pruebas en segunda instancia, a menos que la rebeldía lo sea por causas que no le sean imputables (art. 460.3º LCE).

Estas razones nos llevan a considerar la repercusión que pudo haber tenido en el fallo que el tribunal *ad quem* no entrara a valorar los motivos de apelación esgrimidos por el recurrente, y procediera sin más a dejar sin efecto la resolución dictada por el tribunal *ad quo* en base a un fundamento que no es imperativo: la necesidad de reconocer con carácter previo la decisión extranjera.

Nótese, además, que la Audiencia Provincial pasó por alto que la sentencia cubana solo se pronunciaba sobre una de las cuestiones contenidas en la sentencia objeto de recurso: los alimentos, lo que, desde la visión que defiende (exigencia previa de execuártur), solo podía afectar parcialmente a la sentencia recurrida, ya que esta sentencia también se pronunció sobre la atribución compartida de la patria potestad, la atribución de la guarda y custodia a la madre y la suspensión del régimen de visitas con el padre. El interés que esta precisión presenta en orden a la postura defendida por el tribunal de segunda instancia, es que dichos pronunciamientos no se verían afectados por la intervención de la cosa juzgada, pues de prosperar el reconocimiento de la sentencia cubana, esta excepción solo operaría respecto del pronunciamiento en materia de alimentos contenido en la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia de Valencia.

En segundo lugar, yerra igualmente la Audiencia Provincial cuando, al dejar abierta a las partes la posibilidad de atribuir el efecto de cosa juzgada a la decisión cubana de alimentos para su posterior modificación, invoca el procedimiento de execuártur como única vía posible para conseguir este efecto (SAP Barcelona 18 enero 2012 sobre modificación de sentencia boliviana sin execuártur).

Tal deflación resulta cuanto menos paradójica, toda vez que, en el fundamento jurídico segundo, párrafo cuarto, el propio tribunal identifica como aplicable el régimen de reconocimiento previsto en la LCJIMC, lo que resulta adecuado, ya que al no existir entre España y Cuba ningún convenio bilateral ni multilateral en materia de alimentos, el régimen aplicable es, en efecto, el previsto en los arts. 44–49 LCJIMC. Sin embargo, el tribunal no tuvo en cuenta en su fallo que esta ley establece en su art. 45.1º que una resolución extranjera podrá ser modificada por los órganos jurisdiccionales españoles siempre que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por la vía principal o incidental. Por consiguiente, en el hipotético caso de que alguna de las partes plantee la modificación de la medida de alimentos establecida en la decisión cubana en base a un cambio de circunstancias –tal y como ha sugerido el tribunal en su fallo–, el reconocimiento previo de la decisión de alimentos no precisa per se acudir al execuártur, en la medida que el actor podrá optar por el reconocimiento incidental o por el execuártur, según

estime conveniente. Si el reconocimiento a título incidental o principal de la decisión cubana fracasara, también lo hará la demanda de modificación, lo que abrirá asimismo la alternativa de plantear nueva demanda sobre el mismo objeto ante los órganos jurisdiccionales españoles.

El reconocimiento a título incidental es sin duda la vía más rápida y efectiva para alcanzar el efecto de cosa juzgada de la sentencia cubana, si bien este reconocimiento no tendrá un alcance más allá del proceso donde se ha planteado, del mismo modo que tampoco impedirá que las partes planteen una acción de (no) reconocimiento a título principal para demostrar que la sentencia cubana no cumple alguno de los requisitos exigidos en el art. 46 LCJIMC, o lo contrario (reconocimiento positivo), casos estos últimos en los que siempre se exigirá el recurrir al ejecuáтур. Al igual que el ejecuáтур, el reconocimiento incidental precisa comprobar por parte de la autoridad requerida si concurre o no alguna de las causas de denegación del reconocimiento previstas en la LCJIMC.

Como cuestión de cierre, conviene referir que la modificación de la resolución cubana de alimentos quedará en cualquier caso sujeta a que la autoridad española disponga de competencia judicial internacional en la materia (STC 61/2000, de 13 de septiembre). Esta competencia quedará determinada por las reglas previstas por el Reglamento de Bruselas 4/2001, toda vez que su entrada en funcionamiento ha desplazado las normas de competencia previstas por la LOPJ. El art. 3 del referido Reglamento establece en sus distintos apartados foros alternativos en los que la autoridad española podría sustentar su competencia, a saber, el foro de la residencia habitual del demandado [art. 3, inciso a)] o del acreedor [art. 3, inciso b)] o, en su caso, el foro de accesoria de una demanda de principal de responsabilidad parental [art. 3, inciso d)].

4. Como se observa, la actuación de la Audiencia Provincial en la resolución de este asunto ha puesto de relieve la falta de entendimiento que todavía late acerca de cómo interviene la excepción de cosa juzgada frente al nuevo procedimiento abierto en España, cuando este quede afectado total o parcialmente por una sentencia extranjera. Por ello, es preciso comprender que, con independencia de que el efecto de cosa juzgada requiera el previo reconocimiento de la sentencia extranjera, dicho reconocimiento no implica necesariamente acudir al ejecuáтур, pudiendo las partes decidir si la modificación de la sentencia extranjera tendrá lugar a través de un reconocimiento incidental o principal, así como tampoco constituye una exigencia imperativa capaz de impedir que las partes opten por plantear un nuevo procedimiento ante nuestros tribunales sobre el mismo objeto al margen del reconocimiento.

Gisela MORENO CORDERO *

159. LA SENTENCIA DE DIVORCIO ARGELINA, DICTADA EN REBELDÍA, NO HA SIDO RECONOCIDA EN ESPAÑA, POR LO QUE CARECE DEL EFECTO DE COSA JUZGADA (SAP Valencia 10^a 12 septiembre 2022)

160. DENEGACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN DICTADA POR TRIBUNAL DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA POR HABERSE DICTADO EN REBELDÍA (SAP Huelva 2^a 9 noviembre 2022)

161. PROcede CONCEDER EL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA MARROQUÍ PUES HAY UNA CONEXIÓN RAZONABLE DE LOS LITIGANTES CON EL ESTADO QUE HA DICTADO LA SENTENCIA EN TANTO AMBOS SON NACIONALES DE DICHO ESTADO (AAP Barcelona 18^a 13 diciembre 2022)

Observaciones: 1. En España residen 794.463 ciudadanos de nacionalidad marroquí con autorización de residencia y 72.253 con certificado de registro en vigor (OPI: 30-06-2023). Los juzgados y tribunales españoles enfrentan a menudo causas matrimoniales entre nacionales marroquíes residentes en nuestro país, principalmente debido a crisis matrimoniales bien

* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

suscitadas en España o bien resueltas en Marruecos. La eficacia en España de resoluciones de divorcio procedentes de Marruecos, que deban reconocerse en España, está supeditada a la obtención del execuártur aplicando las condiciones y requisitos del art. 23 del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y Marruecos de 30 mayo 1997 y siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 29/2015 de 30 de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJI).

2. No siempre los juzgados y tribunales españoles aplican correctamente este Convenio bilateral ni encajan adecuadamente su relación con la Ley 29/2015. Ejemplo de lo anterior son los tres autos objeto de esta nota-comentario. En el Auto 13 diciembre 2022, la Audiencia Provincial de Barcelona aplica correctamente el Convenio controlando, y citando, los requisitos de fondo y condiciones para autorizar el execuártur (art. 23). En el Auto 16 enero 2023, la Audiencia Provincial de Cádiz verifica correctamente las condiciones del execuártur de acuerdo con el Convenio acotando su eficacia al matrimonio celebrado en Marruecos y no al celebrado entre los mismos cónyuges un día antes en España (evidentemente). En el Auto 1 marzo 2023, la Audiencia Provincial de Valencia entiende inaplicable el Convenio y deniega el execuártur invocando indebidamente los motivos del art. 46 LCJI y aplicando erróneamente las reglas de competencia del art. 22 quáter de la LOPJ. Brevemente exponemos cada caso.

3. En el recurso resuelto por la AP de Barcelona (Auto de 13 diciembre 2022), la esposa había solicitado el execuártur de una sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Casablanca el 13 enero 2017. En la misma se adoptaban medidas relativas a la guarda del hijo, alimentos, gastos de custodia, de alojamiento y pensión para la esposa “durante el retiro legal” y una compensación en una sola cantidad. En la instancia, el marido se opuso al reconocimiento amparando su pretensión en el art. 45.1º Reglamento 1215/2012 y alegando como motivos para el no reconocimiento la existencia de conceptos “vagos” que no se aplican en nuestro ordenamiento jurídico, la rebeldía, impugnando su autenticidad. Del asunto conoció el JPI nº 7 de Badalona que concedió el execuártur aplicando el art. 54.5º LCJI. La Audiencia Provincial se detiene brevemente en el marco normativo de referencia rechazando, obviamente, la aplicación de los motivos de no reconocimiento del Reglamento 1215/2012 y de la LCJI ante la existencia del Convenio bilateral con Marruecos, que aplica correctamente declarando el execuártur tras la comprobación de oficio, a la luz de la documentación presentada (arts. 26 y 28), del cumplimiento de las condiciones para declarar la autoridad de cosa juzgada de la sentencia, sin que quepa excluir la competencia de los tribunales de Marruecos (art. 23) dada la nacionalidad marroquí de ambas partes, entendida como criterio de proximidad suficiente de las partes con tribunal de origen. Un encomiable ejemplo de economía procesal.

4. En el recurso resuelto por la AP de Cádiz (Auto 16 enero 2023), el esposo había solicitado el execuártur de sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Tetuán de 21 septiembre 2017. En la instancia se discutía la firmeza de la sentencia marroquí, la falta de citación a las partes y se impugnaban los documentos aportados. El JPI nº 4 de Ceuta desestimó la petición por insuficiente prueba documental de los requisitos del art. 23 del Convenio bilateral. La Audiencia reexamina la documental y declara el execuártur de la sentencia marroquí respecto del matrimonio celebrado en Marruecos. Expresamente señala que este reconocimiento no afecta al matrimonio anterior celebrado en España entre los mismos cónyuges. Aplica correctamente el art. 23 del Convenio para declarar la firmeza e irrevocabilidad de la sentencia así como la comparecencia en juicio de las partes debidamente representadas (en virtud de certificación del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Tetuán).

5. En el recurso resuelto por la AP de Valencia (Auto 1 marzo 2023), el esposo había solicitado el execuártur de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Asila de 23 junio 2021. En la instancia, la esposa se opuso por falta de firmeza de la resolución y por había sido dictada en su ausencia. El JPI nº 24 de Valencia acordó el reconocimiento de la resolución marroquí. La apelante reitera en apelación sus motivos de oposición. Sin embargo, la Audiencia se centra en la falta de competencia del tribunal marroquí “al margen de los motivos de oposición

al execuáтур, formulados por la apelante” (sic. FJ3) y deniega el execuáтур. Para ello, toma como hechos relevantes la nacionalidad del marido (española) y la residencia de las partes en España (FJ2). Varios errores se observan en la fundamentación jurídica de la AP (FJ3): (1) aplicando indebidamente el art. 23 Cc, afirma que el esposo *no podía tener nacionalidad marroquí dado que había adquirido la española en un momento anterior* (apdos. I y II, FJ3). Como es sabido, el art. 23 Cc establece los requisitos para la eficacia de la adquisición de la nacionalidad española, sin que del mismo pueda derivarse necesariamente la pérdida de la nacionalidad de origen del promotor (cuestión reservada exclusivamente a los Estados soberanos). De acuerdo con la jurisprudencia marroquí y los Decretos reales, la renuncia ante autoridad extranjera no implica automáticamente la pérdida de la nacionalidad; (2) utiliza indebidamente los motivos de no reconocimiento del art. 46 de la LCJI, ignorando la aplicación del art. 23 del Convenio (apdos. III y IV, FJ3); (3) revisa indebidamente la competencia del juez de origen aplicando el art. 22 quáter de la LOPJ e ignorando que el art. 23.1 del Convenio prescribe que la competencia del órgano jurisdiccional se hará según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada (apdo. V, FJ3).

6. En definitiva, estas tres resoluciones muestran la errática aplicación del Convenio de Cooperación con Marruecos de 30 mayo 1997 en torno al execuáтур de sentencias de divorcio marroquíes y el control de los motivos para declarar su firmeza y desplegar su eficacia de cosa juzgada en España.

Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA *

162. LA SENTENCIA DICTADA EN MARRUECOS HA DE SER RECONOCIDA POR QUE SE DAN LOS REQUISITOS PARA ELLO PERO OTRA COSA ES LA EFICACIA QUE LA MISMA PUEDA TENER, PUES EXISTE UN MATRIMONIO CIVIL CONTRAÍDO EN ENTRE LOS MISMOS ESPOSOS UN DÍA ANTES (AAP Cádiz 5^a 16 enero 2023)

163. DENEGACIÓN DEL EXECUÁTUR DE UNA DECISIÓN VENEZOLANA SOBRE PATRIA POTESTAD POR HABERSE PRONUNCIADO ESTANDO EL RECURRENTE EN SITUACIÓN DE REBELDÍA PROCESAL (AAP A Coruña 3^a 8 febrero 2023)

164. EL ART. 96.2º DE LA LEY 20/2011 CONTEMPLA UNA DOBLE VÍA PARA LA INSCRIPCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS FACULTANDO AL INTERESADO PARA A LA VÍA JUDICIAL, O ACUDIR ANTE EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL (AAP Madrid 31^a 9 febrero 2023)

165. SE DESESTIMA LA PETICIÓN DE EXECUÁTUR SOLICITADA RESPECTO DE UNA RESOLUCIÓN DICTADA POR EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE ASILA (MARRUECOS) (AAP Valencia 10^a 1 marzo 2023)

166. PROCEDE LA EJECUCIÓN DEL TÍTULO EXTRANJERO PUES LA AUDIENCIA NO PUEDE REVISAR LAS PREMISAS FÁCTICAS Y JURÍDICAS QUE LLEVARON AL TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO A EMITIR UNA SENTENCIA DE CONDENAS DE CANTIDAD (AAP Zaragoza 5^a 8 marzo 2023)

167. EVENTUAL RELEVANCIA DE DECISIONES JUDICIALES RUSAS ADOPTADAS EN EL SENO DE UN PROCEDIMIENTO PENAL SOBRE UNA CAUSA CIVIL (SAP Barcelona 19^a 28 abril 2023)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (UNED). Este comentario-Nota se ha realizado en el marco del Proyecto PID2020-114611RB-100-Ministerio de Ciencia e Innovación: *Protección del menor en las crisis familiares internacionales. Análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea.* IP,s: Mónica Guzmán Zapater y Mónica Herranz Ballesteros (UNED).

168. EFECTOS DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS RECONOCIDAS EN ESPAÑA Y LEY APPLICABLE A LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LAS PARTES DE CONFORMIDAD CON LOS 'TERMS OF BUSINESS FOR PROFESSIONALS CLIENTS' (STS CIV 1^a 8 SEPTIEMBRE 2023).

REENVÍO

169. EN VIRTUD DEL REENVÍO PREVISTO EN EL ART. 12.2º DEL CÓDIGO CIVIL LA UNIDAD LEGAL DE LA SUCESIÓN LITIGIOSA EN ESPAÑA QUEDA GARANTIZADA MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA (SAP Málaga 4^a 3 mayo 2023)

Observaciones: Una de las cuestiones más debatidas y más complejas que han suscitado las sucesiones internacionales es el célebre fenómeno conocido como el "reenvío". Pues bien, la SAP Málaga 3 mayo 2023 y la SAP Alicante 25 septiembre 2023 (*vid. infra*) aprovechan sus pronunciamientos para hacer una reflexión sobre la posibilidad de admitir el reenvío, tanto en aplicación de la normativa europea sucesoria, el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; como en aplicación de la normativa de producción interna, ex arts. 9.8º y 12.2º Cc.

En la SAP Málaga de 3 mayo 2023 se planteó la posibilidad de admitir el reenvío de primer grado en favor de la ley española, cuando existe una *professio iuris* para terminar fallando en contra del reenvío de primer grado, por la existencia de una elección de ley válida de forma tácita, reguladora de la sucesión, en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio.

Se trataba de un testador, nacido en Argelia, pero de nacionalidad canadiense y con residencia habitual en Torremolinos (Málaga), que había dictado testamento en dicha localidad el día 24 enero 2011, antes por tanto de la publicación del Reglamento 650/2012 en materia sucesoria. Sin embargo, al fallecer en Dubái (Emiratos Árabes), durante un viaje, el día 17 agosto de 2017, su sucesión debía regirse por el Reglamento sucesorio, aplicable a todas las sucesiones que se plantean en la Unión Europea cuyo fallecimiento se produzca a partir del 17 agosto de 2015 (art. 83.1º).

La sentencia de primera instancia había determinado aplicable al testamento la ley española, a través del reenvío de primer grado, en aplicación de las disposiciones transitorias del Reglamento 650/2012. Contra esa decisión se recurre en segunda instancia al considerar una errónea aplicación del Derecho sustantivo, al permitir el reenvío a la ley española para decidir sobre la controversia, teniendo en cuenta que se consideraba que había una elección de ley en favor del Derecho nacional del causante, esto es, en favor del Derecho canadiense, tal y como lo permite el art. 22 del Reglamento sucesorio.

El error más grave que se comete en primer instancia es interpretar el Reglamento sucesorio con la fundamentación del TS, en relación a los arts. 9.8º y 12.2º Cc, razonándolo del modo siguientes: "A estos efectos hay que advertir que, de acuerdo con la doctrina científica, la unidad legal de la sucesión se refiere a la sucesión litigiosa en España, por lo que, aun en el caso de que hipotéticamente hubiera inmuebles situados en el extranjero y, como dice el recurrido, el resto de la sucesión se pudiera tramitar por autoridades extranjeras que excluyeran de su conocimiento el inmueble situado en Torremolinos (España), al que se refiere el presente litigio, tal fraccionamiento no podría ser solucionado por los tribunales españoles. El presente litigio se ocupa de la sucesión ordenada en el testamento, que expresamente se refiere a los bienes y derechos sitos en España. En consecuencia, en el presente caso, en virtud del reenvío previsto en el art. 12.2º Cc, la unidad legal de la sucesión litigiosa en España queda garantizada mediante la

aplicación de la ley española, con la que además la sucesión guarda una conexión más estrecha que con la derivada de la nacionalidad del causante, dado que el mismo residía en España, donde falleció, y donde se encuentran los bienes que se han identificado del caudal hereditario".

Por tanto, en primera instancia, a pesar de encuadrar la sucesión internacional en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio, de forma correcta, se acaba aplicando la solución del TS que solo vale para la interpretación del reenvío de primer grado conforme a los arts. 9.8º Cc y art. 12.2º Cc, es decir, para su regulación por las normas de producción interna; pero no es aplicable para la interpretación de las normas de conflicto europeas sucesorias, dado que los principios jurídicos en los que se basan son distintos.

Este razonamiento realizado en primera instancia está literalmente copiado de la sentencia del TS 520/2019, de 8 octubre, que su vez recoge textualmente los pronunciamientos de la STS 18/2019, de 15 enero, dado que se trataba de supuestos de hecho muy semejantes.

En estas Sentencias del TS se plantea la posibilidad de admitir el reenvío de primer grado conforme a los arts. 9.8º Cc y art. 12.2º Cc a dos sucesiones a las que no les era aplicable el Reglamento sucesorio, ni tan siquiera eran aplicables al caso las disposiciones transitorias del Reglamento 650/2012 que, de una parte, admiten la validez de elecciones de ley aplicable realizadas antes de la aplicación del Reglamento (art. 83.2º) y, de otra, establecen que si una disposición *mortis causa*" se realiza antes del 17 agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el Reglamento se considera que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión (art. 83.4). Para la aplicación de estas transitorias es preciso que el fallecimiento tenga lugar después del 17 agosto de 2015 (art. 84). Es decir, la elección de ley (y la disposición válida conforme a la ley que podía haber elegido) hechas por el causante antes del 17 agosto de 2015 (incluso antes del 17 agosto de 2012), serán válidas siempre y cuando el fallecimiento haya ocurrido a partir del 17 agosto de 2015.

La posibilidad de la aplicación del Derecho transitorio del Reglamento sucesorio es el supuesto del caso que nos ocupa, por ello es incorrecto que se acuda a la doctrina jurisprudencial del TS sobre reenvío en el ámbito sucesorio elaborada en la aplicación de los arts. 9.8 Cc y 12.2º Cc, puesto que estamos en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio –dado que el testamento se dicta en 2011 pero el fallecimiento se produce en 2017–.

La doctrina del Tribunal Supremo en materia de reenvío, en aplicación de las normas de producción interna, ex arts. 9.8º y 12.2º Cc, es la siguiente:

"La tesis que presupone la existencia de una norma implícita conforme a la cual no procede el reenvío cuando el testador elige como ley aplicable su ley personal o hace testamento que sería válido conforme a la misma, ha venido siendo defendida entre nosotros por un sector doctrinal con apoyo en modelos de derecho comparado. Pero no es, sin embargo, la solución que ha venido manteniendo la doctrina de esta sala, a la que debemos estar por razones de seguridad jurídica, y que tenía su apoyo fundamental en un doble dato normativo: i) que el art. 9.8º Cc no utiliza la autonomía de la voluntad como punto de conexión, de modo que no permite al causante elegir la ley que rige su sucesión (a diferencia de lo que sucede con el Reglamento 650/2012, en los términos de su art. 22.2º); y ii) que el art. 12.2º Cc no excluye el reenvío por el hecho de que el causante haya elegido la ley aplicable a su sucesión (a diferencia de lo que resulta de los arts. 34 y 22 del Reglamento 650/2012, de sucesiones).

Así, esta sala ha admitido el reenvío a la ley española, a pesar de que el causante otorgó testamento conforme a la libertad de testar de su ley personal, en las sentencias 849/2002, de 23 de septiembre, y 490/2014, de 12 enero 2015 (ciudadanos británicos residentes en España, donde fallecen bajo testamento en el que nombran herederas a sus esposas; se estiman las demandas de los hijos y se reconoce su condición de legítimos). En estas dos sentencias fue relevante que se había considerado probado que todos los bienes del caudal relicto eran inmuebles que se encontraban en España, por lo que en virtud del reenvío que hace la ley inglesa a la ley española por lo que se refiere a la sucesión de los inmuebles, toda la sucesión se regía por la ley española. Es decir, la aplicación del reenvío en estos supuestos no provocó un "fraccionamiento legal de la sucesión", lo que se considera contrario al art. 9.8º Cc que, al disponer

que "la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren", exige que la ley que regule la sucesión sea una sola ley.

En aplicación de esta doctrina que rechaza el reenvío de primer grado en materia de sucesión por causa de muerte cuando provoca un "fraccionamiento legal de la sucesión", es decir, cuando da lugar a que la sucesión se vea regulada por varias leyes, no se admitió el reenvío parcial a la ley española en los supuestos de las sentencias 887/1996, de 15 de noviembre, y 436/1999, de 21 de mayo. Tampoco se ha aceptado el reenvío a la ley española por lo que se refiere a los inmuebles en España en la sentencia 685/2018, de 5 de diciembre, porque en el caso resuelto en esta sentencia la aceptación de la voluntad del causante, acorde con su derecho nacional, de mantener a efectos sucesorios su domicilio en Inglaterra, donde mantenía cuentas financieras y no había perdido su arraigo, determinaba la aplicación de la ley inglesa a los bienes muebles y el reenvío solo hubiera conducido a la ley española para el inmueble en España, provocando un fraccionamiento legal de la sucesión".

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial que es utilizada por la sentencia de primera instancia, en relación a la SAP comentada, no es aplicable, porque en este caso en cuestión sí es de aplicación el Reglamento sucesorio dado que el testador D. Carlos Miguel, nacido en Argelia pero de nacionalidad canadiense y con residencia habitual en Torremolinos (Málaga), había otorgado testamento en dicha localidad el día 24 enero 2011, antes por tanto de la publicación del citado Reglamento 650/2012, pero había fallecido en Dubái el día 17 agosto de 2017, por tanto con posterioridad a la fecha de su aplicación.

En coherencia con la aplicación del Reglamento sucesorio, la AP se pregunta por la validez de la *professio iuris* del testador, teniendo en cuenta el hecho de que se realiza antes de la entrada en vigor del Reglamento sucesorio. Es decir, en la fecha de otorgamiento del testamento, 24 enero 2011, el Código Civil en sus arts. 9 y 12 no permitía al causante elegir la Ley de su sucesión, y por tanto no era obligatoria la designación de la ley aplicable a testamento. Es por ello, por lo que hay que analizar el contenido de las disposiciones sucesorias partiendo de que dicho testamento no designa directamente la ley canadiense aplicable a la sucesión, por lo que exige una interpretación del testamento para determinar si existe, sin embargo, una elección tácita de la misma, conforme a la disposición transitoria contemplada en el art. 83, ap. 4 del Reglamento Sucesorio, que dispone: "Si una disposición mortis causa se realizara antes del 17 agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión". Este precepto del Reglamento, en definitiva, preserva la validez de la elección efectuada incluso antes de su entrada en vigor y no solo con arreglo a la ley de los Estados miembros sino también en terceros Estados.

Pues bien, dado que el art. 22.2º regulador de la *professio iuris* permite realizarla conforme la ley nacional del causante en el momento de su otorgamiento o en el momento de su fallecimiento, y el causante testa, sobre la base del Derecho sucesorio canadiense, siendo nacional canadiense, dicha *professio iuris* debe considerarse válida y, consecuentemente, no cabe ningún tipo de reenvío, tal y como recoge el art. 34 del Reglamento sucesorio.

Como señala la Sentencia comentada, la aplicación del Reglamento sucesorio implica un cambio de criterio interpretativo del Tribunal Supremo, dado que, con independencia de la voluntad del testador, como acabamos de ver, el TS admitía el reenvío de primer grado en favor de la aplicación de la Ley española, conforme a los arts. 9.8º Cc y art. 12.2º Cc, si no se producía un fraccionamiento legislativo. La aplicación del Reglamento implica la modificación de la doctrina que no reconocía la autonomía de la voluntad en la designación de la ley aplicable, como viene a aceptarse ahora, de forma inequívoca, en la SAP Málaga 3 mayo 2023.

Por ello, dado que la elección tácita de la ley rectora de la sucesión efectuada en testamento antes de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012 se considera válida, no puede ser de aplicación la Ley española con respecto al pronunciamiento sobre la preterición, lo que conduce a la revocación

de la sentencia que fundaba el pronunciamiento en aplicación de lo dispuesto en el art. 814 Cc y no según la ley personal del testador, ley canadiense que permite la preterición de un heredero.

De este modo, la AP señala que "con arreglo al Reglamento citado si se elige una ley extranjera, el contenido del testamento deberá acomodarse a esa ley, siendo válido el acto material de elección realizado por el causante concluyendo que el testador comprendió lo que estaba haciendo al designar su ley personal, sin que conste en las actuaciones que con ello haya fragmentado su sucesión, por lo que tampoco existen datos en la causa que permitan concluir que se haya roto el principio de unidad de la sucesión".

Estando de acuerdo con la solución final, este pronunciamiento expreso, sobre la posible fragmentación de la sucesión, es innecesario, dado que si se admite la *professio iuris* no cabe el reenvío, en ningún caso; puesto que es uno de los supuestos en los que el art. 34 del Reglamento sucesorio excluye la posibilidad del reenvío: si hay autonomía de la voluntad no cabe el reenvío. En este caso, no por la interpretación de la jurisprudencia del TS sino por la propia letra del precepto.

En definitiva, se quiere seguir conservando la jurisprudencia del TS dentro del nuevo texto europeo, cuando expresamente se señala que en caso de *professio iuris* en favor de la ley nacional del causante no cabe la admisión del reenvío. Y esto es una grave equivocación.

Esperanza CASTELLANOS RUIZ*

170. EN VIRTUD DEL REENVÍO PREVISTO EN EL ART. 12.2º DEL CÓDIGO CIVIL LA UNIDAD LEGAL DE LA SUCESIÓN LITIGIOSA EN ESPAÑA QUEDA GARANTIZADA MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA CON INDEPENDENCIA DE LA *PROFESSIO IURI* (SAP Alicante 6ª 25 septiembre 2023)

Observaciones. En el caso de la Sentencia de la AP de Alicante de 25 septiembre 2023, aunque los hechos son muy parecidos, sin embargo, la solución a la que se llega es completamente distinta por el marco normativo aplicable, dado que no es el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo sucesorio sino los arts. 9.8º y 12.2º Cc, los que determinan la ley aplicable a la sucesión.

A la hora de fijar la Ley aplicable, el Reglamento sucesorio solo rige las sucesiones transfronterizas en el caso de causantes fallecidos el 17 agosto de 2015 o en fecha posterior a ésta (art. 83.1º RES). Tampoco son aplicables las disposiciones transitorias contenidas en el Reglamento sucesorio europeo (art. 84). En este caso existe una presunta elección de ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, si bien resulta que la aplicación del Reglamento a esta hipotética elección de ley sólo procede en el supuesto de personas que han realizado dicha elección antes del 17 agosto de 2015 pero que han fallecido con posterioridad a dicha fecha (art. 83.4º RES). En este caso, el testamento se otorga antes de esa fecha y también antes de esa fecha fallece el causante. Como consecuencia lógica de lo anterior, la determinación de la Ley aplicable a esta sucesión *mortis causa* no debe ni puede realizarse con arreglo al Reglamento sucesorio europeo, sino conforme al art. 9.8º Cc y al art. 12.2º Cc. En otras palabras, puede afirmarse que, *ratione temporis*, este caso entra en el ámbito de aplicación del Derecho internacional privado español y no en el del Derecho internacional privado europeo. Los arts. 9.8º y 12.2º Cc, complementados por la muy conocida doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo –anteriormente señalada– sobre ambos preceptos constituyen, pues, el correcto marco normativo de esta litis.

* Catedrática de Derecho internacional privado Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1282-6638.

Por ello, la AP de Alicante admite el reenvío de primer grado en favor del Derecho español, al no producirse un fraccionamiento legislativo, dado que, por un lado, la unidad legal de la sucesión solo se refiere a la "sucesión litigiosa en España", con independencia de que existan otros testamentos relativos a bienes inmuebles situados en el extranjero y, dado que, por otro lado, la admisión del reenvío no se condiciona a la voluntad del testador de organizar su sucesión conforme a su ley nacional.

En este caso existe igualmente un causante con domicilio en España, que otorga testamento el 26 febrero 2013 conforme a su ley nacional, en este caso, Derecho escocés, ex art. 9.8º Cc, por ser la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento (y también de su otorgamiento), y así se hace constar ante el notario autorizante de la escritura de la herencia como por parte de la registradora de la propiedad donde se inscribió el bien inmueble afectado por la herencia, que fallece con anterioridad al 17 agosto de 2015 –momento temporal a partir del cual es de aplicación el Reglamento sucesorio–. Por tanto, en primera instancia se admite el reenvío de primer grado en favor del Derecho español porque no se producía fraccionamiento legislativo, dado que, según la norma de conflicto escocesa, la herencia de los bienes muebles se regía por la ley del último domicilio, y la sucesión del bien inmueble objeto del litigio se encontraba en España; por tanto, la ley aplicable a la sucesión litigiosa era la española. Hay que recordar que la doctrina del TS en materia de reenvío se basa en aceptarlo en aquellos supuestos en los que no se provoca un "fraccionamiento legal de la sucesión", por considerarse contrario al art. 9.8º Cc. El art. 9.8º Cc. se halla vertebrado por los principios de unidad y universalidad de la sucesión –la Ley que regula la sucesión internacional debe ser una sola, y regula todos los aspectos de la misma–. Si la admisión del reenvío lleva a un fraccionamiento de la sucesión, –que se regularía por varias Leyes–, el reenvío debe rechazarse: STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal*, STS 21 mayo 1999, *Denney*; STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W*; STS 12 enero 2015; STS 5 diciembre 2018, STS 15 enero 2019 y STS 8 octubre 2019.

La recurrente, en apelación, considera que hay una incorrecta aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el reenvío a la ley española en materia de sucesión, en virtud de los arts. 9.8 y 12.2º Cc. En concreto se considera que no se tiene en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo dictada en sentencia de 8 octubre 2019, ya señalada en el anterior comentario, en el que todos los bienes integrantes del caudal hereditario eran inmuebles por lo que la aplicación del reenvío en ese supuesto no provocaba un fraccionamiento legal de la sucesión. Sin embargo, en el supuesto planteado ante la AP de Alicante concurrían bienes muebles e inmuebles, por lo que la parte recurrente consideraba que la admisión del reenvío provocaba un fraccionamiento legislativo, pues la ley sucesoria respecto a los bienes inmuebles sería la ley española, y respecto a los bienes muebles la escocesa, por el lugar del último domicilio del causante.

Ahora bien, hay que dejar claro que la STS de 8 octubre 2019 sí menciona la sucesión de los bienes muebles del caudal hereditario, pero como el causante tenía su último domicilio en España, y la norma de conflicto extranjera remitía a la aplicación de la ley del domicilio del causante, debía aplicarse, tanto a la sucesión inmobiliaria, por el lugar de situación de los bienes inmuebles, como a la sucesión mobiliaria, por el lugar del último domicilio del causante en España, la ley española. En definitiva, no se producía ningún fraccionamiento legislativo.

Pero la AP de Alicante, en consonancia con el TS, va mucho más allá cuando dice que "la unidad legal de la sucesión se refiere a la sucesión litigiosa en España por lo que aun en el caso de que hipotéticamente hubiera inmuebles situados en el extranjero el resto de la sucesión se pudiera tramitar por autoridades extranjeras que excluyeran de su conocimiento el inmueble sito en España". Y añade que "la unidad legal de la sucesión litigiosa queda garantizada mediante la aplicación de la ley española con la que además la sucesión guarda una conexión más estrecha que con la derivada de la nacionalidad de la causante dado que la misma residía en España donde falleció y donde se encuentran los bienes que se han identificado del caudal

hereditario". Esta precisión de la unidad legal de la sucesión referida exclusivamente a la "sucesión litigiosa en España" es de gran relevancia, sobre todo en relación con la sucesión inmobiliaria del causante. Con esta precisión, lo importante para determinar si existe no un fraccionamiento legislativo no es la existencia en el caudal hereditario de bienes inmuebles situados en varios Estados distintos, sino que los bienes inmuebles, a los que se refiere el objeto del litigio, se encuentren todos situados en el territorio español, dado que se está interpretando la admisión del reenvío de primer grado en favor del Derecho español, ex art. 12.2º Cc, en virtud de la remisión realizada por la norma de conflicto extranjera, a cuyo ordenamiento jurídico remite el art. 9.8º Cc para determinar la ley aplicable, no a la entera sucesión internacional del causante, sino a la sucesión objeto de litigio en España. Todo ello, con independencia de que haya bienes inmuebles situados en el extranjero cuya sucesión se esté tramitando, o pueda llegar a tramitarse, ante una autoridad extranjera, excluyendo el conocimiento de la sucesión de los bienes inmuebles situados en España.

Hay que tener en cuenta que la presente resolución se dicta en un supuesto en el que el causante era de nacionalidad británica y a cuya sucesión, por la fecha de su fallecimiento, no era aplicable el Reglamento de la Unión Europea 650/2012. Por ello, aunque el testamento se otorga conforme al Derecho sucesorio escocés, la autonomía de la voluntad del testador no se impone como límite a la posibilidad que hace el reenvío de la norma de conflicto escocesa a favor del Derecho sucesorio español, dado que en aplicación del art. 9.8º Cc, como se menciona en el anterior comentario de sentencia, no cabe la posibilidad de la *professio iuris*. El único motivo relevante para que no se admitiera el reenvío es el fraccionamiento legislativo, y dado que en este caso no se producía, la AP desestima la demanda y admite el reenvío otorgado en primera instancia, puesto que no se discutía que efectivamente el bien inmueble objeto del litigio se encontraba en España, con independencia de que existieran más bienes inmuebles del caudal hereditario en otros Estados, al no ser objeto de la situación litigiosa en España, al igual que el último domicilio del causante.

Pues como ha señalado la STS 520/2019 de 8 octubre 2019, que su vez recoge textualmente los pronunciamientos de la STS 18/2019 de 15 enero 2019, la tesis que presupone la existencia de una norma implícita conforme a la cual no procede el reenvío cuando el testador elige como ley aplicable su ley personal o hace testamento que sería válido conforme a la misma, defendida por un sector doctrinal con apoyo en modelos de Derecho comparado, no tiene cabida en la interpretación de los arts. 9.8º y 12º CC. A diferencia del Reglamento sucesorio, el art. 9.8º Cc no admite la elección de ley sucesoria ni el art. 12.2º Cc limita la aplicación del reenvío por la existencia de una *professio iuris* válida. El Reglamento sucesorio europeo admite la *professio iuris*, aunque limitada a la ley nacional del causante al tiempo del otorgamiento o de su fallecimiento, conforme al art. 22; y excluye la posibilidad de reenvío, en el supuesto de elección de ley válida a la sucesión internacional, conforme a su art. 34. Por tanto, si la sucesión internacional se encuadra en el ámbito de aplicación de la normativa de producción interna de nuestro Código civil, solo el fraccionamiento legislativo provocaría la no admisión del reenvío en favor del Derecho sucesorio español.

En definitiva, en aras de una mayor seguridad jurídica, cuando se concluye que el reenvío no puede producir un fraccionamiento legislativo, hay que tener en cuenta que no se refiere a que la herencia no pueda disponer de bienes inmuebles situados en distintos países, sino que, respecto a "la situación litigiosa en España", esto es, en relación a los bienes inmuebles respecto a los que se litiga, que es sobre lo que debe pronunciarse el juez, no debe producirse un fraccionamiento legislativo. Si solo se litiga sobre un bien inmueble situado en España, aunque existan otros bienes inmuebles, cuya herencia se encuentra dispuesta en otro testamento distinto, no debe incidir ni afectar a la hora de interpretar si existe o no unidad de ley. Cuestión distinta es si, además, se litiga sobre la herencia de los bienes muebles y la residencia habitual en el momento del fallecimiento o el último domicilio del causante se encuentra en un lugar distinto de España, donde se encuentra situado el bien inmueble objeto

del litigio sucesorio. En este caso, no cabría la admisión del reenvío de primer grado, ex art. 12. Cc, porque se aplicarían varias leyes a la misma “situación litigiosa en España”, y ello lo prohibe el art. 9.8º Cc.

Esperanza CASTELLANOS RUIZ*

RELACIONES ENTRE CÓNYUGES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

171. ¿LA PROPUESTA DE INVENTARIO CON LA COMUNIDAD UNIVERSAL DE BIENES DEL DERECHO HOLANDES DEBE REGIR EN TODA SU EXTENSIÓN O PUEDE SER DE APLICACIÓN LAS EXCEPCIONES O MATIZACIONES REALIZADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE HOLANDA? (SAP Tarragona 1^a 20 julio 2022)

172. NO EXISTE DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL PERUANO PUES EN AMBOS CASOS EL SIGNIFICADO ES EL MISMO, COMO POR EL HECHO DE QUE LA LEY APLICABLE ES LA QUE RESULTA, CONFORME ART. 9.2º Cc (SAP Girona 1^a 6 octubre 2022)

173. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, “COMUNIDAD LEGAL”, AL NO APORTARSE PRUEBA ALGUNA QUE ACREDITE QUE LOS CÓNYUGES NO ESTÉN SUJETOS A DICHO RÉGIMEN (SAP Madrid 22^a 16 enero 2023)

174. QUE EL REGISTRADOR CONOZCA LA LEGISLACIÓN NACIONAL DE LOS COMPRADORES PARA INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA, CARECE DE SUSTENTO LEGAL Y PODRÍA AFECTAR NEGATIVAMENTE A LA SEGURIDAD JURÍDICA (SAP Málaga 4^a 20 enero 2023)

175. DESESTIMACIÓN DE UN RECURSO AL EXISTIR DUDAS SOBRE SI EL DERECHO APLICABLE SERÍA UN DERECHO EXTRANJERO EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL (SAP Murcia 5^a 28 febrero 2023)

176. VALORACIÓN DE LA PRUEBA SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO EXTRANJERO (SAP Pontevedra 1^a 10 marzo 2023)

177. SOLUCIÓN A UN CONFLICTO INTERTEMPORAL SUSCITADO EN EL DERECHO EXTRANJERO RECLAMADO PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL (SAP Barcelona 18^a 22 marzo 2023)

178. SIENDO APLICABLE LA LEY ESPAÑOLA (ART. 9.2º Cc), Y NO HABIÉNDOSE OTORGADO POR LOS CÓNYUGES CAPITULACIONES MATRIMONIALES, RESULTA DE APLICACIÓN AL MATRIMONIO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES (SAP Valencia 10^a 22 marzo 2023)

179. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL QUE LA SENTENCIA DE DIVORCIO EXTINGUE ES EL DEL PRIMER DOMICILIO COMÚN AL SER AMBOS LITIGANTES DEL DISTINTA NACIONALIDAD Y NO HABERSE EFECTUADO NINGÚN PACTO (SAP Barcelona 12^a 2 junio 2023)

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1282-6638.

RESPONSABILIDAD

180. APPLICACIÓN DE LA LEY MARROQUÍ A UN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA ACAECIDO E MARRUECOS (SAP Madrid 20^a 18 noviembre 2022)

181. PROCEDE LA RECLAMACIÓN DE DAÑO MORAL PUES EL DEMANDANTE TUVO QUE REALIZAR NUMEROSEAS GESTIONES FRENTA A LA COMPAÑÍA EN EL AEROPUERTO DE ROMA Y DESPUÉS EN EL DE DESTINO FINAL, SIN QUE LA COMPAÑÍA LAS ATENDIERA ESTAS CIRCUNSTANCIAS (SAP Madrid 28^a 3 marzo 2023)

182. ERA OBLIGACIÓN DE LA PARTE ACTORA LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO, LO QUE NO HA LLEVADO A CABO, POR LO QUE RESULTA ACERTADO APLICAR EL DERECHO ESPAÑOL EN UN SUPUESTO DE ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN ACAECIDO E PORTUGAL (SAP Pontevedra 1^a 21 julio 2023)

183. QUE LAS CONSECUENCIAS DAÑOSAS DEL ACCIDENTE DE TRÁFICO SE REPERCUTAN Y PRESENTEN DE MODO PRINCIPAL EN ESPAÑA NO ENTRA EN EL SUPUESTO DE LA EXCEPCIÓN DEL ART. 4.3º DEL REGLAMENTO ROMA II (SAP Pontevedra 3^a 14 septiembre 2023)

RESPONSABILIDAD PARENTAL

184. FALTA DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN APLICACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSITORIO TRAS EL BREXIT DEL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS (AAP Bizkaia 4^a 1 febrero 2022)

Observaciones: 1. La Audiencia Provincial de Bizkaia resuelve, con acierto, un asunto sobre la falta de competencia los Juzgados y Tribunales españoles en un caso de petición de modificación de medidas en relación con el régimen de visitas, sobre los dos hijos de la pareja, establecidas en una decisión sobre el divorcio de mutuo acuerdo adoptada en enero de 2014, decisión confirmada en febrero de 2016 por la propia Audiencia.

2. En la demanda, el progenitor, solicita un régimen de visitas para el tiempo que continúe en prisión. Hay que advertir, como elemento importante, que en la decisión de divorcio se concede a la progenitora la patria potestad en exclusiva de los dos menores, por lo tanto, tiene el derecho a decidir el lugar de residencia de ambos. La madre, junto con los dos hijos, se trasladaron a vivir a Gran Bretaña, siendo lícito el cambio de domicilio de los menores efectuado por la progenitora como titular en exclusiva de la patria potestad.

3. Se discute la competencia de los Tribunales españoles a la hora de modificar las medidas adoptadas en relación al régimen de visitas. Para la determinación de la competencia judicial internacional resulta aplicable el régimen del Reglamento 2201/2003, aunque la Audiencia no se refiere en ningún momento, a lo largo de su decisión, a los motivos jurídicos sobre los que, tras el Brexit, continua operando el referido texto de la Unión Europea.

Así, conforme al Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, los instrumentos de la Unión Europea en materia de cooperación judicial civil seguirían siendo aplicables hasta el 1 de enero del 2021. En particular, la continuidad de la operatividad los referidos instrumentos queda prevista en los arts. 66 al 69 y, en concreto, en el caso del Reglamento 2201/2003 en el art. 67. Por tanto, a pesar de que Gran Bretaña notificó su salida de la Unión Europea en el año 2017, este asunto al haber sido incoado antes de finalizar el periodo transitorio, queda sujeto a las previsiones en materia de competencia judicial del citado Reglamento [(art. 67.1º.c)].

4. El Reglamento 2201/2003 determina la competencia general de las autoridades del lugar de la residencia habitual del menor (art. 8) estableciendo, para el supuesto de los derechos de visita, la conservación de la misma por las autoridades de la anterior residencia habitual durante el periodo de los tres meses siguientes al cambio legal del lugar de residencia de un Estado miembro a otro para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes que el menor hubiera cambiado de residencia (art. 9.1º). Pues bien, en este caso, en Primera Instancia, se declara la falta de competencia judicial internacional de las autoridades españolas por corresponder el conocimiento del asunto a las autoridades británicas, decisión recurrida en apelación. Frente al recurso se interpone, por la representante de la progenitora, declinatoria por falta de jurisdicción de las autoridades españolas.

5. Son dos los aspectos más controvertidos de la decisión: de un lado, fijar el Estado dónde los menores tienen su residencia habitual; de otro lado, determinar el momento a partir del cual se establece el cambio, si es que lo hay, de residencia habitual.

Es de sobra conocida la dificultad que conlleva la identificación del criterio residencia habitual. Su determinación es una cuestión sujeta a las pruebas que las partes presentan y a través de las cuales se trata de acreditar su existencia. De un lado, el progenitor alega un poder notarial en el que se fija como lugar de residencia un domicilio en Bizkaia, ahora bien el poder notarial tiene fecha de 27 febrero 2015 (anterior a la fecha de la decisión de Audiencia Provincial sobre el divorcio que es de 2016); de otro lado, la progenitora presenta un documento en el que consta una licencia indefinida de residencia como migrante en Reino Unido desde el 28 noviembre 2019. Y aunque el progenitor sostiene la falta de formalidad, así como la ausencia de datos de residencia en Gran Bretaña, el Tribunal español entiende que no hay prueba que los desmienta ni caben las exigencias pretendidas.

6. La demandada es emplazada en Londres el 31 de mayo del 2021, tras las averiguaciones realizadas por el juzgado con la colaboración de la Embajada española en Londres, quien comunica a la autoridad judicial española el domicilio de la progenitora en Gran Bretaña. Conforme a los datos no parece discutible que en este caso se haya producido una modificación lícita del domicilio de los menores y, tras un año y seis meses residiendo en Gran Bretaña la competencia judicial internacional para conocer del asunto la ostentan las autoridades británicas, perdiendo las autoridades españolas la competencia judicial internacional para resolver sobre el asunto planteado –modificación del régimen de visitas–, competencia que habrían conservado hasta el mes de febrero del año 2020.

¿Qué hubiera sucedido si el procedimiento se hubiera incoado tras la finalización del periodo transitorio fijado por el Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica al que nos hemos referido en el ap. 3? En este caso el Reglamento 2001/2003 no hubiera sido aplicable, y sí lo hubiera sido el Convenio de La Haya de 1996, texto conforme al cual el asunto habría sido resuelto. El citado texto convencional otorga la competencia general igualmente a las autoridades de la residencia habitual de los menores, descartando la *perpetuatio jurisdictionis* (art. 5.2º); en consecuencia hubieran sido competentes, como en el supuesto planteado, las autoridades británicas. Además el Convenio no prevé un precepto semejante al del mantenimiento de la competencia del Estado parte de la anterior residencia habitual de los menores, prevista en el art. 9 Reglamento 2201/2003.

7. Para finalizar la Audiencia Provincial de Bizkaia, frente a las alegaciones presentadas por la representación del demandante con el fin de defender la competencia de la autoridad española, aclara, como no puede ser de otro forma, que el art. 769.1º LEC es una norma de competencia judicial territorial de los juzgados y tribunales españoles para los supuestos matrimoniales y de menores, y que esta norma es aplicable una vez se haya fijado la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles; circunstancia que conforme al instrumento

aplicable, el Reglamento 2201/2003, no se produce. Por tanto, el precepto citado de la LEC es una norma de competencia interna y no una norma de competencia judicial internacional.

8. La Audiencia, antes de desestimar el recurso, insiste en que no se trata de un supuesto de sustracción internacional de menores (por tanto, no entendemos que de un lado afirme la aplicación del art. 10 Reglamento 2201/2003, norma prevista para casos de sustracción de menores, para después sostener que no consta sea el caso). En efecto, es un supuesto de reubicación de los dos menores a Gran Bretaña llevada a cabo por la progenitora que es titular en exclusiva de la patria potestad y, por tanto, con el derecho a decidir el lugar de residencia de los mismos

Mónica HERRANZ BALLESTEROS*

185. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APLICABLE EN ORDEN A MEDIDAS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL DISCUTIDAS POR CÓNYUGES DE NACIONALIDAD MARROQUÍ (SAP Madrid 24^a 30 junio 2022)

SOCIEDADES

186. LAS MEDIDAS CAUTELARES CARECEN DE CARÁCTER INSTRUMENTAL AL REFERIRSE A UNA SOCIEDAD DOMICILIADA EN LA ISLA DE MAN Y CONSTITUIDA CONFORME A SU DERECHO, DONDE SE DECIDIRÁ COMO DEBE OPERAR LA TRANSMISIÓN (AAP Palma de Mallorca 5^a 22 diciembre 2022)

Observaciones: En el presente caso la Audiencia Provincial de Mallorca en el Auto de 22 de diciembre 2022 recuso nº 902/2022, estima parcialmente el recurso de apelación contra el auto de denegación de medidas cautelares de fecha 24 agosto de 2022 del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Palma, en el procedimiento MCP 1134/22 seguido ante el mismo. La parte apelante había solicitado la adopción de medidas cautelares con carácter preventivo en relación con un procedimiento seguido ante los Tribunales de la Isla de Man (procedimiento 21/0028). Se pedía al órgano jurisdiccional español que ordene a Treehouse Isla de Man que transmita el 100% de las acciones de Treehouse España a favor del demandante o a quien éste indique y que le transfiera, asimismo, el título de propiedad de un inmueble situado en Palma de Mallorca, así como prohibir que se realice cualquier acción que pueda reducir su valor. La Audiencia Provincial de Mallorca distingue las peticiones. Por un lado, en cuanto a la transmisión de las acciones de Treehouse España, considera que esta cuestión se ha de resolver de acuerdo con el Derecho del Estado en el que se ha constituido la sociedad. En este sentido, las medidas cautelares solicitadas al órgano jurisdiccional español, si se concedieran, no tendrían efecto alguno, dado que la posible transmisión de los valores queda regulada por la ley inglesa. El Auto no proporcionan más datos sobre Treehouse Properties S.L. que permitirían valorar si la sociedad es inglesa o española para poder determinar qué ley regularía la transmisión de las acciones. Esta cuestión es importante, dado que su respuesta influiría sobre la adopción o no de las medidas cautelares por el tribunal español. La determinación de la *lex societatis* en un contexto europeo, es decir si la sociedad estuviera constituida en un Estado miembro de la Unión Europea, no plantearía problemas. La libertad de establecimiento prevista en los art. 49 y 54 TFUE obliga a las autoridades nacionales de los Estados miembros a reconocer las sociedades constituidas en el resto de los Estados de la UE. No obstante, desde el 2021 Reino Unido ya no es EM de la UE, lo que implica que las sociedades constituidas en el RU y que desarrollan sus actividades en el mercado interior se

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (UNED). Este comentario se ha realizado en el marco del Proyecto PID2020- 114611RB-I00, "Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)", concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

consideran sociedades de terceros países y, por lo tanto, el principio de libertad de establecimiento y la correspondiente jurisprudencia del TJUE en esta materia (*Centros, Überseering, Inspire Art, SEVIC Systems, Cartesio, National Grid Indus. BV, Vale, Polbud*) no se les aplica. De modo que, el reconocimiento de estas compañías y de sus sucursales se ha de hacer de acuerdo con las normas internas de derecho internacional privado. RU aplica la teoría de la constitución lo que significa que para las autoridades británicas Treehouse Isla de Man es una sociedad inglesa, puesto que está constituida y registrada en la Isla de Man. España, por otro lado, aplica la teoría de la sede, lo que significa que para las autoridades españolas, si la sociedad tiene en España su centro de actividad principal, de acuerdo con el art 8 y 9 de la Ley de Sociedades de Capital, se considerará sociedad española y la transmisión de las acciones de Treehouse Isla de Man a Treehouse España se habrá que hacer según las normas españolas. En este caso, la adopción de las medidas cautelares solicitadas por el apelante tendrían sentido. La cuestión, sin embargo, no ha sido tratada por la AP que directamente deniega la adopción de medidas cautelares por considerar que la sociedad es inglesa por estar constituida en la Isla de Man y, por lo tanto, la transmisión de las acciones queda subordinada a las disposiciones inglesa. La segunda petición hace referencia a la transmisión de un inmueble propiedad de Treehouse situado en Palma de Mallorca. Esta misma cuestión se ha planteado asimismo ante Tribunal Superior de justicia de la Isla de Man. La AP de Mallorca correctamente sostiene que en este caso los órganos jurisdiccionales españoles tienen competencia exclusiva, dado que el objeto de la petición son derechos reales sobre una finca situada en España. El error que comete, no obstante, es que argumenta la competencia judicial internacional en el art. 22 LOPJ al mismo tiempo que al art. 24 RBibis cuando las normas del Derecho internacional privado autónomo tienen una aplicación subsidiaria en relación con las europeas. Es decir, el art. 22 LOPJ se aplicaría sólo si no se pueden aplicar las disposiciones del Reglamento 1215/2012. La transmisión de la propiedad del inmueble en cuestión está comprendida en el ámbito de aplicación de la regla de competencia establecida en el art. 24, punto 1, del Reglamento n.º 1215/2012 (SST) de 16 de noviembre 2016, as. C-417/15, *Schmidt*, EU:C:2016:881; de 10 de julio 2019, as. C-722/17, *Reitbauer y otros*, EU:C:2019:577; de 11 de noviembre 2020, as. C-433/19, *Ellmes Property*, EU:C:2020:900). Por lo tanto, concluye correctamente la Audiencia provincial que en cuanto a la transmisión de la titularidad del inmueble de Mallorca Tribunal Superior de justicia de la Isla da Man no tiene competencia judicial internacional la cual pertenece a los órganos judiciales españoles.

Vésela ANDREEVA ANDREEVA *

187. EL CONTRATO DE SEGURO ASEGURABA LA RESPONSABILIDAD CIVIL NO SÓLO DE LA EMPRESA MATRIZ CON DOMICILIO SOCIAL EN ALEMANIA, SINO TAMBIÉN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS SOCIEDADES FILIALES CON DOMICILIO EN VARIOS PAÍSES (SAP Madrid 13^a 26 enero 2023)

SUCESIONES

188. DEL ANÁLISIS CONJUNTO DE LA PRUEBA SE PUEDE CONCLUIR QUE EL CAUSANTE AL TIEMPO DE SU FALLECIMIENTO TENÍA SU RESIDENCIA HABITUAL EN ESPAÑA, CON VOCACIÓN DE PERMANENCIA EN NUESTRO PAÍS (SAP Alicante 6^a 18 noviembre 2022)

Obs: En el presente caso se conoce de la sucesión de un causante con nacionalidad danesa cuyo fallecimiento tuvo lugar en agosto de 2009, por lo que no es aplicable el Reglamento de Sucesiones, sino el art. 9.8º Cc. En la determinación de la ley aplicable a la sucesión se activa el mecanismo de reenvío de retorno habilitado por el art. 12.2º Cc, al prever el Derecho

* Profesora Lectora de Derecho internacional privado.. Universidad de Barcelona.

internacional privado danés la aplicación al conjunto de la sucesión de la ley material del país del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. La parte recurrente alega que para la legislación danesa el concepto de domicilio a efectos de determinación de la ley sucesoria implica aquel lugar en el que la persona tiene su hogar y su residencia con la intención de permanecer en el país. Del análisis del conjunto de la prueba aportada, la AP llega a la conclusión de que el causante tenía su residencia habitual en España con vocación de permanencia en el momento de su fallecimiento. Se destaca el señalamiento de domicilio en España en varios actos de disposición tanto *inter vivos*, como mortis causa realizados por el causante, la tenencia de NIE e inscripción en el Registro Central de Extranjeros como residente comunitario en España, la solicitud por el causante a la Agencia Tributaria de certificado de su condición de residente fiscal y una prueba testifical. Se determina la aplicación de la ley española, si bien se da por hecho que es directamente aplicable el Cc español, sin hacerse referencia alguna al fenómeno plurilegislativo (I.R-U.S).

189. EN ATENCIÓN A LA NACIONALIDAD DE LA TESTADORA AL MOMENTO DE SU FALLECIMIENTO Y A LA LEY APLICABLE, DEBE ESTARSE A LA VALIDEZ DEL ÚLTIMO DE LOS DOS TESTAMENTOS, ESTO ES AL OTORGADO EN ITALIA (SAP Tenerife 3^a 21 diciembre 2022)

TRANSPORTE

190. SIENDO LA LEY ESPAÑOLA LA LEY APLICABLE AL SUPUESTO, EN VIRTUD DE LO PACTADO ENTRE LAS PARTES LA FASE DEL TRANSPORTE EN EL QUE OCURRIERON LOS DAÑOS SE RIGE POR LA LEY 15/2009, DE 15 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS (SAP Bilbao 4^a 5 mayo 2022)

191. FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA EL CONOCIMIENTO DE LA DEMANDA, DEBIENDO OPTAR LA DEMANDANTE POR ALGUNO DE LOS FUEROS ESTABLECIDOS EN EL ART. 33.1º DEL CONVENIO DE MONTREAL (ATS Civ 1^a 21 junio 2022)

192. LA ACCIÓN EJERCITADA LO HA SIDO CON FUNDAMENTO EN EL CONVENIO CMR QUE CONCEDE OPCIÓN AL DEMANDANTE PARA ELEGIR ENTRE VARIOS FUEROS, Y ENTRE ELLOS SE ENCUENTRA EL DEL ESTADO DE DESTINO DE LAS MERCANCÍAS, QUE ES ESPAÑA (SAP Barcelona 15^a 13 julio 2022)

193. LA CARTA DE PORTE CMR, NO CONSTITUYE UNA VALORACIÓN DEL DAÑO SUFRIDO POR LAS MERCANCÍAS, SINO TAN SÓLO LA CONSTATACIÓN DE QUE ESTAS ESTABAN DAÑADAS (SAP Lugo 1^a 10 septiembre 2022)

194. SOBRE LA LEY APLICABLE, CABE LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL CARGADOR EN BASE A LA NORMATIVA NACIONAL (SAP Lleida 2^a 26 octubre 2022)

195. SI LA DEMANDANTE RECIBIÓ EL EQUIPAJE Y COMPROBÓ TANTO LA DESAPARICIÓN DE EFECTOS COMO LA PRODUCCIÓN DE LOS DAÑOS EL DÍA 11 SEPTIEMBRE 2016 Y REGRESÓ A ESPAÑA AL DÍA SIGUIENTE, 12 SEPTIEMBRE 2016, EL PLAZO DE CADUCIDAD DE DOS AÑOS COMENZÓ A CORRER EN ESTA ÚLTIMA FECHA (SAP Pontevedra 1^a 25 enero 2023)

196. EN UN SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA, LA CONSECUENCIA DE LA FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO NO ES LA DESESTIMACIÓN DE LA DEMANDA SINO LA APLICACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL (SAP Toledo 1^a 24 julio 2023).