

Jurisprudencia española

ADOPCIÓN

44. ADOPCIÓN DE UNA PERSONA MAYOR DE EDAD Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS PREVISTAS EN LOS ARTS. 21 Y 22 TER LOPJ (AAP Valencia 10ª 14 enero 2022)

Observaciones: 1. En la actualidad, la adopción se configura como una institución de protección de menores, cuya consideración principal gravita en torno al principio del interés del menor. Pese a ello, aun hoy en día, la adopción de personas mayores de edad se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico español, en tanto que está presente, aunque de manera excepcional, en el Derecho sustantivo (art. 175.2º Cc), y toda vez que esta institución también tiene cabida en las normas de DIPr. No obstante, la regulación de Derecho Internacional Privado presenta una serie de ambigüedades y lagunas de las cuales derivan cuestiones controvertidas, en particular, por lo que respecta a la constitución por las autoridades españolas de una adopción de mayores de edad con elementos de extranjería. Seguidamente, con ocasión del análisis del AAP Valencia 10ª 14 enero 2022, se expondrán algunos de los inconvenientes que suscitan este tipo de adopciones.

2. Concretamente, el citado AAP de Valencia, objeto del presente comentario, resuelve el recurso de apelación formulado contra la resolución dictada en primera instancia, por la cual se inadmitió la solicitud de adopción de una persona mayor de edad, por encontrarse el adoptante domiciliado en Alemania. El Tribunal *ad quem* estima dicho recurso de apelación, declarando que los órganos jurisdiccionales españoles resultan competentes para la constitución de la referida adopción. Alcanza tal conclusión la Audiencia Provincial, analizando, en primer lugar, los elementos internacionales que concurren en el supuesto sometido a su consideración y así, expone que el adoptante es nacional de Países Bajos y reside habitualmente en Alemania, mientras que la adoptanda tiene nacionalidad venezolana y residencia habitual en España, concretamente, en la localidad de Manises. Habida cuenta que la adopción presenta elementos extranjeros, el Tribunal entiende que no resulta aplicable el art. 33 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV), porque es una norma interna de competencia territorial y por este motivo, considera, que, de acuerdo con el art. 9.2º LJV, resultaría procedente acudir a normas internacionales. Igualmente, puesto que el objeto del expediente es una adopción de una persona mayor de edad, a juicio de la Audiencia, no son de aplicación los Convenios y Tratados Internacionales suscritos por España en materia de protección de menores, y tampoco la Ley 54/2007 que regula la adopción internacional, atendiendo a lo dispuesto en su art. 1.

En atención a lo explicado, el Tribunal *ad quem*, en el caso examinado, fundamenta la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los arts. 21 y 22 ter LOPJ, sobre la base de que el adoptando tiene su domicilio en España. Igualmente, la Audiencia indica que también se llega a la misma conclusión por la vía del art. 22 quáter, ap. d) cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España", si se entiende que la materia se refiere a la filiación por adopción. Por último, la Audiencia Provincial concluye que, dado que el domicilio del adoptante se sitúa en Alemania, no es posible determinar el juzgado territorialmente competente a través del art. 33 de la LJV, debiendo acudir a tal fin al art. 9.2º del mismo texto legal, entendiendo que el domicilio de la adoptanda es el lugar en el que el acto ha de producir sus efectos principales.

2. A la vista de los argumentos de la resolución estudiada, son varias las consideraciones que se deben realizar. Primeramente, hay que hacer notar el error en el que incurre el Juzgado de Primera Instancia, en tanto que no admite la solicitud de adopción, sobre la base de que el domicilio del adoptante se sitúa en el extranjero y olvidando un dato fundamental, como es la

residencia habitual de la adoptanda en nuestro país, al amparo de la cual podría haberse declarado internacionalmente competente para la constitución de la adopción.

3. Dicho esto, nada hay que objetar a la decisión de la Sala de apelación en favor de la competencia judicial de los juzgados y tribunales españoles para constituir la adopción objeto de autos. Sin embargo, sí que es posible formular objeciones respecto de la argumentación jurídica de la resolución dictada en segunda instancia, en tanto que contiene algunos desatinos. Ciertamente, tratándose de una adopción de una persona mayor de edad, resulta obvio que no resultan de aplicación ninguna de las normas internacionales relativas a la protección de menores que se encuentran en vigor en nuestro país. Ahora bien, se equivoca la Audiencia Provincial al decir que, según lo dispuesto en su art. 1, tampoco cabe recurrir a la Ley 54/2007 de Adopción Internacional (LAI), habida cuenta que las adopciones de personas mayores de edad, como a continuación se expondrá, también quedan cubiertas por la citada ley y por tanto, en defecto de textos internacionales que las regulen, se regirán por las normas de DIPr del Título II LAI (el criterio es compartido por el AAP Granada 14 septiembre 2018, ECLI:ES:APGR:2018:855^a, y por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, en *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Cuarta Edición, Murcia, Rapid Center Color, 2022, p. 475). En este sentido, parece oportuno realizar las siguientes observaciones, que no han sido tenidas en cuenta por la Sala de apelación:

1^a) En el art. 1 LAI se distinguen dos tipos de adopciones: la adopción internacional y la adopción transfronteriza.

2^a) El art. 1.2^o LAI, en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, se ocupa de la adopción transfronteriza e incorpora literalmente el término “menor”, al referirse al adoptando. Así, contempla la adopción de un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y que debe residir en el extranjero. Dicho precepto exige además que el menor haya sido o vaya a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España. Evidentemente, ello deja fuera a las adopciones de personas mayores de edad, como la del supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Valencia.

3.^a) Tal como se desprende del propio art. 1.2^o LAI, la noción de adopción internacional prevista en el vigente artículo únicamente opera respecto de las disposiciones del Título I, que incorporan únicamente los aspectos relativos a la fase administrativa previa a la constitución de la adopción y que, consecuentemente, solo operan respecto de las adopciones de menores de edad.

4.^a) En lo que se refiere a las normas de DIPr del Título II de la LAI, el vigente art. 1.1 LAI, alude genéricamente a la adopción en los supuestos en que exista algún elemento extranjero, diferenciando claramente la institución adoptiva de otras instituciones de protección de menores. Por consiguiente, de este precepto se colige que el Título II LAI comprende tanto la adopción de menores como la de personas mayores de edad o en su caso, emancipadas.

4. Una vez que se ha dejado claro que la LAI ampara a las adopciones de mayores de edad, cabe cuestionar el iter argumentativo seguido por la Audiencia Provincial de Valencia a la hora de fundamentar la competencia judicial internacional en el caso concreto. Es verdad que, estando ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, tal como resuelve el Tribunal de segunda instancia, el punto de partida ha de situarse en el art. 9 LJV, que, en su ap. 1, en defecto de Tratados y normas internacionales, dirige a los foros de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como también es cierto que el art. 21 LOPJ remite a las leyes españolas cuando no se pueda determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles a través de las normas contenidas en los Tratados o Convenios internacionales y en los instrumentos legales de la Unión Europea.

No obstante, la fundamentación de la Sala, a partir de este momento, resulta de todo punto inadecuada. Así, debe indicarse que el foro del domicilio del demandado en España del art. 22 ter LOPJ, al que recurre la Audiencia Provincial de Valencia para declarar la competencia de los

órganos jurisdiccionales españoles, no puede operar en relación con los expedientes de jurisdicción voluntaria, como es el caso del expediente de adopción sometido a la consideración del Tribunal *ad quem*, toda vez que en el mismo no hay partes. Igualmente improcedente resulta la decisión de la audiencia de acudir al foro especial del art. 22 quáter d) LOPJ, puesto que el mismo está previsto para la filiación por naturaleza. Más aún, cuando la propia LOPJ ha incorporado un foro específico en materia de adopción en el art. 22 quáter e), lo cual descarta por completo la aplicación del párrafo anterior.

5. Cabe preguntarse, entonces, cómo habría debido de proceder la Audiencia Provincial. A este respecto, como ya se ha señalado, el art. 9.1º LJV remite a la LOPJ, cuyo art. 22. quáter e), a su vez dirige a la LAI. Tampoco hay que olvidar aquí que el art.41 de la propia LJV reenvía asimismo a las normas de la LAI. La LAI, en su art. 14, atribuye a los Tribunales españoles la competencia judicial internacional para la constitución de adopción en supuestos internacionales cuando el adoptando o el adoptante sean españoles o tengan su residencia habitual en España. La nacionalidad y residencia de ambas partes habrán de tomarse en consideración en el momento de la presentación del ofrecimiento para la adopción. Llegados a este punto, no debe desconocerse que no es necesaria la intervención de la Entidad Pública en los expedientes de adopción de personas mayores de edad (art. 176.2.4ª Cc) y por ello, será el momento de la presentación de la solicitud que dará inicio al expediente de adopción en el Juzgado de Primera instancia al que habrá que atender para determinar la nacionalidad o la residencia habitual de adoptante y adoptando.

Sentadas las anteriores consideraciones, resulta claro que, en el supuesto examinado, los órganos jurisdiccionales españoles resultan competentes internacionalmente para conocer del expediente de adopción internacional, habida cuenta que la adoptanda residía en España en el momento de presentar la solicitud de adopción ante el Juzgado de Primera instancia.

6. En último término, cabe observar que tampoco atina del todo la Audiencia Provincial de Valencia en lo relativo a la determinación del concreto órgano jurisdiccional que resultará territorialmente competente para la constitución de la adopción. Ciertamente, no cabe duda de que la competencia territorial no puede fijarse en este caso conforme al art. 33 LJV, puesto que el adoptante reside en el extranjero. Como también es verdad que, en supuestos como el de autos, en el cual no es posible concretar la competencia territorial conforme a los criterios de la LJV, el art. 9.2º de dicho texto legal prevé que la competencia territorial recaerá en el órgano jurisdiccional del lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución.

Ahora bien, sobre este particular, hay que señalar que el Tribunal *ad quem* ha hecho caso omiso a lo previsto en el art. 16 LAI, que, tras enviar, en el ap. 1, a las normas de la jurisdicción voluntaria para determinar la competencia objetiva y territorial, facilita, en el ap. 2, una solución para aquellos supuestos en los cuales no sea posible determinar la competencia territorial con arreglo al párrafo anterior, estableciendo que ésta corresponderá al órgano judicial que los adoptantes elijan.

7. Muy probablemente, los errores cometidos en la resolución objeto de esta nota jurisprudencial haya que achacarlos a la decisión de desechar la aplicación de la LAI desde el inicio, lo que, a buen seguro, ha conducido al Tribunal *ad quem* al planteamiento erróneo de la cuestión y a una solución equivocada.

Mª Jesús SÁNCHEZ CANO*

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

ALIMENTOS

45. EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO PARA LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA BÚLGARA A INSTANCIA DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO, COMO ENTIDAD INTERMEDIARIA SE, SE HA AJUSTADO AL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL REGLAMENTO CE 4/2009 (AAP Ourense 1ª 13 de julio 2021)
46. PARA DECIDIR LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES DE ALIMENTOS DEBIDAS A LOS HIJOS DE UN MATRIMONIO ARGELINO SE APLICA ART. 3 DEL REGLAMENTO 4/2009 (SAP Valencia 10ª 18 octubre 2021)
47. APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA A UN SUPUESTO DE DENEGACIÓN DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA SOLICITADA POR LA ESPOSA DE NACIONALIDAD CANADIENSE CONTRA SU ESPOSO DE NACIONALIDAD BELGA, QUE HABÍAN CONTRAÍDO MATRIMONIO EN BÉLGICA (SAP Barcelona 12ª 2 diciembre 2021)
48. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA FIJAR ALIMENTOS DE UN MENOR RESIDENTE EN ESPAÑA DE PADRES VENEZOLANOS (SAP Barcelona 18ª 11 julio 2022)

ARBITRAJE

49. PROCEDE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS E *INAUDITA PARTE* EN TRAMITACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE UN LAUDO EXTRANJERO (AAP Madrid 8ª 7 julio 2021)
50. ESTIMACIÓN DE UN INCIDENTE DE NULIDAD ACORDANDO LA NULIDAD DEL EMPLAZAMIENTO DEL ESTADO DE MALASIA Y DE TODOS LOS SUCESIVOS ACTOS PROCESALES DE ESTE PROCEDIMIENTO INCLUYENDO EL NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO (ATSJ Madrid CP 1ª 29 junio 2021)
51. DENEGACIÓN DE UNA SOLICITUD QUE INTERESA QUE EL JUEZ DEL CONCURSO ACUERDE SUSPENDER O INAPLICAR UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE INTERNACIONAL CONTENIDA EN EL CONTRATO (SAP Santander 4ª 16 septiembre 2021)
52. NO CONURRE NINGUNO DE LOS OBSTÁCULOS –MATERIALES NI FORMALES– QUE DE ACUERDO CON LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 IMPEDIRÍAN ACCEDER AL EXECUÁTUR DE UN LAUDO ADMINISTRADO POR LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL DE DOHA (ATSJ Madrid CP 1ª 21 septiembre 2021)
53. EN UN PROCEDIMIENTO DE EXECUÁTUR DE UN LAUDO CCI EL TSJ DE MADRID CONSIDERA QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL HA MOTIVADO SUFICIENTEMENTE SU CRITERIO ACERCA DE LA RAZONABILIDAD DE LA CONDENA EN COSTAS (ATSJ Madrid CP 1ª 21 septiembre 2021)
54. EL TSM DE MADRID OTORGA EL EXECUÁTUR DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO POR ÁRBITROS DESIGNADOS POR LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL – TRIBUNAL INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE PORTUGAL (ATSJ Madrid CP 1ª 24 enero 2022)
55. SI LA ACTORA QUIERE PEDIR LA EJECUCIÓN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS QUE LE CONVENGAN DE UN LAUDO CCI DICTADO EN PARÍS HA DE SOLICITAR PRIMERO EL RECONOCIMIENTO, Y PUEDE HACERLO RESPECTO DE TODAS O ALGUNAS DE LAS SOCIEDADES QUE HAYAN RESULTADO CONDENADAS (ATSJ Andalucía CP 1ª 10 febrero 2022)
56. ANTE LA CARENCIA DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS POR PARTE DE LA SOCIEDAD DEMANDADA PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DEL LAUDO ARBITRAL DICTADO EN MÉXICO EN EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO ANTE LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CCI (ATSJ Andalucía CP 1ª 3 marzo 2022)

57. ES PRINCIPIO DEL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 EL DE AUSENCIA DE REVISIÓN EN CUANTO AL FONDO, ANTE LA EXIGENCIA A LOS ESTADOS PARTE, DE RECONOCER LA AUTORIDAD DEL LAUDO Y CONCEDER SU EJECUCIÓN, QUE TAN SÓLO SE PODRÁ DENEGAR, CONFORME A LAS CAUSALES DE SU ART. V (ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022)

58. EXECUÁTUR DE UN LAUDO POR ACUERDO DE LAS PARTES DICTADO EN NUEVA YORK EN EL SENO DE LA ASOCIACIÓN AMERICANA DE ARBITRAJE (ATSJ Madrid CP 1ª 15 marzo 2022)

59. NO SE ESTÁ EJERCITANDO LA ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES ARBITRALES EXTRANJERAS, SINO PROMOVRIENDO UNA MEDIDA CAUTELAR RELACIONADA CON UN LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO CUYA EJECUCIÓN SE LLEVA A CABO EN MARRUECOS (ATSJ Madrid CP 1ª 15 marzo 2022)

60. EXECUÁTUR DE UN LAUDO LCIA: EN CUANTO A LOS MOTIVOS DE OPOSICIÓN CONTEMPLADOS EN EL ART. V.2º DEL CONVENIO DE NUEVA YORK Y QUE PODRÍA DAR LUGAR A UNA ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA SALA NO SE ACREDITAN NI OBSERVAN (AAP TSJ Madrid CP 1ª 5 mayo 2022)

61. SE ANULA EL LAUDO, PUES LA CLÁUSULA ARBITRAL CONTROVERTIDA NO SATISFACE EL PRESUPUESTO DE VALIDEZ QUE CIERRA EL ART. 33 CONVENIO CMR (STSJ Cataluña CP 1ª 27 mayo 2022)

62. SE DESESTIMA UNA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA O PREJUDICIALIDAD CIVIL Y SE DECLARA LA EJECUTORIEDAD EN ESPAÑA DE 2 LAUDOS DICTADOS POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE FOSFA INTERNATIONAL EN LONDRES (ATSJ Andalucía CP 1ª 25 abril 2022)

63. EXECUÁTUR DE UN LAUDO DICTADO EN SAO PAULO (BRASIL) POR LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (ATSJ Andalucía CP 1ª 20 junio 2022)

BIENES

64. SIENDO ESPAÑA EL LUGAR DE PAGO DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA DEL PRECIO FINAL DE LA VENTA DE UNA VIVIENDA, EL LITIGIO DEBE DE RESOLVERSE CON ARREGLO AL DERECHO MATERIAL ESPAÑOL (SAP Alicante 4ª 13 mayo 2021)

65. LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO EXISTENTE SOBRE EL BIEN COMÚN DE LOS LITIGANTES SITO EN LONDRES (REINO UNIDO) CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES DEL REINO UNIDO (AAP Barcelona 12ª 18 junio 2021)

66. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y LEY APLICABLE EN LITIGIOS DERIVADOS DE CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES DE USO COMPARTIDO (SAP Tenerife 3ª 29 junio 2021)

67. EL TRIBUNAL SUPREMO INADMITE UN RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL EN TEMA CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES DE USO TURÍSTICO (ATS Civ 1ª 15 septiembre 2021)

68. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES AL ESTABLECERSE UN PACTO DE SUMISIÓN NO EXCLUSIVA A LOS TRIBUNALES INGLESES CONSIDERÁNDOSE AMPARADOS LOS DEMANDANTES CONSUMIDORES EN LO DISPUESTO EN EL ART. 63 DEL REGLAMENTO BRUSELAS 1215/2012 (AAP Málaga 5ª 15 septiembre 2021)

69. UN JUEZ DE TENERIFE PLANTEA UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJ EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS DE BIENES INMUEBLES DE NACIONALES BRITÁNICOS (AJPII Granadilla de Abona 13 octubre 2021)

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

72. LA CUESTIÓN REFERIDA A LA FALTA DE COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS ESPAÑOLES SOLO PUEDE SER IMPUGNADA POR MEDIO DEL CAUCE DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL (ATS Civ 1ª 24 febrero 2021)
73. PUESTO QUE DINAMARCA NO PARTICIPÓ EN LA ADOPCIÓN DEL REGLAMENTO 1896/2006, DE 12 DICIEMBRE 2006 POR EL QUE SE ESTABLECE UN PROCESO MONITORIO EUROPEO, DICHO PROCEDIMIENTO NO LE ES VINCULANTE NI APLICABLE (AAP Mallorca 3ª 23 marzo 2021)
74. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PARA EL CONOCIMIENTO DE LA INSTANCIA DEL PROCESO MONITORIO EUROPEO, REGULADO EN EL REGLAMENTO (CE) N.º 1896/2006 (AAP Alicante 5ª 27 abril 2021)
75. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL TODAVÍA NO ESTÁ DETERMINADA PORQUE EL JUEZ DEBÍA DE DAR TRASLADO DE LA DEMANDA A LA PARTE DEMANDADA Y ESPERAR AL ELEMENTO DECISIVO DE SU COMPARECENCIA O FALTA DE PERSONACIÓN (AAP Vitoria 1ª 18 mayo 2021)
76. LA DEMANDANTE NO PUEDE IGNORAR LA EXISTENCIA DE LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A LOS TRIBUNALES DE HAMBURGO COMO PARTE DE LAS OBLIGACIONES QUE SURGÍAN DEL CONTRATO (AAP Valencia 9ª 21 julio 2021)
77. EL HECHO DE QUE UNO DE LOS CODEMANDADOS (EL FABRICANTE) TENGA EN DOMICILIO EN GRAN BRETAÑA, NO IMPLICA QUE LAS ACCIONES CONTRA ÉSTE DEBAN EJERCITARSE, EN TODO CASO, ANTE LOS TRIBUNALES DE SU DOMICILIO (AAP Madrid 14ª 23 julio 2021)
78. LA SUMISIÓN EXPRESA CONSTITUYE UN FUERO DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA EXCLUSIVA ENTRE LAS PARTES FIRMANTES DEL ACUERDO DE SUMISIÓN Y ESTA REGLA ES APLICABLE A LOS TRIBUNALES INGLESES, COMO DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE A LA FECHA TANTO DE LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS (AAP Madrid 28ª 23 julio 2021)
79. TANTO SI DE OFICIO SE APLICA EL DERECHO ALEMÁN, COMO SI SE APLICA EL DERECHO COMUNITARIO O EL DERECHO ESPAÑOL, "TODOS" CONDUCEN A LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A LOS TRIBUNALES ALEMANES (AAP Salamanca 1ª 10 septiembre 2021)
80. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN PROCEDIMIENTO MONITORIO EUROPEO EN RECLAMO LA EFECTIVIDAD DE UNA DEUDA DERIVADA DEL SUMINISTRO DE MERCANCÍAS A PORTUGAL (AAP Murcia 1ª 13 septiembre 2021)
81. NO SE APRECIA JUSTIFICACIÓN PARA DECLARAR DE OFICIO LA FALTA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA (AAP Ourense 3ª 15 septiembre 2021)
82. LA EXCEPCIÓN PROCESAL PREVISTA EN EL RB I BIS ESTÁ ABOCADA AL FRACASO PORQUE TUVO LUGAR LA PERSONACIÓN DE LA DEMANDADA, SIN QUE DENUNCIARA LA FALTA DE COMPETENCIA DEL JUZGADO (AAP Murcia 4ª 23 septiembre 2021)
83. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE ÁNDORRA PUES ANTE ELLOS SE HAN TRAMITADO DIVERSOS PROCEDIMIENTOS (SEPARACIÓN 2008, MODIFICACIÓN DE MEDIDAS 2017), NO CUESTIONÁNDOSE LA COMPETENCIA DE AQUELLOS POR AMBAS PARTES (AAP Zaragoza 2ª 28 octubre 2021)
84. PROCESO DE DIVORCIO PENDIENTE CON IDÉNTICO OBJETO Y CAUSA DE PEDIR, ENTRE LAS MISMAS PARTES, ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE UN ESTADO EXTRANJERO EN EL MOMENTO EN QUE SE INTERPONE UNA DEMANDA ANTE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL ESPAÑOL (AAP Oviedo 1ª 26 noviembre 2021)

85. NO CONSTA ACREDITADA LA CONCERTACIÓN DE PACTO ALGUNO EN CUANTO AL LUGAR Y FORMA EN QUE HABRÍA DE EFECTUARSE EL PAGO, DE MODO QUE LA COMPETENCIA NO PODRÍA CORRESPONDER A LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PORQUE LA DEMANDADA TIENE SU DOMICILIO EN CATAR (AAP Barcelona 16ª 1 diciembre 2021)

86. EN LA MEDIDA EN QUE UNA PERSONA JURÍDICA, TENGA SU DOMICILIO EN ESPAÑA, ELLO ENTRAÑA SU SUJECCIÓN A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL ESTADO MIEMBRO DE RESIDENCIA, QUE EN ESTE CASO LO SON LOS ESPAÑOLES (AAP Madrid 28ª 3 diciembre 2021)

87. TIENEN VALIDEZ LOS CRITERIOS CONSOLIDADOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS PACTOS DE SUMISIÓN A TRIBUNALES EXTRANJEROS, AUNQUE SEAN TRIBUNALES DE ESTADOS QUE NO SON MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA (AAP Valencia 9ª 10 mayo 2022)

88. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN UNA DEMANDA INTERPUESTA POR UNA SOCIEDAD QUE GESTIONA LOS GASTOS ADEUDADOS A LOS SERVICIOS DE LA SALUD PÚBLICA CONTRA UNA ASEGURADORA AUSTRIACA POR LOS SERVICIOS SANITARIOS PRESTADOS A DOS CIUDADANAS BRITÁNICAS (SAP Madrid 2ª 20 junio 2022)

COMPRAVENTA INTERNACIONAL

70. EL INCOTERM FCA ESTABLECE QUE EL VENDEDOR PONDRÁ LA MERCANCÍA EN EL LUGAR ESTIPULADO A DISPOSICIÓN DEL COMPRADOR POR TANTO, EL JUZGADO CARECE DE JURISDICCIÓN PARA CONOCER DE LA PRESENTE DEMANDA POR CORRESPONDER SU CONOCIMIENTO A LOS TRIBUNALES DE DINSLAKEN, ALEMANIA (AAP de Murcia 5ª 6 julio 2021)

71. DETERMINADA LA APLICABILIDAD DEL CONVENIO DE VIENA DE 1980 OPERA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD ESCRIMIDA POR LA DEMANDADA (SAP Barcelona 14ª 16 marzo 2022)

CONSUMIDORES

89. NO ES APLICABLE LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA PREVALECIENDO EL FUERO ESCOGIDO POR EL CONSUMIDOR, EN SU ESTADO, A LOS FINES DE AMPARAR A LA PARTE MÁS DÉBIL DE LA RELACIÓN JURÍDICA (AAP Barcelona 11ª 26 mayo 2021)

90. LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE NO PUEDE ACARREAR, PARA EL CONSUMIDOR, LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN QUE LE PROPORCIONEN AQUELLAS DISPOSICIONES QUE NO PUEDAN EXCLUIRSE MEDIANTE ACUERDO (SAP Tenerife 1ª 21 junio 2021)

Observaciones: La decisión de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife tiene su origen en el recurso de apelación que interpone la entidad Paradise Trading SL, demandada en la instancia, frente a la sentencia de 18 diciembre 2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº. 4 de Arona, en la que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. H. E. D. y Dª C. J. D., se declara la nulidad de pleno derecho del contrato firmado entre los litigantes y se condena a la recurrente a pagar determinada cantidad y a la restitución de los derechos adquiridos. Esta sentencia se suma al conjunto de decisiones que en los últimos años proliferan y ponen de relieve las dificultades que introduce la internacionalización de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (*vid.* M. Sabido Rodríguez, Contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, algunas cuestiones planteadas a la luz de la jurisprudencia española, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 1, 2022, pp. 470-487).

Los hechos que originan la decisión de la Sala son los siguientes. Los demandantes, domiciliados en Reino Unido, celebraron en España, el 28 septiembre 2014, con la demandada,

sociedad con domicilio en España y que ejerce en este país su actividad, un contrato por el que adquirieron un aprovechamiento por turno, denominado Propiedad Fraccional. Alegan que dicho contrato es nulo porque, al amparo de la legislación española, vulnera las leyes de protección de consumidores. Por su parte, la demandada alega falta de legitimación pasiva, pues la misma corresponde a CLC Resort Developments Limited, sociedad con sede en Reino Unido, y sostiene que el contrato tiene su objeto perfectamente determinado, consistente en la adquisición de la condición de socio del Club, club de vacaciones, y al mismo resulta aplicable la legislación inglesa.

Afirma la Sala que no se cuestiona el carácter de consumidor de la parte apelada. A la vista de la decisión de instancia, el concepto de consumidor al que hace referencia la Sala se entiende referido a toda persona física que actúa al margen de su actividad profesional y, aunque tenga ánimo de lucro en alguna de sus actividades, estas no se caracterizan por su habitualidad (*vid.*, entre otras, SSTs nº. 16/2017, de 16 de enero y nº. 518/2019, de 4 de octubre). No obstante, ello no implica que nos encontremos ante un contrato internacional de consumo en los términos del art. 6.1º del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, RRI), como más adelante señalaremos. Las cuestiones controvertidas en el asunto se refieren a la ley aplicable al fondo del asunto, a la falta de legitimación pasiva, a la calificación del contrato, así como a determinar si se cumple con el contenido legal y si reúne sus requisitos esenciales y, en su caso, el alcance de la devolución de prestaciones. Cuestiones que se plantearon en la instancia y sustentan los principales motivos del recurso de apelación. No obstante, desde la perspectiva del Derecho internacional privado interesa destacar los dos primeros motivos, íntimamente vinculados entre sí y de los que depende la solución al resto de cuestiones planteadas. A su análisis dedicaremos las siguientes páginas.

Frente a la decisión de instancia, el primero de los motivos alegados por la recurrente se refiere a la falta de legitimación pasiva. Sostiene esta parte, como ya hiciera en la instancia, que actuó en el contrato como mandatario comercial de la entidad CLC Resort Development Limited que es la real vendedora. No obstante, a partir de la documental obrante, el tribunal de apelación desestima el recurso. En el contrato la recurrente es identificada como vendedora. Su intervención en nombre propio y no como representante de otra entidad la hace titular de la relación jurídica que se dirime en el procedimiento. La función que tiene atribuida en el grupo al que pertenece es la comercialización de productos del grupo lo que implica asumir la posición de vendedor y sujeto de la relación jurídica. Esta comparecencia como titular de la relación jurídica, desde un punto de vista procesal, le otorga la legitimación procesal.

La participación en un proceso como demandante o demandado se basa en la existencia de un derecho subjetivo derivado de la relación litigiosa (M. Ortells Ramos (dir. /coord.), *Derecho procesal civil*, 19ª ed., 2020, p. 125). La legitimación no se configura como una cuestión de naturaleza estrictamente procesal sino vinculada con el Derecho material en cuya virtud se determina la cualidad que posee un sujeto en relación con la pretensión ejercitada y si tal cualidad la posee como titular del derecho subjetivo o no. Esta configuración se traduce, en DIPr, en la necesidad de abordar su ordenación no solo, ex art. 3 LEC, conforme a la *lex loci processalis*, sino mediante la aplicación de la ley que rige el fondo del asunto.

La decisión de la audiencia se ha limitado a determinar la existencia de la correcta configuración de la relación procesal como actor, los consumidores, y como demandada la empresa que en el contrato resulta como vendedor. Desde un punto de vista material, la legitimación *ad causam*, vinculada al fondo del asunto, requiere valorar aspectos relacionados con la titularidad de la propiedad, así como la relación existente entre las empresas del grupo. En todo caso, el ordenamiento designado aplicable conforme al sistema de DIPr español determinará si procede o no la declaración de nulidad del contrato, así como si procede o no la devolución de las cantidades abonadas y, en su caso, a quién y cómo debe efectuarse la devolución. Es este ordenamiento el que determina los sujetos obligados y las responsabilidades

derivadas de las relaciones contractuales. Se trata, en definitiva, de una cuestión que debe resolverse en íntima conexión con el siguiente motivo.

El segundo motivo alegado se centra en la determinación del Derecho aplicable al contrato litigioso. Entiende la apelante que, en virtud de la cláusula de elección, es aplicable la legislación inglesa. Tanto el tribunal de instancia como el de apelación, afirman, que la elección de la ley aplicable no puede acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo. Siguiendo las pautas del juzgador de instancia la Sala de apelación entiende de aplicación el art. 4.2º RRI y, aunque admite la elección de ley conforme al art. 3 RRI, considera que tal elección no es válida en virtud de lo dispuesto en el art. 6.2º RRI, debiéndose aplicar la ley española en tanto que ley del país de residencia habitual del prestador característico. A ello añade la calificación de la cláusula de elección de ley como cláusula abusiva a tenor de los arts. 82 y concordantes del Real Decreto Legislativo 1/2007 por lo que, ex art. 67 del mismo texto legal regirá la ley española.

La solución acogida por el tribunal de apelación suscita varias cuestiones. En primer lugar, la calificación del contrato conforme al RRI requiere la concurrencia de los requisitos previstos en su art. 6.1º y, en su defecto, el contrato celebrado por el consumidor seguirá las reglas generales sobre ley aplicable previstas en los arts. 3 y 4, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 6.3º.

Considerando que el contrato ha sido celebrado con la demandada, que no actúa como mandataria de CLC, nos encontraríamos ante un contrato que no reúne las condiciones previstas en el art. 6.1º RRI y, en consecuencia, no puede ser calificado como contrato internacional de consumo. Paradise Trading SL ejerce su actividad en España y no en el Estado de la residencia habitual de los consumidores (Reino Unido). Conforme al art. 6.3 RRI, la determinación del Derecho aplicable se rige por los arts. 3 y 4. Estos preceptos consagran la autonomía de la voluntad y, en su defecto, el art. 4 prevé un conjunto de conexiones que, en su párrafo primero, atienden al tipo de contrato de que se trate y, si no concurren, el párrafo segundo establece una cláusula general que designa aplicable la ley del Estado de la residencia habitual del prestador característico. Habiéndose incorporado una cláusula de elección de ley al contrato litigioso, salvo que esta no sea válida, la ley designada rige dicho contrato.

En segundo lugar, los límites a la autonomía de la voluntad derivan bien de las previsiones contenidas el art. 3.3º y 4 RRI bien de la intervención de normas imperativas del art. 9 RRI (J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., 2020, pp. 655-660 y 687-691). Ninguna de las previstas en el art. 3 son aplicables al supuesto de autos. En el caso del párrafo cuarto porque la ley elegida es la de un Estado miembro y, en el caso del párrafo tercero porque en el caso que resuelve la Sala de apelación, en el momento de la elección, los elementos del contrato están conectados tanto con España como con Reino Unido. Las limitaciones a la autonomía de la voluntad vendrían impuestas, en su caso, por la intervención de normas imperativas del foro ex art. 9 RRI.

El carácter abusivo de la cláusula de elección de ley puede impedir la aplicación del Derecho designado aplicable por contravenir las normas imperativas de la *lex fori*. Procede determinar, en tercer lugar, el carácter abusivo de la cláusula de elección de ley aplicable. Para ello debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE. Esta Directiva constituye una norma general de protección de los consumidores que se aplica en todos los sectores de la actividad económica y está sometida a ella una cláusula de elección de ley cuando haya sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión.

La interpretación del art. 3.1º de la Directiva 93/13 conforme a la reciente jurisprudencia del TJUE nos permite concluir que es abusiva una cláusula de un contrato “celebrado entre un profesional y un consumidor, cláusula que no fue negociada individualmente y que establece como Derecho aplicable el del Estado en que se encuentra el domicilio social de la sociedad comanditaria, cuando induzca al consumidor a error dándole la impresión de que el contrato se

rige exclusivamente por el Derecho de ese Estado miembro, sin informarle de que, conforme al (...) al art. 6, ap. 2 Reglamento Roma I, le ampara también la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho nacional que sería aplicable de no existir esa cláusula" (STJUE 3 octubre 2019, as. C-272/18, *Verein für Konsumenteninformation y TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG*). El TS ha señalado las notas que determinan el carácter abusivo de una cláusula de elección de ley afirmando que "no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el art. 5 de la Directiva 93/13" y "viola el requisito de transparencia si no informa al consumidor de que la ley designada (...) no puede tener por efecto privarle de la protección que le ofrecen las normas imperativas de la ley del Estado donde tenga su residencia habitual" (STS de 20 de julio 2021 ECLI:ES:TS:2021:3073).

Para ser declarada abusiva la sumisión a la ley realizada mediante una cláusula contractual debe causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones entre las partes y obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales al consumidor. Circunstancias que no concurren en la elección realizada en el supuesto de autos. En él, la elección de ley conlleva la aplicación de la ley de residencia habitual del consumidor. Lejos de desproteger al consumidor, le permite aplicar al contrato celebrado un ordenamiento con el que está familiarizado, conoce sus derechos y obligaciones y le resultará más fácil probar su contenido. Tal elección no conlleva el desequilibrio que trata de evitar la Directiva 93/13. Por tanto, la cláusula de elección de ley contenida en el contrato litigioso no puede ser calificada como abusiva. La elección de la ley es válida y la ley inglesa, ley de residencia habitual de los consumidores, resulta aplicable al fondo del asunto ex art. 3 RRI.

Mercedes SABIDO RODRÍGUEZ *

91. DE CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO ROMA I LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE NO PUEDE ACARREAR PARA EL CONSUMIDOR LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN QUE LE PROPORCIONEN AQUELLAS DISPOSICIONES QUE NO PUEDAN EXCLUIRSE MEDIANTE ACUERDO (SAP Tenerife 1ª 23 septiembre 2021)

92. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES, PUES AUNQUE LA FACTURA DICE LO CONTRARIO, SEGÚN SE AFIRMA LA DEMANDA SE HA FUNDADO, EN CUANTO AL FONDO, EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA Y, ADEMÁS, EL DEMANDANTE HA APORTADO DOCUMENTOS DE LOS QUE RESULTA QUE ES UN TRABAJADOR POR CUENTA AJENA (AAP Barcelona 16ª 13 octubre 2021)

CONTRATOS

93. SIENDO EL LUGAR DE PAGO DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA DEL PRECIO FINAL DE LA VENTA, EN ESTE CASO ESPAÑA, POR LO QUE EL LITIGIO DEBE DE RESOLVERSE CON ARREGLO AL DERECHO MATERIAL ESPAÑOL (SAP Alicante 4ª 13 mayo 2021)

94. INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES AL NO TENER LA DEMANDADA DOMICILIO EN ESPAÑA, NI LA OBLIGACIÓN DEBE CUMPLIRSE EN ESPAÑA, NI LA DEMANDADA TIENE SUCURSAL EN ESPAÑA (AAP Madrid 13ª 9 junio 2021)

95. EL REGLAMENTO ROMA II RECONOCE AL PERJUDICADO ACCIÓN DIRECTA CONTRA LA ENTIDAD ASEGURADORA SI ASÍ LO DISPONE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE SEGURO (SAP Salamanca 1ª 21 junio 2021)

* Profesora Titular de Universidad. Departamento de Derecho privado. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura.

96. DETERMINACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN CONFORME AL DERECHO SUIZO EN APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I (SAP MADRID 28^a 23 JULIO 2021)

97. EL TS SE PRONUNCIA SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE, LA ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y LA VALIDEZ DEL PACTO DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE (STS Cív 1^a 27 julio 2021)

98. EN DEFECTO DE SUMISIÓN EXPRESA O TÁCITA, AUNQUE EL DEMANDADO NO TUVIERA SU DOMICILIO EN ESPAÑA, LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES SERÁN COMPETENTES EN MATERIA DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES CUANDO LA OBLIGACIÓN OBJETO DE LA DEMANDA SE HAYA CUMPLIDO O DEBA CUMPLIRSE EN ESPAÑA (SAP Sevilla 2^a 2 febrero 2022)

99. NO CONSTA EN LA PRUEBA PRACTICADA QUE SE HAYA INFORMADO AL COMPRADOR SOBRE LA EXISTENCIA EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA DE GARANTÍAS QUE PROTEJAN SU INVERSIÓN EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA VENDEDORA (SAP Madrid 25^a 1 marzo 2022)

DERECHO DEL TRABAJO

100. IRRELEVANCIA DE LA CAPTACIÓN SIN CONTRATACIÓN EN ESPAÑA POR UNA SOCIEDAD PERTENECIENTE AL GRUPO MULTINACIONAL DE LA EMPLEADORA (STSJ Madrid Soc 1^a 13 enero 2022)

Observaciones: 1. El demandante es un trabajador español que fue contratado por una sociedad domiciliada en Armenia para prestar servicios en ese mismo país. Otra sociedad, domiciliada en España, había mantenido “unos previos contactos con el actor antes de su efectiva contratación”. El trabajador presentó una demanda de despido en España, siendo varias las demandadas: la sociedad que, según parece, le había captado; la sociedad que figuraba como empleadora en su contrato; otra sociedad a la que según el trabajador ambas pertenecían; una sociedad que, tras su extinción, había adquirido parte del grupo; la administradora concursal; y el FOGASA. Todas las demandadas se encontraban domiciliadas en España, excepto la sociedad armenia que figuraba como empleadora en el contrato. El trabajador sostenía que la sociedad armenia era en realidad una sucursal de la sociedad domiciliada en España que le había captado, de modo que esta última sería la verdadera empleadora.

El Juzgado de lo Social declaró su falta de competencia en primera instancia y desestimó el recurso de reposición interpuesto por el trabajador, advirtiéndole de que podía presentar la demanda ante los tribunales de Armenia. En la sentencia comentada, el TSJ confirmó la falta de competencia de los tribunales españoles, partiendo de que el empleador real era la sociedad armenia, de que esta no poseía ningún establecimiento secundario en España, y de que el trabajador no prestó servicios en ningún momento en territorio español. No se daban, por tanto, ninguna de las circunstancias requeridas por el RB I bis, ni tampoco por la LOPJ, para sostener la competencia de los tribunales españoles. Igualmente, el TSJ se aventura a anticipar la competencia de los tribunales armenios, utilizándola para sostener que no existiría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, alegada por el trabajador, ni, por tanto, la necesidad de activar el *forum necessitatis* de la LOPJ.

Como puede observarse, en la sentencia emergen esencialmente dos cuestiones de interés en la determinación de la competencia judicial internacional en litigios laborales: de forma directa, como objeto del recurso planteado por el trabajador, la relativa a la aplicación del foro del domicilio del empleador cuando la sociedad que contrata al trabajador pertenece a un grupo multinacional; de forma indirecta, como cuestión subyacente, la irrelevancia de la sociedad que capta al trabajador, pero no le contrata, en la determinación de la competencia.

2. El fallo de la sentencia comentada se fundamenta en la jurisprudencia del TS. Se reproduce extensamente la STS 885/2021 de 14 septiembre 2021, en la que también se discutió quién debe ser considerado como el empleador en las relaciones laborales que se desarrollan en el contexto

de grupos multinacionales de empresas. Ambos casos presentan, no obstante, diferencias notables.

En la sentencia del TS el trabajador demandante había trabajado para cuatro sociedades distintas. Se habían formalizado cuatro contratos de trabajo de forma sucesiva, en virtud de los cuales el trabajador había prestado servicios en cuatro países diferentes, todos ellos terceros Estados. El trabajador sostenía la competencia de los tribunales españoles porque el grupo al que pertenecían las cuatro sociedades se encontraba domiciliado en España. El TS sostuvo que solo podía considerarse como empleadora a la sociedad que le había contratado en último lugar, para la que el trabajador se encontraba prestando servicios antes de la presentación de la demanda de despido. Ha de señalarse que el TS se apoyó en el asunto *Voogsgeerd* (STJ 15 diciembre 2011, C-384/10), en el que no se interpretó el foro del domicilio del empleador, sino el foro subsidiario del establecimiento contratante.

Para el TS, por tanto, ni siquiera cabe considerar al grupo como empleador cuando un mismo trabajador presta servicios para diferentes sociedades del grupo de forma sucesiva. En estas situaciones cabe plantearse la existencia de una única relación laboral, aunque fraccionada en varios contratos, lo que en este caso contribuía a acreditar el hecho de que al trabajador se le reconociera una antigüedad desde la fecha de inicio del primer contrato (*vid.* Á. Espiniella Menéndez, *La relación laboral internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 315–317).

3. El fallo del TSJ en la sentencia comentada resultaba muy previsible a la vista de la STS 885/2021, pues la influencia de la contratación en el seno de un grupo multinacional en el presente caso había sido mucho menor. Esta había consistido únicamente en la captación del trabajador por una sociedad distinta de la empleadora, y el trabajador había prestado servicios para una única sociedad. Para el TSJ, al igual que para el TS, solo cabe considerar como empleadora a la sociedad que figura como tal en el contrato: la empresa domiciliada en Armenia es la empleadora real, y no cabe atribuir tal condición ni a la matriz a la que esta supuestamente pertenecía, ni al grupo.

En la sentencia no se encuentran datos que permitan sostener una mayor implicación de la sociedad española que captó al trabajador, y se deduce que la sociedad armenia fue la que actuó en todo momento como empleadora (“era quien figura como emisora de sus nóminas y quien figuraba como pagador de las mismas en las órdenes de pago, a quien dirigía las solicitudes de permiso”). La captación del trabajador es una circunstancia ignorada tanto en los foros RB I bis como en la LOPJ, por lo que la sociedad española carece de relevancia en la determinación de la competencia.

4. En el asunto *Markt24* (STJ 25 febrero 2021, C-804/19) existían ciertos paralelismos en cuanto a las circunstancias de la contratación. En este caso, un agente de la empleadora contactó con la trabajadora en el Estado del domicilio de la trabajadora, pero, además, el contrato se había formalizado en ese Estado. La prestación de servicios –que nunca llegó a ejecutarse– iba a tener lugar en otro Estado miembro, donde la empleadora se encontraba domiciliada. En ambos casos, los trabajadores fueron captados en el Estado de su domicilio para prestar servicios en otro Estado. La diferencia se encuentra en que, mientras que en la sentencia comentada una sociedad distinta a la empleadora captó al trabajador, en *Markt24* lo hizo un agente de la empleadora. En ambos casos, ante la irrelevancia de la captación, los trabajadores se ven obligados a presentar la demanda en el Estado de prestación de servicios, que es al mismo tiempo el del domicilio de la empleadora (*vid.* comentario del asunto *Markt24* de G. Gabriel Pizarro en el que se enfatiza en la desprotección que puede suponer para el trabajador la omisión de la toma en consideración de la captación: “Competencia judicial internacional en materia laboral cuando el trabajador no ha realizado ninguna prestación efectiva”, *La Ley: Unión Europea*, nº 90, 2021).

La LOPJ resulta más protectora que el RB I bis en este sentido, al establecer la competencia de los tribunales españoles cuando el contrato se haya celebrado en territorio español. Dicho de otro modo, la LOPJ protege al trabajador captado en un Estado miembro distinto al de ejecución de

los servicios y al del domicilio del empleador, siempre que el contrato se haya formalizado en ese mismo Estado. El foro subsidiario del establecimiento contratante RB I bis establece la competencia del Estado en el que se encuentre domiciliada la sociedad que contrata al trabajador, pero este no coincide necesariamente con el Estado en el que se formaliza el contrato. No obstante, esta toma en consideración indirecta del Estado en el que tiene lugar la captación en la LOPJ dependiente del lugar de formalización del contrato, circunstancia que queda determinada por voluntad de la empresa, o incluso eventualmente de forma aleatoria. En cualquier caso, en la sentencia comentada el contrato se había celebrado en Armenia, por lo que los tribunales españoles no eran competentes.

5. La captación sin contratación en territorio español carece de relevancia, pues ni los foros RB I bis ni los de la LOPJ toman directamente esta circunstancia en consideración. Ahora bien, sí podría haberse considerado como una circunstancia relevante de cara a la identificación del empleador. Previamente, el TS había mostrado mucha mayor predisposición a un “levantamiento del velo” a efectos de la identificación del empleador en grupos multinacionales en la STS de 14/2018, de 16 enero 2018 (comentada críticamente por F. Garau Sobrino, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de los litigios sobre relaciones laborales [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 16 enero 2018]”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 457-466).

Las circunstancias del caso en la STS 14/2018 presentan un mayor paralelismo con los de la sentencia comentada, si bien la influencia de la sociedad que captó a los trabajadores sobre el contrato de trabajo fue mayor. Los trabajadores habían sido captados en España por una sociedad domiciliada en España para prestar servicios en Argelia para otra sociedad. La sociedad española los seleccionó, los contrató verbalmente, gestionó su desplazamiento a Argelia, y abonaba su salario. El contrato se formalizó posteriormente en Argelia, constando la sociedad argelina como empleadora. El TS tuvo en cuenta la vinculación existente entre las sociedades (el gerente de la sociedad armenia empleadora poseía un 49% de las acciones de la sociedad, y era cónyuge de la administradora de la empresa española que captó a los trabajadores), y sostuvo la competencia de los tribunales españoles. Se partió de que la empresa argelina actuaría como una sucursal de la empresa española para sostener la competencia de los tribunales españoles conforme al RB I bis. Se consideró a la empresa española como la verdadera empleadora, y no se tuvo en cuenta que la situación prevista en el Reglamento es justamente la contraria (sucursal en Estado miembro de la empleadora domiciliada en tercer Estado y no a la inversa).

6. En la sentencia comentada queda patente la voluntad del TSJ de tomar únicamente en consideración la realidad formal de la contratación. No se da relevancia a la vinculación existente entre las sociedades que intervinieron en la contratación de los trabajadores, ni al hecho de que estas perteneciesen a un grupo multinacional de empresas.

En cualquier caso, la toma en consideración de la jurisprudencia del TS revela la necesidad de distinguir entre diferentes situaciones que suelen darse en las relaciones laborales en el contexto de grupos multinacionales, pues su tratamiento al determinar tanto la competencia como la ley aplicable debería ser diferente. En primer lugar, puede distinguirse la situación del caso comentado y de la STS 14/2018, cuando la empresa que capta al trabajador es distinta de la que figura como empleadora en el contrato. Teniendo en cuenta la STS 14/2018, cabe sostener la competencia de los tribunales españoles cuando consta una vinculación societaria entre las sociedades y la sociedad española que captó al trabajador pero no figura como empleadora en el contrato ejerce funciones propias de la empleadora. No cabría sostener la competencia de los tribunales españoles cuando la sociedad española no ha ejercido como empleadora sino que solo ha captado al trabajador, que es lo que sucede en la sentencia comentada.

La otra situación que debe diferenciarse es la de los trabajadores que circulan entre diferentes sociedades del grupo, prestando servicios para distintas sociedades, mediante sucesivos contratos encadenados, o bien de forma simultánea. Aunque *a priori* la influencia del grupo multinacional sobre el contrato de trabajo es aún mayor en estas situaciones, la postura adoptada

por el TS en la Sentencia 885/2021 es restrictiva, y no cabe sostener la competencia de los tribunales españoles por el hecho de que la sociedad que posee a las diferentes empleadoras del trabajador se encuentre domiciliada en España.

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO *

101. LAS LEYES DE PRESUPUESTOS GENERALES NO PUEDEN APLICARSE COMO NORMAS DE POLICÍA PARA EVITAR EL INCREMENTO DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA EN EL EXTERIOR EN LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DEL CASO (STSJ Madrid Soc 5ª 24 enero 2022)

Observaciones: 1. Los siete trabajadores demandantes prestan servicios en la representación permanente de España en la Unión Europea, en Bruselas. El empleador es el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. En los contratos de trabajo se prevé la aplicación de la ley belga, ley del lugar de trabajo habitual, pero se establece también la aplicación del Acuerdo de 3 diciembre 2007, de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior (BOE 8.2.2008).

Los trabajadores reclamaban que se les abonasen las cantidades debidas por un concepto previsto en el ordenamiento belga –“*double pécule de vacances*”–, equivalente a una paga extra de vacaciones. Conforme a la ley belga, los trabajadores tienen derecho a percibirlo el mes junio cada año, y no se considera parte de la remuneración, sino que tiene carácter indemnizatorio.

El Ministerio de Trabajo belga se había dirigido a la Embajada de España en Bélgica requiriendo la aplicación del concepto de la legislación belga, y el consiguiente incremento de las retribuciones de los trabajadores. La CECIR (Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones) emitió un informe en el que consideró improcedente la propuesta del Ministerio belga, sobre la base de que se establece una retribución total anual para los trabajadores que no puede incrementarse.

Ante el rechazo a un incremento de la retribución de los trabajadores, y la obligación de observar la legislación aplicable a los contratos de trabajo, la solución adoptada consistió en un cambio en la distribución mensual del salario, permaneciendo invariable su cuantía anual (se abonó el concepto en el mes de junio, y se redujo el salario en los meses de julio a diciembre para compensarlo).

El Juzgado de lo Social admitió íntegramente la demanda presentada por los trabajadores, condenando al Ministerio a abonar las cantidades reclamadas por el concepto “*double pécule vacances*” durante los años 2011 a 2014. El Ministerio empleador recurrió con base en dos motivos: prescripción de la acción según la ley española, y aplicación de las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado como normas de policía del art. 9 RRI. El TSJ desestima ambos motivos al considerar la prescripción regida por la ley aplicable a los contratos de trabajo y excluir que las leyes de presupuestos españolas resultasen aplicables a la reclamación de los trabajadores.

2. Con carácter previo, ha de señalarse que la reclamación de los trabajadores ya había sido objeto de una previa demanda de conflicto colectivo sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que fue desestimada por la STS 283/2021, de 10 marzo 2021. La desestimación se fundamentó en que no se trataba de modificación sustancial de las condiciones de trabajo sometida al procedimiento del art. 41 ET porque la alteración del salario fue llevada a cabo por la entidad empleadora para ajustarse a la ley. Para el TS se trata de una modificación, pero no sustancial, al no haber supuesto en la práctica una alteración de la retribución de los trabajadores, que, además, no tuvo origen en una decisión empresarial fundada en la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Ha de resaltarse que el TS incide en el hecho de que la modificación de la distribución mensual del salario se hizo para respetar la legislación belga y a requerimiento de las autoridades belgas,

* Investigadora predoctoral de Derecho Internacional Privado. Universidad de Oviedo.

utilizando como apoyo de su argumentación el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior, cuya aplicación resulta controvertida. El Acuerdo establece que deben respetarse “las normas de orden público aplicables en el país de destino”, y para el TS la alteración del salario derivada del cumplimiento de la normativa belga se articularía por esta vía, por tratarse de una norma de orden público del Estado en el que se prestan servicios los trabajadores.

Sin embargo, la citada previsión del Acuerdo presenta una compatibilidad dudosa con el Reglamento Roma I, y el razonamiento debería haber sido justo el contrario. La ley belga es la que rige los contratos de trabajo, por lo que su aplicación no viene justificada por la necesidad de respetar el orden público del Estado de destino. Es la aplicación del Acuerdo y de cualquier otra norma española la que constituye una excepción a la aplicación del ordenamiento que rige el contrato conforme al Reglamento. La aplicación del Acuerdo debería fundamentarse en el Reglamento, y tal encaje no se encuentra ni en el art. 8, pues no forma parte de la ley que resulta aplicable, ni tampoco, en caso de poder ser considerada como una norma de policía, en el art. 9, pues no es una norma del Estado de ejecución del contrato (Bélgica), y solo podría aplicarse una vez planteado un litigio como ley de policía del foro.

3. En relación con el motivo de impugnación basado en la prescripción de la acción, el Ministerio sostenía que la acción habría prescrito conforme a la ley española. Para el Ministerio, habiéndose presentado la reclamación en España, solo cabría aplicar el plazo de un año previsto en el Estatuto de los Trabajadores y, por tanto, la acción ya habría prescrito. Esta pretendida escisión entre obligaciones contractuales –regidas por la *lex contractus*– y plazos para interponer las acciones relativas a esas obligaciones –para el Ministerio, regidas por la *lex fori*– no es admitida por el TSJ.

El TSJ parte de que la prescripción es una materia sustantiva y no procesal, y según la legislación belga la acción no había prescrito. Al art. 12 RR I se establece expresamente que la prescripción y la caducidad de las obligaciones contractuales basadas en la expiración de un plazo quedan incluidas en la ley del contrato, de forma que los plazos para reclamar la ejecución de una obligación contractual se rigen también por la ley del contrato. Así, los plazos procesales de las acciones relativas a las obligaciones contractuales se consideran incluidos en la ley aplicable, y estos quedan sustraídos del principio general de aplicación de la ley procesal del foro.

4. Respecto al segundo motivo de impugnación, parece invocarse una aplicación general de las leyes de presupuestos como normas de policía, y también una disposición particular. Por un lado, las limitaciones al incremento de las retribuciones salariales contenidas en las leyes de presupuestos generales del Estado. Por otro lado, la disposición específica de las sucesivas leyes de presupuestos en la que se requiere un informe previo favorable de la CECIR para poder efectuar cualquier modificación de las retribuciones (art. 34º Ley 36 /2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, y correlativos en las otras leyes generales de presupuestos).

Para el TSJ, las limitaciones al incremento de las retribuciones contenidas en las leyes de presupuestos se refieren exclusivamente al salario, por lo que no cabría su aplicación como norma de policía, pues el concepto reclamado tiene naturaleza indemnizatoria según la ley aplicable al contrato. En efecto, la ley belga prevé expresamente tal naturaleza, y no consta entre los conceptos que conforman la retribución de los trabajadores.

Respecto a la norma que requiere el informe favorable de la CECIR para el incremento de las retribuciones, el TSJ se limita a rechazar el argumento sobre la base de que el informe que había rechazado tal incremento no constaba acreditado en autos.

Como se ve, las razones que llevan al TSJ a descartar la aplicación de la ley de presupuestos española como norma de policía en esta sentencia se deben a las circunstancias particulares del caso. El motivo es desestimado, pero se deduce que de haberse tratado de un concepto que formase parte del salario, y de haberse aportado el informe desfavorable de la CECIR, los trabajadores hubieran visto rechazada la pretensión de que se les abonasen las cantidades

previstas en la ley aplicable a su contrato de trabajo. En esta sentencia, por tanto, se admite implícitamente la posible aplicación de las leyes de presupuestos como normas de policía en otros supuestos (*vid.* el comentario a la STSJ Madrid 28 febrero 2022, en la que sí se rechaza con carácter general la aplicación de las normas presupuestarias como normas de policía).

5. En cualquier caso, ha de repararse en que la aplicación de las normas presupuestarias españolas solo presenta encaje en la modalidad de normas de policía del foro del art. 9 RR I. Su aplicación solo podría tener cabida una vez iniciado un litigio en España, y no existirían vías para imponerlas previamente. La aplicación como norma de policía del foro generaría una situación discriminatoria, pues se aplicaría la norma únicamente a los trabajadores que presenten la demanda en España, lo que contravendría el principio de igualdad ante la ley al que se encuentra sometida la Administración española, en virtud del cual todos los contratos de los trabajadores que presten iguales servicios deben regularse de la misma forma (*vid.* J. Carrascosa González, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, en L. Prats Albentosa (coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, vol. 5: *Derecho Internacional Privado e interregional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p. 751). El régimen jurídico del contrato acabaría dependiendo de que el trabajador decida plantear la demanda en el domicilio del empleador, o en el Estado de trabajo habitual. En caso de resultar aplicable el Convenio de Roma, el encaje de las leyes presupuestarias resultaría a priori más sencillo, pues su regulación es más flexible y permite la aplicación de las normas de policía de los Estados por su vinculación con el contrato. Sin embargo, la aplicación de la ley presupuestaria también daría lugar a una situación discriminatoria, al distinguir en este caso entre los trabajadores cuyos contratos se formalizaron previamente y con posterioridad a la aplicación del RR I.

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO *

102. EJECUCIÓN DE UN ACTA CON ACUERDO RESULTANTE DE LA CONCILIACIÓN OBLIGATORIA PREVIA A LA DEMANDA (STSJ Galicia Soc 1^a 11 febrero 2022)

Observaciones: 1. El trabajador había prestado servicios en Vigo para un empleador domiciliado en Reino Unido. Extinguida la relación laboral, presentó una papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Vigo. Esta conciliación obligatoria previa al procedimiento judicial culminó en un acta con avenencia, en la que la empresa se comprometió a abonar sendas cantidades por salarios adeudados e indemnización por daños y perjuicios. Ante el incumplimiento del empleador, el trabajador presentó una demanda ejecutiva, invocando como título ejecutivo el acta de conciliación.

El Juzgado de lo Social ante el que se presentó la demanda de ejecución se declaró incompetente porque, según puede leerse en la sentencia: “la jurisprudencia mayoritaria señala que la competencia corresponde al domicilio de la demandada en el caso de que esta no tenga sucursal en España”. Así, se detectan varios errores: tratándose de un documento público español que se pretende ejecutar en España, solo cabe acudir a un procedimiento de ejecución interno; en cualquier caso, no habría que determinar la competencia judicial internacional; y, en caso de tener que determinarse la competencia, el RB I bis garantizaría la de los tribunales españoles porque el trabajador había prestado servicios en España.

El trabajador fundamentó su recurso en la infracción del art. 39 RB I bis, en relación con el art. 68.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y el art. 27 del Reglamento 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Ante estas circunstancias, el TSJ resuelve brevemente el recurso. En primer lugar, la papeleta de conciliación se presentó correctamente ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Vigo, porque era la ciudad en la que el trabajador había prestado servicios, y ello es coherente con los foros de

* Investigadora predoctoral de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo.

competencia RB I bis (lugar de trabajo habitual). En cualquier caso, ni el RB I bis ni el Reglamento 805/2004 resultaban aplicables porque el trabajador pretendía ejecutar el acta en España y no se planteaba una ejecución transfronteriza. Únicamente procedería la aplicación del art. 237.2º LRJS, que establece la competencia territorial del Juzgado de lo Social en cuya circunscripción se constituyó el título extrajudicial cuya ejecución se pretendía.

Pese a tratarse de un proceso de ejecución interno, el TSJ hace varias apreciaciones respecto a la ejecución transfronteriza de un acta de conciliación: alcanzado el acuerdo de conciliación respetando reglas de competencia RB I bis, este podría ejecutarse en otros Estados miembros de la Unión Europea; y el acta de conciliación es un “título extrajudicial con fuerza ejecutiva conforme a la normativa española”, por lo que la ejecución se llevaría a cabo conforme al RB I bis (art. 39). El TSJ excluye que sea posible aplicar el Reglamento 805/2004 para la ejecución del acta en otro Estado miembro, pero en la sentencia no constan las razones de tal exclusión.

El interés de la sentencia reside no tanto en el fallo en el caso concreto sino en algunas de las cuestiones que sugiere, entre ellas: la correspondencia entre los criterios de competencia territorial de los servicios públicos de mediación y conciliación laborales y los foros de competencia judicial internacional; la relevancia de la conciliación en el cómputo de los plazos procesales; o las vías para la ejecución de un acta de conciliación española en otro Estado miembro.

2. En cuanto a los criterios de competencia judicial internacional y de competencia territorial de los servicios de mediación, se advierte una falta de correspondencia formal. La conciliación previa resulta obligatoria en función del objeto de la reclamación, pero la competencia territorial de los servicios de mediación no se prevé expresamente en todos los casos en los que los Tribunales españoles pueden ser competentes.

La conciliación es obligatoria en todos los procesos individuales por despido, resolución del contrato a instancia del trabajador, impugnación de sanciones, reclamaciones de cantidad y reconocimiento de derechos, y clasificación profesional. El art. 64 LRJS establece las materias en las que no es obligatoria la conciliación previa, pero en estas materias se admite un sometimiento voluntario. La competencia territorial corresponde al servicio de mediación del lugar de prestación de servicios o del domicilio de los interesados, a elección del solicitante (art. 5 RD 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación asume parte de las funciones que tiene encomendadas).

Casos como el de la sentencia comentada, cuando la papeleta de conciliación se presenta ante los servicios de mediación del lugar de trabajo, probablemente no serán problemáticos. Sin embargo, a priori podría no existir un servicio de mediación territorialmente competente cuando los tribunales españoles son competentes por otros foros RB I bis (basados en la sucursal o el establecimiento del empleador, o sumisión) y de la LOPJ (contrato celebrado en territorio español, establecimiento en España, nacionalidad común). En línea con lo sostenido en la sentencia comentada, en cualquier caso debe garantizarse la coherencia con los foros de competencia RB I bis y, en su caso, con los de la LOPJ. Ante estas posibles situaciones, siempre que un tribunal español sea competente cabe extrapolar la solución consistente en permitir al demandante elegir el servicio de mediación ante el que se celebrará la conciliación. En el caso eventual de que la papeleta de conciliación se presente en un servicio territorialmente competente (domicilio del trabajador), sin competencia de los tribunales españoles, la mediación no debería celebrarse.

3. La ley española, como ley del foro, determinará la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad derivada de la presentación de la papeleta de conciliación en España. Igualmente, determinará los efectos de la no asistencia a la conciliación sin causa justificada. La LRJS prevé la posibilidad de multa (art. 97.3º), así como una condena en costas de hasta seiscientos euros a la parte que no asistió a la conciliación si la sentencia posterior coincide en esencia con la pretensión de la parte que solicitó y asistió a la conciliación (art. 66.3º). La no asistencia debe entenderse

justificada cuando los tribunales españoles no sean competentes. En cualquier caso, la condena en costas quedaría sin efectos, ya que, dada la falta de competencia de los tribunales españoles, la conciliación no debería haberse celebrado, y no debería haber posterior sentencia (*cf.* Á. Espiniella Menéndez, *La relación laboral internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 453).

Por otro lado, los procedimientos de conciliación obligatorios fijan la fecha de interposición de la demanda en caso de litispendencia internacional para determinar qué juez conoció en primer lugar (STJ 20 diciembre 2017, asunto C-467/16: *Schlömp*). Cuando la conciliación es obligatoria, la fecha de referencia será por tanto la de presentación de la papeleta de conciliación. En caso contrario, cuando el objeto de la reclamación sea una de las materias enumeradas en el art. 64 LRJS, y la conciliación se celebra por voluntad de las partes, ha de entenderse que tal interpretación no resulta aplicable, y la conciliación no se tiene en cuenta en caso de litispendencia.

4. Si se alcanza un acuerdo solo cabrá una acción de nulidad ante el tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto (art. 67 LRJS). El acta de conciliación con acuerdo impedirá la interposición de una demanda y constituye título suficiente para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante tribunal (art. 68 LRJS).

Al contrario de lo sostenido en la sentencia comentada, para la ejecución transfronteriza del acta, como documento público en el que consta el acuerdo alcanzado entre las partes con la supervisión de una autoridad pública, podrá recurrirse tanto al procedimiento de ejecución RB I bis, como al Reglamento 805/2004, siempre que se trate de un crédito no impugnado.

Como es sabido, en virtud RB I bis, procederá una ejecución directa conforme a la legislación nacional del Estado miembro de destino, como si se tratara de una decisión propia (art. 58; art. 39). El acta deberá ser certificada conforme a lo previsto en el art. 60, y el empleador podrá iniciar un procedimiento de denegación de ejecución en el que se controla el cumplimiento de las condiciones del art. 45. El proceso puede resultar demasiado gravoso para el trabajador particularmente en estos casos (*vid.* Á. Espiniella Menéndez, *op. cit.*, pp. 530-534, esp. p. 532). Por ello, la certificación del acta como título ejecutivo europeo conforme al Reglamento 805/2004 [art. 3.1º.d); art. 4.3º.a)] puede resultar una vía particularmente atractiva. El acta contiene un crédito determinado y exigible que el deudor ha aceptado expresamente, por lo que el Reglamento resulta aplicable, y una vez certificada como título ejecutivo europeo en España, podrá ser ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin que sea posible impugnar su ejecutividad (art. 25).

Ha de repararse en que la falta de competencia de los tribunales españoles no sería un motivo para la denegación de la ejecución. En el hipotético caso de una conciliación instada por el trabajador y llevada a cabo por los servicios de mediación territorialmente competentes sin existir competencia de los tribunales españoles, la ejecución de un acta con acuerdo resultante de esta conciliación no encontraría obstáculos ni en el RB I bis, por tratarse de un control no cubierto por el art. 45.1º.e), ni tampoco en el Reglamento 805/2004, por tratarse de un control no cubierto por art. 6 de este Reglamento. No obstante, en el caso RB I bis, debería denegarse la ejecución del acta en el caso eventual de que la conciliación en España –sin competencia de los tribunales españoles– hubiese sido instada por el empleador.

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO *

103. LAS LEYES DE PRESUPUESTOS GENERALES ESPAÑOLAS NO PUEDEN APLICARSE PARA IMPEDIR UN INCREMENTO DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA EN EL EXTERIOR PREVISTO EN LA LEY APLICABLE AL CONTRATO (STSJ Madrid Soc 2ª 28 febrero 2022)

* Investigadora predoctoral de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo.

Observaciones: 1. El trabajador demandante prestaba servicios en la Consejería de Empleo y Seguridad Social en Buenos Aires, y el empleador era el Ministerio de Empleo y Seguridad Social español. En el contrato de trabajo, formalizado en Buenos Aires, constaba que la ley aplicable a la relación laboral era la argentina, como legislación del Estado en el que el trabajador prestaba servicios habitualmente.

El trabajador reclamaba que se le abonase el “sueldo anual complementario” previsto en la legislación laboral argentina. La cuestión ya había sido objeto de varias reclamaciones por parte de otros trabajadores que también presentaban servicios para el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en Argentina, a los que tampoco se les había abonado esta cantidad. Como consta en la sentencia comentada, algunas de las reclamaciones presentadas por estos trabajadores ya habían prosperado, e, igualmente, el Juzgado de lo Social estimó la demanda del trabajador en el presente caso.

El Ministerio empleador impugnó la sentencia con base en dos motivos. En primer lugar, porque en las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado se establece que cualquier modificación de las condiciones retributivas del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado solo puede tener lugar previo informe favorable de la CECIR (Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones). Esta disposición particular sería una norma de policía del art. 9 RR I. En concreto, se aplicaría en el caso como norma de policía del foro (art. 9.2º RRI). Para el Ministerio, cualquier subida salarial que no venga avalada por dicho informe sería nula de pleno derecho, y tal posición vendría avalada por la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Nikiforidis* (STJ 18 octubre 2016, asunto C-135/15).

El TSJ desestima el motivo, negando el carácter de norma de policía de las leyes de presupuestos. Además, recuerda que el RR I, invocado por el Ministerio, no resultaba aplicable al caso por razones temporales (el contrato se había celebrado en 1999). En su lugar, debía aplicarse el Convenio de Roma, en el que la tipología de normas de policía admitidas difiere de la del art. 9 RRI. Además, para el TSJ, la interpretación del TJUE en el asunto *Nikiforidis* no es la sostenida por el Ministerio.

Como segundo motivo de impugnación, se sostenía la prescripción de la acción del trabajador. Se reclamaban cantidades devengadas en los años 2019 y 2020. Para el Ministerio las normas sobre prescripción de las obligaciones derivadas del contrato deberían regirse por la ley española, al tratarse de normas procesales, y la acción ya había prescrito. El TSJ, en cambio, consideró el plazo de prescripción una materia incluida en la ley del contrato, y aplicó el plazo de prescripción de la ley argentina. Según la ley argentina la acción no había prescrito, por lo que el motivo de impugnación fue rechazado (respecto a este motivo de impugnación vid. el comentario de la STSJ Madrid de 24 enero 2022, en la que se utilizaron los mismos fundamentos jurídicos para su desestimación).

2. En el asunto *Nikiforidis* el demandante era profesor en una escuela gestionada por Grecia y localizada en Alemania. Había visto reducido su salario entre octubre de 2010 y diciembre de 2012 debido a la adopción por el legislador griego de dos leyes que tenían el objetivo de aplicar los acuerdos alcanzados por Grecia con la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional, así como la Decisión 2010/320, en los que se imponía la reducción del gasto público griego.

El trabajador demandó en Alemania reclamando el pago de un complemento salarial por el periodo en el que vio reducido su salario. La ley aplicable al contrato de trabajo era la alemana, como ley del Estado de prestación habitual de los servicios, y esta no permitía una reducción salarial como la llevada a cabo. Planteada la posible aplicación de las normas griegas que impusieron la reducción del salario como normas de policía, el tratamiento de la cuestión era diferente en función de si resultaba aplicable el Reglamento Roma I o del Convenio de Roma.

El contrato inicialmente se había formalizado en 1996, por lo que resultaría aplicable el Convenio. Sin embargo, había sido modificado tras la entrada en vigor del Reglamento. El TJUE

estableció que, para aplicar el Reglamento, la modificación tenía que haber sido de una envergadura tal como para considerar que se había celebrado un nuevo contrato. La cuestión, por tanto, permaneció irresuelta. Si se aplicaba el Reglamento, las normas de presupuestos griegas no encajaban en ninguna de las dos modalidades del art. 9 RRI, pues Alemania era tanto el Estado del foro como el de ejecución del contrato. Si se aplicaba el Convenio, en cambio, las normas griegas podrían aplicarse como normas de policía porque encajarían fácilmente en la modalidad, mucho más abierta, del art. 7.1º, basada en la existencia de un vínculo estrecho con otro país.

No obstante, una aplicación indirecta de las normas griegas podría tener cabida incluso en el caso de que resultase aplicable el Reglamento Roma I, por haberse producido una modificación de la trascendencia exigida, pese a no encajar en ninguna de las modalidades del art. 9 RRI. Ello porque el TJUE admitió “la toma en consideración, como circunstancia de hecho” de leyes de policía que no sean ni las del Estado del foro ni las del Estado en el que se ejecuta el contrato, siempre que una norma material del ordenamiento aplicable lo prevea.

3. En la sentencia comentada, el TSJ desestima el primer motivo de impugnación planteado por el Ministerio sosteniendo que la exigencia del informe de la CECIR que consta en la Ley de presupuestos del Estado no es una norma de policía sino “una norma meramente procedimental”. El TSJ sostiene que una norma que se limita a exigir un informe favorable de un órgano administrativo no puede afectar de manera esencial a la salvaguardia de los intereses públicos y a la organización política, social o económica del Estado Español.

Adicionalmente, el TSJ excluye la relevancia de la inexistencia del informe favorable de la CECIR. Se recuerda que la CECIR, al igual que cualquier otro órgano administrativo, está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y no puede actuar contra el mismo ni arbitrariamente. Para el TSJ el informe debe ser necesariamente favorable cuando se trata de cumplir una obligación jurídica del empleador prevista en la ley aplicable al contrato de trabajo.

El TSJ apoya su argumentación en al asunto *Nikiforidis* –que precisamente había invocado el Ministerio–, en el que el TJUE estableció que debe hacerse una interpretación restrictiva de las normas de policía, pues una interpretación amplia pondría en peligro la seguridad jurídica. Conferir tal facultad al juez del foro incrementaría el número de leyes de policía aplicables, y podría afectar a la previsibilidad de las normas materiales aplicables al contrato. Sin embargo, cuando el TJUE hace las afirmaciones citadas por el TSJ en el asunto *Nikiforidis* se refiere exclusivamente a la posibilidad de que se aplicasen normas de policía que no sean las de las categorías expresamente previstas en el art. 9 RRI (del foro o del lugar de ejecución) para excluirla (*vid. aps. 46 y 47*). En el caso comentado, en cambio, se debatía la aplicación de una norma española como norma de policía del foro.

4. La invocación del asunto *Nikiforidis* por el Ministerio era procedente porque en ambos casos se debatía la aplicación como normas de policía de leyes que inciden sobre el presupuesto de un Estado miembro y, en consecuencia, sobre las retribuciones de los trabajadores del Estado en el exterior. Lo cierto es que en el asunto *Nikiforidis* el TJUE no excluye la aplicación de estas leyes como normas de policía, más bien se deduce que por su naturaleza estas normas encajarían en el concepto de normas de policía, y si se excluyó su aplicación directa como tal fue porque en el caso no se producía un encaje en ninguna de las dos categorías del art. 9 RRI. Además, se introduce la posibilidad de que sean tomadas en consideración si el ordenamiento aplicable lo prevé. Sin embargo, la sentencia comentada presenta la particularidad de que se invocaba únicamente la aplicación de una concreta disposición de la ley de presupuestos del Estado, como es la referente a la exigencia del informe favorable de la CECIR. No puede descartarse que la admisión implícita del TJUE se refiera exclusivamente a las normas que inciden sobre las retribuciones de los trabajadores, y no alcance a una disposición de este tipo.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, aunque el TJUE haya admitido la aplicación de las leyes presupuestarias como normas de policía, la calificación como tal corresponde a cada Estado miembro, y a falta de calificación expresa en la norma, a cada tribunal. En este caso, el TSJ

excluye la aplicación de las leyes presupuestarias como normas de policía, adoptando una posición protectora para los trabajadores y respetuosa con la aplicación del ordenamiento que rige el contrato, pero no pueden descartarse otras posiciones al respecto (vid. en este sentido de nuevo el comentario de la STSJ Madrid 24 enero de 2022, en el que no se excluye la posible aplicación de las normas presupuestarias por esta vía).

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO *

104. DETERMINACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL ESTADO EMPLEADOR CON BASE EXCLUSIVA EN LA LO 16/2015 SOBRE PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS (STSJ Madrid Civ 2ª 17 marzo 2021)

Observaciones: 1. La trabajadora demandante había prestado servicios en la Embajada de la República Árabe de Egipto en España. Presentó una demanda por despido, y el Juzgado de lo Social se declaró incompetente admitiendo la inmunidad de jurisdicción invocada por la misión diplomática empleadora.

La trabajadora fundamentó su recurso contra el auto que declaró la falta de jurisdicción de los tribunales españoles en el RB I bis, en el Reglamento Bruselas I, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y la Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (LO 16/2015). El TSJ fundamenta exclusivamente la admisión del recurso presentado por la trabajadora en la LO 16/2015, por ser esta, en sus palabras, una norma especial y posterior a la LOPJ.

En el art. 10 LO 16/2015 se establece inicialmente la inexistencia de inmunidad de jurisdicción en litigios laborales, salvo acuerdo en contrario entre España y el Estado extranjero. Sin embargo, a continuación se enumeran múltiples excepciones a este principio: cuando el trabajador desempeña funciones que suponen el ejercicio del poder público; cuando se trata de un agente diplomático, un funcionario consular, o un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional, de una misión especial, o designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional; cuando el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador; cuando el objeto del proceso es el despido o la rescisión del contrato, y una autoridad competente del Estado extranjero comunica que el proceso menoscaba sus intereses de seguridad; cuando el trabajador es nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que tuviese su residencia habitual en España; y cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los tribunales españoles sea irrenunciable para el trabajador.

La inmunidad de jurisdicción invocada presentaba encaje, en principio, con la excepción basada en la afectación de la seguridad en litigios derivados de un despido [art. 10.2º.d) LO 16/2015]. Por ello, el razonamiento se centra en determinar cuándo se aplica esta excepción, y existe inmunidad de jurisdicción. El TSJ consideró que la afectación de la seguridad no había sido comunicada por la autoridad competente, por lo que admitió el recurso de la trabajadora y declaró la competencia de los tribunales españoles. Se trata, en menor medida, la problemática relación entre la LO 16/2015 y el RB I bis, respecto a la cual se adelanta que la postura adoptada por el TSJ resulta criticable.

2. Como se ha mencionado, el TSJ centra su análisis en la excepción de la LO 16/2015 para casos de despido, según la cual es suficiente que el Estado manifieste la afectación de sus intereses de seguridad, y en la que no se exige la acreditación de esta afectación. En el art. 10.2º.d) LO 16/2015 únicamente se establece que la autoridad competente del Estado extranjero debe

* Investigadora predoctoral de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo.

comunicar que el proceso menoscaba sus intereses de seguridad, pero no establece cuál es la autoridad competente.

El TSJ interpretó la LO 16/2015 de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, celebrada en Nueva York el 2 diciembre 2004 (Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales), pues aunque esta no ha entrado en vigor, la LO 16/2015 incorpora su contenido y tiene una redacción muy similar. La Convención hace una expresa referencia a la determinación del menoscabo de los intereses de seguridad por “el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de relaciones exteriores del Estado empleador” [art. 11.2º.d)].

En el presente caso, la afectación de los intereses de seguridad se había comunicado exclusivamente por el Embajador de la República Árabe de Egipto, que había justificado la inmunidad por la información y la documentación a la que había tenido acceso la trabajadora. La comunicación no se había realizado por la autoridad competente según la Convención, por lo que se rechazó la aplicación del art. 10.2º.d) LO 16/2015 y, por tanto, la existencia de inmunidad. Para el TSJ esta exigencia es fundamental, porque, en sus palabras, dota de seriedad política y diplomática a la alegación de la seguridad nacional por el Estado extranjero, excluye un uso táctico y una mera invocación sistemática para desactivar la competencia jurisdiccional española.

3. Tras descartar la existencia de inmunidad de jurisdicción del Estado empleador, el TSJ se refiere a la aplicación RB I bis. La exclusión de la inmunidad se fundamenta en exclusiva en la LO 16/2015, pero el TSJ admite que el Reglamento resulta aplicable al caso por encontrarse el lugar de trabajo habitual en España.

En el razonamiento relativo a la aplicación RB I bis se aprecian varios errores. Según el TSJ, el Reglamento no hace excepciones por el carácter jurídico-público del empleador que resulten aplicables al caso. No tiene en cuenta la exclusión expresa de la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad en el art. 1.1º del Reglamento. Tampoco se menciona la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Mahamdia* (STJ 19 julio 2012, asunto C-154/11) y *Generalno konsultstvo na Republika Bulgaria* (Sentencia de 3 junio 2021, asunto C-280/20). El TSJ incluso se plantea si la Ley 16/2015 debe primar sobre la atribución competencial del Reglamento y el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE al respecto. Descarta esto último porque, en sus palabras, la interpretación efectuada de la Ley 16/2015 “no es contradictoria con el Reglamento europeo, sea cual sea la interpretación correcta de éste, por lo que la interpretación del mismo deviene innecesaria e relevante”. Como se verá, al contrario, no puede descartarse que el fallo y la interpretación de la LO 16/2015 hayan sido contrarios al Reglamento, pues la jurisprudencia del TJUE resulta indispensable y no se tuvo en cuenta.

Las circunstancias del contrato de trabajo en la sentencia comentada son coincidentes con las del asunto *Mahamdia*. En ambos, la empleadora es una misión diplomática de un tercer Estado localizada en el territorio de un Estado miembro. En el asunto *Mahamdia* se estableció la aplicación del Reglamento Bruselas I en estos casos, no solo porque el lugar de trabajo habitual se encuentra en un Estado miembro, sino porque la embajada se considera como un establecimiento secundario de la empleadora –el tercer Estado– en la UE, en el sentido del art. 20.2º RB I bis. Se produce un encaje con los criterios definitorios del establecimiento secundario: la embajada se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como una prolongación del Ministerio de Asuntos Exteriores; representa al Ministerio en el Estado receptor; están dotadas de dirección propia y son aptas para asumir de manera autónoma derechos y obligaciones de Derecho civil. Se considera al empleador, por tanto, domiciliado en el Estado miembro en el que se encuentra la embajada, en el presente caso, España.

Tanto en el asunto *Mahamdia* como en el asunto *Generalno konsultstvo na Republika Bulgaria* (en este último caso, respecto a misiones diplomáticas de un Estado miembro situadas en el territorio de otro Estados miembro), el TJUE ha condicionado exclusivamente el juego de la inmunidad a la naturaleza de la actividad del trabajador. Es decir, las misiones diplomáticas

actúan como sujetos de Derecho privado cuando contratan a trabajadores para prestar servicios que no implican el ejercicio de poder público ni interfieren con los intereses del Estado en materia de seguridad, y el carácter *iure imperii* o *iure gestionis* del acto viene determinado exclusivamente por las funciones desempeñadas por el trabajador.

4. Algunos supuestos de inmunidad previstos en la Convención y en la LO 16/2015 son acordes con la jurisprudencia del TJUE, al tratarse de casos que, por definición, implican el ejercicio de funciones de poder público. En otros casos, sin embargo, algunas de las excepciones previstas en la LO 16/2015 no se fundamentan en el ejercicio del poder público o en la afectación de la seguridad del Estado por la actividad del trabajador, sino que se amplían los supuestos de inmunidad de jurisdicción, extendiéndose a actos *iure gestionis*. Así, en la excepción sobre las controversias relativas al proceso de contratación, la renovación del contrato de trabajo y la reposición o readmisión de una persona natural, no se exige que el trabajador haya desempeñado funciones de poder público o con incidencia sobre la seguridad del Estado. Respecto a la excepción basada en la nacionalidad del trabajador, el criterio de la nacionalidad como determinante de la inmunidad es totalmente ajeno al criterio del ejercicio de funciones de poder público del TJUE, e incluso puede resultar discriminatorio.

En cuanto a la posibilidad de introducir un pacto de inmunidad de jurisdicción del Estado empleador, esta no puede tener el efecto de que la aplicación RB I bis quede excluida por voluntad de las partes. El propio art. 10.2º.f) LO 16/2015 condiciona expresamente la eficacia del acuerdo a que la competencia de los tribunales españoles no sea irrenunciable para el trabajador. Como es sabido, los pactos previos a la controversia no derogan la competencia de los otros tribunales competentes según el art. 23 RB I bis. La competencia del Estado en el que presta servicios habitualmente el trabajador, o en el que se encuentra la misión diplomática en la que trabaja, es en todo caso irrenunciable para el trabajador, por lo que el art. 10 f) LO 16/2015 no debería tener trascendencia práctica.

5. En cuanto a los procesos que tienen por objeto el despido, como el de la sentencia comentada, la LO 16/2015 solo exige que una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad. Como se ha visto, la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales especifica cuáles son estas autoridades. Si en el presente caso se hubiese efectuado la comunicación por la autoridad competente según la Convención, se habría reconocido la inmunidad del Estado empleador, aunque la afectación de la seguridad no se hubiese acreditado. Ello puede resultar contrario a la Jurisprudencia del TJUE, en virtud de la cual la inmunidad solo puede admitirse cuando a la luz de las funciones ejercidas por el trabajador haya quedado acreditado que estas afectaban a la seguridad del Estado.

En contrapartida, si la afectación de la seguridad se encuentra debidamente acreditada, en virtud de la jurisprudencia del TJUE, debe reconocerse la inmunidad, aunque la comunicación no se efectúe por la autoridad competente según la Convención. En la Sentencia comentada, la toma en consideración de la jurisprudencia del TJUE podría haber sido determinante en caso de que el embajador hubiese acreditado correctamente que las funciones desempeñadas por la trabajadora comprometían la seguridad del Estado.

Como se observa, en la enumeración los supuestos de inmunidad en litigios laborales de la LO 16/2017 no se tuvo en cuenta que esta no puede interferir en la delimitación autónoma del ámbito de aplicación RB I bis, y estos presentan una compatibilidad dudosa con la jurisprudencia del TJUE.

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO *

* Investigadora predoctoral de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo.

105. EL TRIBUNAL SUPREMO SE PRONUNCIA SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE UN PLEITO SOBRE DESPIDO (STS Soc 1ª 22 marzo 2022)

106. LAS PARTES PACTARON EXPRESAMENTE EN EL CONTRATO QUE EL MISMO SE RIGE POR LA LEY NICARAGÜENSE, LO QUE ES ACORDE CON EL ART. 8.1º DEL REGLAMENTO 593/2008 DE ROMA I (STSJ Madrid Soc 2ª 23 marzo 2022)

107. LA EMPRESA AL SUSCRIBIR EL CONTRATO CON EL TRABAJADOR ESPAÑOL Y CURSAR SU ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA, ESTABLECIÓ UN VÍNCULO QUE OBLIGA A DECLARAR LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES (STS Soc 1ª 27 abril 2022)

108. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES LABORALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA DEMANDA DE DESPIDO DE LA ACTORA, PROFESORA DE INGLÉS EN LA *SCUOLA STATALE ITALIANA* EN MADRID (STSJ Madrid Soc 1ª 21 mayo 2021)

109. RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA ANDORRANA DICTADA EN UN PROCEDIMIENTO LABORAL EN EL QUE SE RECLAMARON POR EL TRABAJADOR LOS HABERES PENDIENTES DE LIQUIDAR Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO (AAP Lleida 2ª 25 junio 2021)

110. IMPROCEDENCIA DEL EMPLEO DE LEYES DE POLICÍA COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL POR AFECTAR A LA PREVISIBILIDAD DE LAS NORMAS MATERIALES APLICABLES AL CONTRATO DE TRABAJO (STSJ Madrid Soc 1ª 17 junio 2022)

DERECHO EXTRANJERO (APLICACIÓN DEL)

111. SE ESTIMA PROBADA LA VIGENCIA, VALIDEZ E INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN LA FEDERACIÓN RUSA CON EL DICTAMEN JURÍDICO APORTADO POR EL DEMANDANTE SOBRE SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON EL CONVENIO REGULADOR DE LA DEUDA (SAP Madrid 8ª 20 abril 2021)

112. SOBRE LA APLICACIÓN DE OFICIO DEL DERECHO EXTRANJERO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO (ATS Civ 1ª 19 mayo 2021)

113. LA APLICACIÓN DEL DERECHO –ACTUAL O HISTÓRICO, NACIONAL O EXTRANJERO– APLICABLE AL CASO NO DEPENDE DE SU ALEGACIÓN POR LAS PARTES, SINO DE LA EXIGENCIA LEGAL DERIVADA DE LA REGLA *TEMPUS REGIT ACTUM* Y DE LAS NORMAS DE CONFLICTO APLICABLES A LAS RELACIONES CON CONEXIÓN INTERNACIONAL (STSJ NAVARRA CP 1ª 19 mayo 2021)

DERECHO INTERTERRITORIAL

114. EL CASO DE CONFLICTO DE LEYES ENTRE PERSONAS AVECINDADAS EN DIFERENTES TERRITORIOS DEL ESTADO CON DERECHO CIVIL PROPIO SE ASIMILA A LOS CONFLICTOS DE LEYES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO IDENTIFICANDO LA NACIONALIDAD CON LA VECINDAD CIVIL (SAP Tarragona 1ª 15 diciembre 2021)

DERECHO MARÍTIMO

115. SI EL CONTRATO QUE LIGA A LAS PARTES ES UN CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE SE RIGE POR EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1924 Y LOS PROTOCOLOS QUE LO MODIFICAN DE LOS QUE ESPAÑA SEA ESTADO PARTE (SAP Madrid 28ª 14 octubre 2021)

116. CORRESPONDE AL OPERADOR DE TRANSPORTE MULTIMODAL EMITIR EL DOCUMENTO UNIFICADO DE TODOS LOS MEDIOS Y MODOS DE TRANSPORTE UTILIZADOS, ASUMIENDO LAS RESPONSABILIDADES DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO (SAP Valencia 9ª 29 diciembre 2021)

117. TRANSPORTE MARÍTIMO EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA PARAMOUNT SON DE APLICACIÓN LAS REGLAS DE LA HAYA-VISBY (SAP Madrid 28ª 14 enero 2022)

118. EL HECHO DE QUE EL BUQUE SEA ESPAÑOL ES IRRELEVANTE, DADO QUE EL ART. 473 DE LA LNM PERMITE EL EMBARGO DE BUQUES DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA QUE SE ENCUENTREN DENTRO DE SU JURISDICCIÓN (AAP Barcelona 15ª 31 enero 2022)

119. LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA SUSCITA UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA ACERCA DE LA DE LA VALIDEZ DE LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA A UN TERCERO NO PARTE EN EL CONTRATO EN EL QUE LA CLÁUSULA ESTÁ INSERTO (AAP Pontevedra 1ª 16 mayo 2022)

DIVORCIO

120. SIENDO ESPAÑA EL ESTADO MIEMBRO DE NACIONALIDAD DE AMBOS CÓNYUGES LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES TIENEN COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA DEMANDA INTERPUESTA (AAP Asturias 6ª 1 marzo 2021)

121. ADMISIÓN A TRÁMITE UNA DEMANDA DE DIVORCIO POR CONSTAR QUE LA RECURRENTES CON ANTERIORIDAD A LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA, Y, AL MENOS, DURANTE UN AÑO HA TENIDO SU RESIDENCIA HABITUAL EN ESPAÑA (AAP Vitoria-Gasteiz 1ª 20 mayo 2021)

122. ¿PUEDE SER DENEGADO EL EXECUÁTUR DE UNA ESCRITURA PÚBLICA COLOMBIANA DE DIVORCIO DONDE SE PROCEDE TAMBIÉN A LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO? (AAP Alicante 4ª 26 mayo 2021)

123. ¿PUEDE SER DENEGADO EL EXECUÁTUR DE UNA ESCRITURA PÚBLICA COLOMBIANA DE DIVORCIO DONDE SE PROCEDE TAMBIÉN A LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO?

Observaciones: 1. Cada vez hay más Estados que, para descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales y agilizar trámites, atribuyen facultades o competencias a diversas autoridades extrajudiciales (Encargados del Registro Civil, notarios, alcaldes, etc.) para disolver el matrimonio. Ahora bien, su función y sus competencias difieren de un ordenamiento jurídico a otro, lo que explica las dificultades que existen para el reconocimiento de tales divorcios en España.

2. ¿Cabe el execuátur de un documento notarial colombiano donde se acuerda el divorcio y se procede a la liquidación del régimen económico del matrimonio? Esta es la cuestión que resuelve el AAP Alicante 4ª 26 mayo 2021. En esta ocasión, la Audiencia revocó el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Denia, el 18 diciembre 2020, por el que se denegaba el reconocimiento en España de una escritura pública de divorcio – otorgada en la Notaría Octava del Círculo de Cali (Colombia)– donde se procedía también a la liquidación de la sociedad de gananciales. Para está, no procedía a su denegación o, al menos, no por los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Instancia.

3. El Auto de Instancia desestimó la demanda de execuátur, tal y como se desprende de los fundamentos del recurso de apelación, por entender que únicamente son susceptibles de reconocimiento y ejecución en España las resoluciones extranjeras firmes recaídas en el marco de un procedimiento jurisdiccional, según lo establecido en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE 31.7.2015) –en adelante LCJMC–. De hecho, dicha Ley, al igual que hacen los Reglamentos europeos, establece una definición propia de lo que debe de entenderse por “resolución judicial”, a fin de impedir la existencia de interpretaciones divergentes y dotar, así, de una mayor previsibilidad y seguridad jurídica al sistema. Según el art. 43 a) LCJMC por “resolución judicial” debe de entenderse: “cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado,

con independencia de su denominación, incluida la resolución por la cual el secretario o autoridad judicial liquide las costas del proceso”. A partir de la misma, procede a denegar la solicitud planteada, porque, a su juicio, un documento notarial colombiano por el que se disuelve un matrimonio no es una “resolución judicial extranjera”, según lo establecido en dicho precepto.

4. La decisión adoptada por el Juzgado de Primera Instancia dista de ser ejemplar, puesto que solo se limita a aplicar lo dispuesto en el ap. a) del art. 43 LCJMC sin proceder a ninguna otra comprobación o argumentación adicional. Para este órgano, era evidente que no podía reconocer dicha escritura pública como si se tratase de una “resolución judicial” extranjera, porque no procedía de un órgano o de una autoridad judicial. Es decir, no había sido dictada por una autoridad formalmente adscrita a la organización judicial. Sin embargo, no es menos cierto que el apartado c) del art. 43 LCJMC se ocupa de definir también qué se entiende por “órgano jurisdiccional”. Según la misma, por “órgano jurisdiccional” cabe entender a “toda autoridad judicial o toda autoridad que tenga atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales de un Estado, con competencia en las materias propias *de esta ley*”. Es decir, el legislador español opta por una calificación funcional del término (*vid.* P. Jiménez Blanco, “El concepto de ‘órgano jurisdiccional’ en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 121–162). La concreción de quién ostenta dicha cualidad ya no depende tanto de la autoridad que interviene –si es judicial o no–, sino de si esta desempeña o no una “función jurisdiccional”. Esta definición amplia de forma considerable qué se entiende por resolución y, por ende, multiplica los supuestos en los que cabe aplicar las disposiciones previstas en la LCJMC para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. Lo relevante, por tanto, para decidir si la escritura notarial colombiana constituía o no una resolución judicial, a efectos de su reconocimiento, a pesar de tratarse formalmente de un “documento público”, era verificar si el notario colombiano había desempeñado o no funciones similares a las que ejercitan las autoridades judiciales españolas cuando disuelven el matrimonio. El Juez de Primera Instancia debería, por tanto, haber constatado si dicha escritura de divorcio procedía o no de un “órgano jurisdiccional”, tal y como se define en dicha Ley.

Con todo, resulta un despropósito rechazar sin más el executat. Al Juez de Primera Instancia se le puede reprochar también, como así invocó la parte, que no se planteara la posibilidad de reconocer dicha escritura como un “documento público”, según lo dispuesto en el art. 41.3º LCJMC.

No entendemos ni compartimos la desidia y la apatía evidenciada por dicho Tribunal. De hecho, la solución hubiera podido ser otra, si el Juez de Primera Instancia hubiera tenido en cuenta la práctica seguida por los órganos jurisdiccionales españoles sobre el reconocimiento de los divorcios no judiciales. De haberlo hecho, hubiera comprobado que los divorcios de mutuo acuerdo mediante escritura notarial procedentes de Colombia suelen ser reconocidos como decisiones judiciales extranjeras, toda vez que, como así reconoce el AAP Lleida, 2ª 5 mayo 2021, (ECLI:ES:APL:2021:173), en Colombia se equipara el divorcio judicial con el divorcio notarial. Es decir, la intervención del notario colombiano no se circunscribe a una actuación como mero fedatario público, sino que tiene atribuidas por Ley competencias concretas sobre las condiciones de ruptura del vínculo, las consecuencias sobre los hijos comunes, etc. Y, por tanto, por analogía, su reconocimiento debe seguir el mismo procedimiento que se aplica para el de las resoluciones judiciales extranjeras.

El problema está en saber qué norma sería aplicable para determinar la suerte de dicho reconocimiento, en la medida en que el Derecho autónomo español articula un régimen común que se contiene en la LRC (art. 96), en la LJV (arts. 11 o 12), en la LCJMC y en la LEC (art. 323.2º y 144). Es cierto también que existe el Convenio bilateral sobre ejecución de sentencias civiles entre España y Colombia, hecho en Madrid el 30 mayo 1908 (*Gaceta de Madrid* nº. 108, de 18 abril 1909), pero este no sería de aplicación, puesto que dicho convenio solo regula el reconocimiento de resoluciones judiciales dictadas por los órganos judiciales de un Estado miembro (art. 1) –*vid.* G. Moreno Cordero, *Validez de las resoluciones civiles y canónicas sobre crisis matrimoniales entre España y Colombia: una visión renovada*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 201–205, esp. p. 205–.

A partir de aquí, saber qué norma sería aplicable al reconocimiento de una escritura pública no tiene fácil solución, pues depende, como evidenciamos en otra sede, del efecto pretendido (*vid.* N. Marchal

Escalona, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 151–160).

5. Por su parte, la decisión que adopta la Audiencia Provincial de Alicante demuestra una mejor comprensión de la problemática en la que tiene cabida la práctica seguida por los tribunales españoles en este ámbito. Considera que procede el executúr. Para esta, el término “órgano jurisdiccional” empleado por la LCJIMC debe interpretarse en sentido amplio y debe incluir a cualquier autoridad, incluso las administrativas, siempre que desempeñen atribuciones análogas a las autoridades judiciales españolas. Concluye señalando que este concepto, es una forma de mostrar respeto a los sistemas extranjeros, en los que la resolución puede estar dictada por un tribunal jurisdiccional o por otro tipo de autoridad.

Nada que objetar en la argumentación de la Audiencia. Lo que sí es más discutible es que el reconocimiento de un divorcio de mutuo acuerdo ante autoridad notarial colombiana, donde el notario tiene ciertas competencias sobre la ruptura y los hijos, deba seguir el procedimiento de reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras. Lo lógico sería aplicar el procedimiento previsto en la norma que regula, con carácter general, el reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras. La cuestión está en saber cuál, de las que ha contemplado el legislador español, es esta norma. Un tema que sigue siendo confuso en el ordenamiento jurídico español, y la deficiente técnica legislativa utilizada por el legislador español en la formulación de los arts. 11 y 12 LJV tampoco ayuda (vid. J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2022, p. 241). Podría mantenerse que el reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, según lo previsto en el art. 41.2º LCJIMC, debería someterse a lo previsto para las sentencias contenciosas, esto es, al procedimiento de executúr. No obstante, también es cierto que la LJV constituye una norma especial frente a lo dispuesto en la LCJIMC [disposición adicional primera g) de la LCJIMC]. En razón de esa especialidad, debería aplicarse lo dispuesto en el art. 12 de la LJV (ex. art. 2 b) LCJIMC), en la medida en que el art. 11 de la LJV solo contempla un régimen particular para el reconocimiento del efecto registral de los actos de jurisdicción voluntaria. El problema reside en que el régimen de reconocimiento previsto en el art. 12 LJV es el automático o incidental. No exige la necesidad de tramitar el executúr. Ahora bien, si lo que se pretende es la plenitud de efectos de la decisión, como así sucede en el presente caso, donde se pretende tanto el efecto constitutivo, es decir, la disolución del vínculo, como la liquidación del régimen económico del matrimonio, es lógico pensar que debería iniciarse el correspondiente procedimiento de executúr, tal y como se regula en la LCJIMC (art. 42). Sería, pues, justo y necesario que se clarificara el confuso sistema autónomo de reconocimiento de resoluciones de jurisdicción voluntaria.

Nuria MARCHAL ESCALONA *

124. DISOLUCIÓN POR DIVORCIO DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO ENTRE LOS LITIGANTES DE NACIONALIDAD CHINA EN BEIJING (CHINA) CON TODOS LOS EFECTOS LEGALES INHERENTES A TAL DECLARACIÓN (SAP Valencia 10ª 31 mayo 2021)

125. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA PRONUNCIAR UN DIVORCIO AL TENER AMBOS CÓNYUGES NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y SU ÚLTIMO DOMICILIO EN ESPAÑA (AAP Barcelona 12ª 3 junio 2021)

126. NO HABIÉNDOSE DECLARADO LA EJECUTIVIDAD EN ESPAÑA DE LA UNA SENTENCIA DE DIVORCIO PRONUNCIADA EN TÁNGER PROCEDE RECHAZAR LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA INVOCADA (AAP 2ª 11 junio 2021)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (nmarchal@ugr.es). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto FEDERER A-SEJ-290-UGR20. “Análisis transversal y nuevas propuestas para las políticas jurídicas de retorno de emigrantes andaluces y la atracción de talento global en Andalucía”.

127. NO SE HA JUSTIFICADO LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN DE DIVORCIO DICTADA POR UN TRIBUNAL DE LOS EMIRATOS ÁRABES UNIDOS SOBRE LA QUE DEBERÍA VERSAR EL EXECUÁTUR (AAP Cádiz 6^a 17 junio 2021)
128. APLICACIÓN UNIVERSAL DEL REGLAMENTO 1259/2010 POR EL QUE SE ESTABLECE UNA COOPERACIÓN REFORZADA EN EL ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO Y A LA SEPARACIÓN JUDICIAL (SAP Tarragona 1^a 28 julio 2021)
129. EFICACIA EN ESPAÑA DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO DICTADA EN VENEZUELA QUE NO CUENTA CON EXECUÁTUR A LOS EFECTOS DE DECLARARLA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (SAP Tenerife 4^a 6 septiembre 2021)
130. DOCTRINA SOBRE LA NOCIÓN DE “RESIDENCIA HABITUAL” A PROPÓSITO DE UN DIVORCIO KENIATA (Auto AP Lleida 2^a 9 septiembre 2021)
131. EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO FRANCESA DE CONFORMIDAD CON EL CONVENIO HISPANO FRANCÉS DE 1969 DADO QUE EL DIVORCIO FUE PRONUNCIADO EN 1985 (AAP Guipúzcoa 2^a 20 septiembre 2021)
132. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y LEY APLICABLE A LA PENSIÓN COMPENSATORIA DERIVADA DE UN DIVORCIO DE DOS NACIONALES DE LA REPÚBLICA DE BANGLADESH, DONDE HABÍAN CONTRAÍDO MATRIMONIO (SAP Madrid 24^a 19 octubre 2021)
133. DEMANDA QUE SE PRESENTA PARA MODIFICAR UNA SENTENCIA DE DIVORCIO QUE NO HA SIDO DECLARADO EJECUTIVA CON ARREGLO AL CONVENIO HISPANO-MARROQUÍ (AAP Alicante 4^a 3 noviembre 2021)
134. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE EN UN DIVORCIO EN ESPAÑA ENTRE DOS MARROQUÍES (SAP Madrid 24^a 8 noviembre 2021)
135. CONSTA DOCUMENTADO QUE LOS RECURRENTES CONTRAJERON MATRIMONIO VÁLIDO EN RUMANÍA, Y SIENDO ELLO ASÍ EL JUEZ *A QUO* DEBIÓ HABER RESUELTO SOBRE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS EN LA DEMANDA (SAP CIUDAD REAL 2^a 30 noviembre 2021)
136. INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA UNA DEMANDA DE DIVORCIO INTERPUESTA POR EL ESPOSO, DE NACIONALIDAD HOLANDESA, FRENTE A LA ESPOSA DE NACIONALIDAD RUSA QUE NO RESIDE EN ESPAÑA (AAP Alicante 4^a 1 diciembre 2021)
137. SE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN DE INSTANCIA QUE DECLARA LA FALTA DE JURISDICCIÓN PARA CONOCER DE LA DEMANDA DE DIVORCIO (AAP Barcelona 12^a 14 diciembre 2021)
138. HA LUGAR AL RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA SUIZA DE DIVORCIO PUES LOS DOCUMENTOS APORTADOS SE CONSIDERAN SUFICIENTES PARA ENTENDER CUMPLIDAS LAS EXIGENCIAS DE LA LEY 29/2015 Y DEL CONVENIO HISPANO-SUIZO DE 19 NOVIEMBRE 1896 (AAP Ourense 1^a 14 diciembre 2021)
139. DEBERÍA HABERSE ACREDITADO QUE SE ENTREGÓ A LA DEMANDADO CÉDULA DE EMPLAZAMIENTO O DOCUMENTO EQUIVALENTE PARA EL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO PRONUNCIADA EN KINSHASA (AAP Bilbao 4^a 20 diciembre 2021)
140. NO CUMPLIENDO LA EXIGENCIA DE FIRMEZA LA RESOLUCIÓN MARROQUÍ DE DIVORCIO, CUYA RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN SE INSTA, DEBE SER DESESTIMADA TANTO EN ORDEN A LA PRETENSIÓN DE RECONOCIMIENTO COMO A LA DE EJECUCIÓN (AAP Bilbao 4^a 22 diciembre 2021)
141. INADMISIÓN A TRÁMITE UNA DEMANDA DE DIVORCIO EN ATENCIÓN A LA FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA PUES LA RESIDENCIA HABITUAL DE LA UNIDAD FAMILIAR ES FRANCIA (AAP San Sebastián 2^a 17 enero 2022)

142. SE DENIEGA EL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA MARROQUÍ DE DIVORCIO POR HABER DICTADO EL JUZGADO LA RESOLUCIÓN SIN TENER EN CUENTA LA PERSONACIÓN Y LAS CONSIDERACIONES OFRECIDAS POR LA DEFENSA DE LA APELANTE (AAP Cádiz 5ª 19 enero 2022)

143. NO PROCEDE DECRETAR EL DIVORCIO PUES ES DE APLICACIÓN LA LEGISLACIÓN ALEMANA, POR LA NACIONALIDAD COMÚN DE AMBAS PARTES (SAP Gran Canaria, 3ª 27 enero 2022)

144. MEDIDAS REFERIDAS A LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO DE DOS CÓNYUGES DE NACIONALIDAD MARROQUÍ, QUE HABÍAN CONTRAÍDO MATRIMONIO EN MARRUECOS, RESUELTAS DE CONFORMIDAD A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA (SAP Barcelona 12ª 9 febrero 2022)

145. INADMISIÓN DEL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO NORTEAMERICANA AL NO HABER SIDO SUBSANADO EL DEFECTO ADVERTIDO, CONSISTENTE EN ACREDITAR LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN (AAP Valencia 10ª 10 febrero 2022)

146. TENIENDO AMBOS CÓNYUGES LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES SON COMPETENTES PARA ENTENDER DE UN DIVORCIO EN APLICACIÓN DEL ART. 3.1º.B) REGLAMENTO BRUSELAS II (AAP Pontevedra 6ª 21 febrero 2022)

147. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES HABIDA CUENTA DE QUE LA RECURRENTES ES DE NACIONALIDAD RUSA Y EL DEMANDADO ES DE NACIONALIDAD ALEMANA Y CONTRAJERON MATRIMONIO EN LA FEDERACIÓN RUSA (SAP Palma de Mallorca 4ª 9 marzo 2022)

148. AÚN CUANDO NO SE EXCLUYE QUE UN CÓNYUGE PUEDA DISPONER SIMULTÁNEAMENTE DE VARIAS RESIDENCIAS, ÉSTE SÓLO PUEDE TENER, EN UN MOMENTO DADO, UNA SOLA RESIDENCIA HABITUAL EN EL SENTIDO DEL ART. 3, AP. 1 ROMA II (AAP Santander 2ª 4 mayo 2022)

149. COMPETENCIA TERRITORIAL PARA CONOCER DE UNA SOLICITUDES DE EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO VENEZOLANA (AAP 10ª 28 julio 2022)

EXTRANJERÍA

150. EL TS ESTIMA UN RECURSO DE CASACIÓN PORQUE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y RETORNO SE ADOPTÓ ATENDIENDO ÚNICAMENTE A LA SITUACIÓN DE ESTANCIA IRREGULAR DEL INTERESADO, SIN QUE SE APRECIASE LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O NEGATIVA (STS CA 5ª 16 marzo 2021)

152. NI LA ADMINISTRACIÓN NI LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA PUEDEN ACORDAR O CONFIRMAR MEDIDAS DE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL SIN ANTES VALORAR LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES Y FAMILIARES DEL AFECTADO (STC 151/2021, de 13 septiembre 2021)

153. SERIA DISCRIMINATORIO PARA LOS ESPAÑOLES SI LOS EXTRANJEROS PUDIERAN SIMULTANEAR LA HOMOLOGACIÓN DE SU TÍTULO EN TANTO QUE AQUELLOS DEBERÁN ESTAR EN POSESIÓN DE DICHO TÍTULO Y NO SIMULTANEAR LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO Y EL MÁSTER (STS CA 5ª 15 diciembre 2021)

154. LA EXPULSIÓN, COMPRESIVA DE LA DECISIÓN DE RETORNO Y SU EJECUCIÓN, EXIGE LA VALORACIÓN Y APRECIACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES QUE JUSTIFIQUEN LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA (STS CA 5ª 16 marzo 2022)

155. EVENTUAL ACREDITACIÓN DEL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO MARROQUÍ, A LOS EFECTOS DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LA ESPOSA DE UN EXTRANJERO CON PERMISO DE RESIDENCIA LEGAL EN ESPAÑA (STS CA 5ª 25 abril 2022)

[Esta decisión es objeto de un comentario conjunto con la STS CA 5ª 18 mayo 2022, incluida en la presente rúbrica, *vid. infra*]

156. LOS EXTRANJEROS INDOCUMENTADOS CUYA MINORÍA DE EDAD NO PUEDA SER ESTABLECIDA CON SEGURIDAD DEBEN SER CONSIDERADOS MENORES DE EDAD HASTA QUE SE DETERMINE SU EDAD (STS Civ 1ª 27 abril 2022)

157. EL PERMISO DE RESIDENCIA POR REAGRUPAMIENTO FAMILIAR DE LA ESPOSA DE UN RESIDENTE LEGAL EN ESPAÑA, NO REQUIERE EL EXEQUÁTUR DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN QUE DECRETÓ LA DISOLUCIÓN DE UN ANTERIOR MATRIMONIO DEL SOLICITANTE EN SU PAÍS DE ORIGEN (STS CA 5ª 18 mayo 2022)

Observaciones: La presente sentencias del Tribunal Supremo, junto con la de 25 abril 2022 que se incluye en esta rúbrica, *vid. supra*, dictadas con casi un mes de diferencia, confirman, en sendos recursos de casación, que en el procedimiento de reagrupación familiar la acreditación del vínculo familiar en supuestos de reagrupación en segundas o posteriores nupcias en relación con la disolución del matrimonio anterior, en las condiciones previstas en la Ley 4/2000, de 11 de enero y el RD 557/2011, de 20 de abril, reviste de un carácter probatorio. En consecuencia, lo que se requiere es la prueba de la existencia de la disolución que cumpla con el canon establecido por la normativa sectorial de extranjería y no del reconocimiento de sus efectos procesales.

Esto nos sitúa en al ámbito de la fuerza probatoria extrínseca de los documentos (M. Font i Mas, “El ejercicio de la libre circulación y la eliminación de los requisitos de autenticación y traducción de determinados documentos públicos: El Reglamento (UE) 2016/1191”, *Retos en inmigración y asilo: perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 192–193), cuyos efectos respecto a la autenticidad del documento, y en su caso, traducción, permiten presumir la validez del vínculo familiar, en este caso del nuevo cónyuge, sin tener que someterse a un control de contenido que implique acudir a las técnicas de Derecho internacional privado en relación a la eficacia extraterritorial de decisiones (P. Diago Diago, “La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria–Gasteiz 2019*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 pp. 83 ss y 131 ss).

Estamos pues ante una cuestión de carácter probatorio de los hechos y/o requisitos establecidos en la normativa sectorial de extranjería. Esto es que los documentos públicos emitidos por una autoridad extranjera que se presentan en el trámite son prueba plena del acto o vínculo familiar que acreditan sin quedar supeditados a la necesidad de la homologación a través del exequátur, en su caso, de la resolución judicial extranjera, propiciándose en la práctica administrativa una eficacia directa de los documentos públicos (P. Jiménez Blanco, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y derecho internacional privado”, *REEI*, 35, 2018, pp. 30–31 y 48–49), a efectos exclusivos de la reagrupación familiar (M. Vargas Gómez Urrutia, “Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 740 y 744).

En este escenario, el TS fija en su doctrina que no puede exigirse que la resolución judicial extranjera que decreta la disolución de un matrimonio anterior haya obtenido un previo exequátur para poder desplegar sus efectos en el procedimiento administrativo de extranjería ante la autoridad española competente para resolver una autorización de residencia por reagrupación familiar. Cuestión que también ha sido confirmada en casación para el trámite del visado en otra sentencia anterior a la que también alude; STS CA 3ª 20 julio 2016 (FJ 4º).

Cabe señalar que no se aborda en ningún momento el carácter documental o abierto de los medios de prueba para acreditar las relaciones familiares que contiene el art. 5.2º Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar, en el que se establece que las solicitudes irán acompañadas de los documentos acreditativos de los vínculos familiares y de las condiciones establecidas para la reagrupación que se hayan fijado, indicándose además que si se considera conveniente para probar la existencia de los vínculos familiares se puedan realizar entrevistas con el reagrupante y los miembros de su familia, así como efectuar cualquier otra investigación que se estime necesaria. En atención a esto último, la STJUE 13 marzo 2019, en el asunto C–

635/17, se pronuncia sobre el alcance del art. 5.º Directiva 2003/86/CE con un toque especial atención al segundo párrafo, advirtiéndose que el margen de apreciación que tienen los Estados miembros no puede utilizarse de manera que “menoscabe el objetivo de la Directiva 2003/86 ni su efecto útil”. Cuestión sobre la que también se ha pronunciado el TJUE en su sentencias de 4 marzo 2010 (asunto C 578/08) y de 6 diciembre 2012 (asuntos C-356/11 y C-357/11) al establecer que el sistema que diseña la Directiva 2003/86/CE es que la autorización de la reagrupación es la regla general y que las disposiciones que posibilitan restricciones a la reagrupación han de interpretarse de manera estricta, así como que el margen de apreciación que tienen los Estados sobre estos criterios no puede utilizarse de modo que menoscabe el efecto útil o el objetivo de la Directiva que es favorecer la reagrupación familiar.

Esta no es la primera vez en la que el TS precisa abordar de algún modo la temática sobre el papel que juega el documento público emitido por una autoridad extranjera vs. la exigencia de exequátur, si bien ninguna de las dos sentencias de esta crónica hace referencia a la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª, de 25 enero 2006 (*vid.* comentario M.A. Asín Cabrera, “Jurisprudencia: 2006/61. Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 25 enero 2006”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 952-958). La sentencia versa sobre un recurso de casación relativo a la denegación de un visado de reagrupación familiar, cuyo denominador común con los hechos respecto a las sentencias objeto de esta crónica es que se trata de un supuesto de segundas nupcias de un reagrupante nacional de Marruecos que pretende la reagrupación de la actual esposa, de la misma nacionalidad, en el que acredita mediante documento público, el acta de divorcio solicitado por la primera esposa, la disolución del vínculo anterior. Sin embargo, en la ratio litigiosa no entra a debatirse sobre la exigencia o no de exequátur, dándose por entendido que el documento público extranjero presentado es título suficiente para acreditar la relación familiar y someterlo al examen de las autoridades de extranjería sin requerir una homologación previa a través de exequátur en atención a la función de la autoridad extranjera que expide el documento. Pero sí se centra su objeto de atención en otra cuestión interesante que en las actuales sentencias de esta crónica no llega a debatirse; si la disolución del anterior matrimonio recurrente acreditado mediante dicha acta notarial cumple con las garantías que exige la legislación sectorial de extranjería. Esto es, un procedimiento jurídico, que advierte el TS no es sinónimo de judicial, en el que sea reconocible una efectiva extinción del vínculo matrimonial y en el que se garanticen los derechos del ex-cónyuge y de los descendientes. Para ello, el TS analiza la situación respecto al derecho del país de origen, en el cual la institución de separación matrimonial es desconocida, y solo se conoce la disolución matrimonial, de la cual se diferencian los siguientes supuestos: el *talaq* o repudio (vía unilateral), el *tatliq* o divorcio judicial (vía bilateral), y el *kohl* o repudio mediante compensación económica de la esposa (vía intermedia). A partir del análisis del acta de divorcio presentada, el TS llega a la conclusión de que se trata de un supuesto de *kohl* y considera que dicha figura constituye un procedimiento jurídico con los requisitos establecidos en el art. 17 LO 4/2000, de 11 de enero (FJ 5º).

A continuación, examinaremos el contexto de ambas sentencias para entrar a proporcionar algunas pequeñas observaciones. Ambos recursos de casación giran en torno a dos resoluciones denegatorias de solicitudes de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar por parte de la Subdelegación del Gobierno de Lugo, emitidas con un año prácticamente de diferencia (septiembre de 2019 y junio de 2020 respectivamente). En estas resoluciones administrativas se deniegan las autorizaciones por considerar que, para acreditar que en un supuesto de segundas nupcias el procedimiento jurídico por el cual se disuelve el matrimonio cumple con los requisitos establecido en el art. 53 a) RD 557/2011, de 20 de abril, se precisa el exequátur de la resolución extranjera, aunque en el procedimiento se hayan presentado documentos públicos emitidos por un autoridad extranjera apostillados y traducidos que acreditan la disolución del matrimonio anterior. Debe tenerse en cuenta, no obstante, a que el incumplimiento de alguno de estos extremos conduciría a la denegación de la autorización de residencia, a no ser que los documentos no hayan sido impugnados por este motivo (STS de 20 julio 2016, FJ 4º).

Los dos casos tienen como elementos en común que se trata de supuestos de segundas u posteriores nupcias de reagrupantes marroquíes en las que se acredita la condición de cónyuge de la persona a la que solicita reagrupar, también de nacionalidad marroquí, mediante acta notarial, así como la disolución del vínculo anterior mediante la presentación de la resolución extranjera de divorcio sobre la cual no se ha obtenido un exequátur previo. La diferencia estriba en que mientras que en la primera denegación la persona reagrupante es una mujer, en la segunda, se trata de un hombre. Y si bien ello no debiera presentar mayor relevancia en la cuestión litigiosa, sí que en cierto momento parece revestir un especial protagonismo, pero que no tiene mayor trascendencia para el objeto de la controversia más allá de ser un indicador de la desconfianza de la administración ante el Derecho de familia de corte islámico en relación a la poligamia. Ello aun cuando el precepto de extranjería aplicable se refiera, por un lado, a la disolución del matrimonio anterior, excluyéndose pues que estemos ante supuestos de poligamia, y aun cuando el precepto debiera resultar aplicable cuando se pretenda la reagrupación del cónyuge en segundas o posteriores nupcias solamente en casos en los que se haya reagrupado previamente a otro cónyuge y no cuando sea el único cónyuge que requiera ser reagrupado por parte del reagrupante (G. Esteban de la Rosa, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009, pp. 195–197).

Las resoluciones fueron objeto de recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso–administrativo de Lugo, siendo resueltas la primera por el nº 2 el 14 mayo de 2020 y la segunda por el nº1 el 18 septiembre 2020. Ambas fueron recurridas en apelación por el Abogado del Estado ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. La Sección primera de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del TSJ de Galicia dictó las dos sentencias en un breve espacio de tiempo entre ellas; 17 y 24 marzo 2021. Así, pues nos encontramos con dos pronunciamientos separados escasamente por una semana de tiempo.

Tanto en primera instancia como en apelación se confirma que en el trámite de reagrupación familiar estamos ante una cuestión probatoria, recurriéndose en casación por el Abogado del Estado al alegar que la falta de exequátur no faculta el control del orden público para que la resolución extranjera despliegue sus efectos en España en el ámbito de un procedimiento de extranjería en atención a que no permite que resulten acreditados los extremos que fija el art. 53 a) RD 557/2011, de 20 de abril.

La sección 5ª de la Sala de lo Contencioso del TS acoge el argumento del Juzgado de Instancia y del TSJ Galicia, advirtiéndose que “No puede confundirse la homologación de un título ejecutivo o sentencia judicial dictada en el extranjero para que produzca efectos en España con la fuerza probatoria de un documento extranjero para acreditar un hecho”. Así pues, se trata de acreditar la relación familiar ante las autoridades administrativas que van únicamente a verificar las condiciones en relación con el valor probatorio del documento que se aporta y que debe acreditar los extremos que se exigen por la normativa para gozar de la condición de cónyuge a los efectos de la reagrupación familiar. Sin embargo, nada se cuestiona en estas sentencias respecto al examen de si el procedimiento contemplado en los documentos públicos aportados por las personas interesadas a las solicitudes de autorización de residencia por reagrupación familiar cumple con los requisitos específicos que impone el art. 53 a) RD 557/2011, de 20 de abril. No resulta controvertido más allá del empecinamiento en la exigencia de exequátur, por ejemplo, que uno de los documentos que se aporta como es el acta de divorcio de mutuo acuerdo y divorcio definitivo, en el que, conforme a la *Mudawana*, los cónyuges tienen derecho a solicitar el divorcio, con o sin condiciones, siempre que éstas últimas no sean contrarias a lo dispuesto en el Código o perjudiquen a los hijos, en el que las partes presentan la demanda de divorcio de mutuo acuerdo aportando un convenio que pretenden homologar, en el que se promueve la mediación y si no hay acuerdo se levanta acta de divorcio, cumple con los requisitos que establecen los arts. 17 a) LO 4/2000, de 11 de enero y 53 a) RD 557/2011, de 20 de abril. Dicho examen es exclusivamente realizado al objeto de acreditación de los requisitos establecidos en la normativa de extranjería a efectos de un control interno de su cumplimiento para poder resultar beneficiarios de la

reagrupación familiar, pero no como un control del contenido que implicaría el precisar de un procedimiento de homologación previo de la resolución que reconozca los efectos procesales de la resolución. Y es que existe una obligación de velar por el cumplimiento de dichos requisitos. Así lo ha establecido el TJUE en su Sentencia de 20 noviembre 2019, en el asunto C-706/18, en la que determina que sí menoscaba el objetivo de la Directiva 2003/86/CE y su efecto útil el expedir un permiso automático de residencia por reagrupación familiar sin haber comprobado la existencia del vínculo familiar conforme a los requisitos establecidos por la Directiva (ap. 37).

Diana MARÍN CONSARNAU*

158. LOS EXTRANJEROS INDOCUMENTADOS CUYA MINORÍA DE EDAD NO PUEDA SER ESTABLECIDA CON SEGURIDAD DEBEN SER CONSIDERADOS MENORES DE EDAD HASTA QUE SE DETERMINE SU EDAD Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS SERVICIOS DE PROTECCIÓN (STS Civ 1ª 5 julio 2022)

FILIACIÓN

159. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA EN FAVOR DE LA DEMANDANTE RESPECTO DE UNA MENOR NACIDA EN RUSIA MEDIANTE UN PROCESO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (SAP Palma de Mallorca 4ª 27 abril 2021)

Observaciones: La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en su Sentencia del 27 abril 2021, ha confirmado en apelación, lo que ya se había establecido en Primera Instancia, que es la posibilidad de que una mujer española inscriba como hija suya a una niña nacida mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en Rusia (SAP Palma de Mallorca 4ª 27 abril 2021 (JUR\2021\163294)).

La Sala establece la filiación materna de una menor que nació en Moscú de una mujer rusa, a la que le fueron implantadas células germinales femeninas y masculinas de donantes anónimos, de modo que la niña carecía de vínculo biológico con la demandante, mujer española, soltera; considerada, por tanto, la madre comitente.

Es especialmente relevante esta sentencia, porque se está permitiendo el reconocimiento de la filiación de una menor rusa a favor de la madre comitente española, sin que, en principio, se aporte una sentencia judicial en la que se constate el hecho de la filiación con validez jurídica; y sin que exista ningún vínculo biológico entre ambas. En mi opinión, de manera acertada, se ha procedido a un análisis del caso planteado, que es completamente diferente a los suscitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o ante el Tribunal Supremo (TS).

En primer lugar, ya el Juzgado de Primera Instancia otorga la filiación a favor de la madre comitente de la niña rusa utilizando un totum revolutum de argumentos de dos técnicas jurídicas perfectamente diferenciadas en Derecho internacional privado. Por un lado, en virtud de la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 reconoce la filiación que aparece en el acta registral de nacimiento rusa, por la vía del reconocimiento de las resoluciones. Mientras que, por otro lado, considera igualmente el juez de Primera Instancia que se ha acreditado la posesión de estado a través de la documentación facilitada; así que en este caso se está utilizando la técnica jurídica del conflicto de leyes, una vez que los tribunales españoles se han declarado competentes en virtud de las normas de producción interna relativas a la competencia judicial internacional. Por lo tanto, el juez no separa los tres sectores del Derecho internacional privado, que son la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

* Universidad Rovira i Virgili, Tarragona)

Pues bien, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca viene a realizar algo parecido en la sentencia objeto de análisis. Por un lado, considera que, aunque el tribunal de San Petesburgo deniega a la demandante su solicitud de sentencia judicial, es porque se pretendía conseguir la constatación judicial de un hecho con validez jurídica, en este caso el nacimiento de la niña en la que la demandante figura como madre de la misma; algo que ya había sido confirmado en la certificación de nacimiento. Por lo tanto, para la Audiencia Provincial, de acuerdo con la Instrucción DGRN 5 octubre 2010, no existía ningún impedimento para la transcripción de la certificación de nacimiento en el Registro Civil español. Si bien, la duda que surge en este punto es si efectivamente la sentencia del tribunal de San Petesburgo, en la que se desestima la demanda de la actora, deriva de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, de forma que pueda superar los requisitos establecidos en la Instrucción y proceder al reconocimiento de la filiación recogida en el acta registral de nacimiento rusa. La solución a la disyuntiva por parte de la Audiencia Provincial ha sido en sentido positivo.

Pero, por otro lado, analiza la reclamación de filiación por posesión de estado. Sobre esta cuestión señala que, aunque ésta ha quedado probada a lo largo del procedimiento, no basta por sí misma para obtener la filiación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 CC, porque contraviene lo dispuesto en el art. 10.2º Ley 14/2006. Si bien la posesión de estado favorece a la demandante en aras del reconocimiento de la filiación de la madre comitente con respecto a la menor rusa.

Además, los argumentos posteriores están en consonancia con la solicitud de reconocimiento de la certificación de nacimiento extranjera, pues se analiza la jurisprudencia del TS y del TEDH en relación al principio del interés superior del menor; para llegar a la conclusión de que sí procede la inscripción como aparece en la certificación registral, porque en el caso planteado no se cumplen los criterios de determinación de la filiación que el ordenamiento jurídico español ha considerado idóneos para proteger el interés del menor, entre ellos la adopción.

En este mismo sentido, se debe recordar que, a raíz del Dictamen del TEDH del 2019, en relación al asunto *Mennesson*, el juez decidió proceder a la inscripción de la madre comitente de las niñas como madre legal, al considerar que, después de quince años de procedimiento judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de la relación materno-filial, sin tener que recurrir a los trámites de la adopción (*Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 abril 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande nº P16-2018-001)).

En definitiva, todo este análisis que realiza la Audiencia Provincial y que se va a resumir a continuación, –al igual que como sucede con la reclamación de filiación por posesión de estado– es innecesario si es posible el reconocimiento incidental de la sentencia rusa de nacimiento de los menores, por medio de la Instrucción DGRN 5 octubre 2010.

Por un lado, el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 6 febrero 2014, ha señalado que la cláusula de orden público internacional español impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, así como el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determine ([TS Civ nº. 835/2013, 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)]). Si bien una vez que el núcleo familiar ya existe y si los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los padres comitentes, se tendría que tener en cuenta este dato, para permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos –respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)–. Para ello, el ordenamiento español, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por si alguno de los padres comitentes lo fuera; y el que no fuera padre biológico, podría optar por figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción.

Sin embargo, en la SAP Palma de Mallorca 27 abril 2021, el interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra consideración, de forma que una vez, que se ha observado que el

contrato de gestación por sustitución ha cumplido con las garantías requeridas para las partes y la menor en el Estado de celebración, la autoridad de cada Estado tiene un margen de discrecionalidad limitado para proponer un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente a la mayor brevedad posible. Como las soluciones ofrecidas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 febrero 2014, no pueden aplicarse al asunto que se está dirimiendo, la única posibilidad es proceder a la inscripción de la filiación de la menor a favor de la madre comitente. Para ello, la Audiencia Provincial ha realizado una interpretación del principio del interés superior del menor diferente a la del Tribunal Supremo, acorde a la concreción de dicho principio que contempla la Ley 8/2015 (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 23.7.2015, pp. 61871-61889). Así que, de acuerdo con dicha norma, en el supuesto objeto de estudio, se está preservando el interés superior del menor, pues se está favoreciendo la protección del derecho de la niña a la vida y al desarrollo de la misma en un entorno familiar adecuado, no existiendo indicio alguno como para pensar que la menor se encuentre desatendida o desprotegida y sometida a algún peligro en ese ámbito.

Por otro lado, tras el primer Dictamen del TEDH puede afirmarse que, aunque existe un limitado margen de discrecionalidad de los Estados miembros en el reconocimiento del vínculo de filiación, existe un amplio margen de apreciación de los Estados en la elección de los medios jurídicos para llevar a cabo el mismo, que bien puede tratarse de la adopción, siempre que se procure prontitud en el procedimiento. No se exige, por tanto, la inmediata inscripción de los datos que figuran en la certificación registral extranjera, en el Registro Civil nacional correspondiente.

No obstante, las diferencias entre las soluciones adoptadas por el TEDH en los asuntos *Mennesson contra Francia* y *Labassee contra Francia* y por el Tribunal Supremo en el caso de los “niños de California”, no han resultado ser reales en la práctica, tal y como se ha puesto de manifiesto a raíz de la consulta realizada por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH precisamente en relación con el asunto *Mennesson* (STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 [JUR\2014\176908] (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211)).

En su primer Dictamen en relación con la gestación por sustitución, el TEDH señala que el reconocimiento de la filiación de las hijas *Mennesson* en relación con la madre comitente, no tiene que hacerse por la transcripción del acta de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, sino por cualquier otra vía como la adopción, siempre que las modalidades previstas en el derecho interno garanticen la efectividad y la celeridad del reconocimiento de la filiación, de conformidad con el interés superior del menor.

Si bien, la solución es similar a la ofrecida por el Tribunal Supremo para el reconocimiento de la filiación a favor del padre que no resulte ser el padre biológico, es decir, que dichos padres comitentes no biológicos tienen la posibilidad el acogimiento o la adopción. Sin embargo, ninguna de estas dos opciones es rápida en el ordenamiento español. En Francia por otro lado, aunque en el asunto *D contra Francia*, el TEDH señaló que la adopción plena tiene una duración de alrededor cuatro meses; en relación con el asunto *Mennesson* el juez consideró que, después de quince años de procedimiento judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de la relación materno-filial, sin tener que recurrir a los trámites de la adopción (STEDH 16 julio 2020, 11288/18, *D c. Francia* [JUR\2020\214195] (ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818)).

Así pues, la diferencia entre el caso español y el francés es que en el caso francés, uno de los padres comitentes demostró a lo largo del procedimiento que era el padre biológico de los menores, mientras que en el caso español, esto no quedó probado, aunque sí que fue puesto de manifiesto a lo largo de las diferentes instancias que atravesó el asunto. Aunque el hecho de que ninguno de los padres comitentes sea el padre biológico del menor, no parece ser relevante para que exista un núcleo familiar de “facto” y se respete el derecho a la “vida privada y familiar”, de acuerdo con el art. 8 TEDH; la realidad es que, la ausencia de carga genética en el menor fue uno de los motivos, entre otros, para que finalmente, el TEDH no considerara que había habido una

injerencia en el derecho a la vida privada y familiar por el Estado italiano en el asunto *Paradiso Campanelli contra Italia* [(STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812))].

En cualquier caso, el TEDH y el Tribunal Supremo sí que coinciden en que debe respetarse el núcleo familiar *de facto* constituido en el país de destino, siendo un medio idóneo para la protección del mismo, por ejemplo, la concesión del derecho a la prestación de maternidad a los padres comitentes. Precisamente, porque existía un núcleo familiar de “facto” en el Estado de origen, en esta sentencia objeto de estudio, se ha permitido la inscripción de la certificación registral de nacimiento de una niña nacida en Rusia mediante gestación por sustitución, en aras del principio del interés superior del menor. Para ello, se han tenido en cuenta todas las circunstancias del caso: no era posible recurrir a ninguna de las soluciones previstas por el Tribunal Supremo, dado que no se podía identificar al padre biológico, pues se trataba de un donante anónimo; y no se cumplían las condiciones legales para la adopción o el acogimiento bajo la legislación española. Así pues, tanto en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como en la Sentencia de 16 julio 2020, asunto *D contra Francia*, los tribunales están respetando las directrices que viene encomendando el TEDH a través de su jurisprudencia.

En definitiva, la SAP Palma de Mallorca 27 abril 2021, en el que se trata de determinar la filiación de una menor nacida en Rusia mediante un contrato de gestación por sustitución donde no ha habido ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la hija, ha venido a situar el principio del interés superior del menor por encima del orden público internacional español; si bien se deben tener en cuenta las circunstancias concretas del asunto en cuestión.

M^a José CASTELLANOS RUIZ *

160. PARA LA DECLARACIÓN DE PATERNIDAD RESULTA INCUESTIONABLE LA APLICACIÓN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA, POR SER EL LUGAR DE RESIDENCIA DEL MENOR, DESDE SU NACIMIENTO, CON INDEPENDENCIA DE SU NACIONALIDAD (SAP Madrid 22^a 14 mayo 2021)

161. SE ESTIMA LA APELACIÓN CONTRA UN AUTO QUE ACORDÓ NO HABER LUGAR A LA ADOPCIÓN DE DOS MENORES POR CONSIDERARLAS CONTRARIAS AL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL CON RESPALDO EN LA LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (SAP Madrid 22^a 11 octubre 2021)

162. POR EL MERO HECHO DE PRACTICARSE EN EL CONSULADO DE CARACAS EN 2002 LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA NO QUEDA ACREDITABA LA MISMA CON FEHACIENCIA, SI NO VA ACOMPAÑADA DE OTROS ELEMENTOS DE PRUEBA (SAP Pontevedra 6^a 20 enero 2022)

163. EL TRIBUNAL SUPREMO CONSIDERA QUE UNA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN PRACTICADA EN MÉXICO VULNERA LOS DERECHOS DE MADRES GESTANTES Y NIÑOS (STS Pleno 31 marzo 2022)

Observaciones: El Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 marzo 2022, siguiendo la misma línea interpretativa de su Sentencia de 6 febrero 2014, ha rechazado, en casación, el reconocimiento de la filiación natural a favor de una mujer española en relación con un niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en México (STS Civ n.º. 1153/2022, 31 marzo 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153); STS Civ n.º. 835/2013, 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)).

La Sala, sin embargo, establece la filiación adoptiva de dicho menor nacido en México de una mujer, a la que le fueron implantadas células germinales femeninas y masculinas de donantes anónimos, de modo que el niño carecía de vínculo biológico con la demandante, mujer española, soltera.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1869-4488.

Es especialmente relevante esta sentencia porque, aunque se rechace el reconocimiento de la filiación natural, se está permitiendo la filiación adoptiva, al tratarse de una de las modalidades contempladas en nuestro ordenamiento, tal y como puso de manifiesto el Tribunal Supremo (TS) en su sentencia anterior; pero además, se están respetando las directrices que viene encomendando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con los contratos de gestación por sustitución a través de su jurisprudencia. Cuando lo más adecuado hubiera sido que, si no se cumplen las condiciones para la formalización de la adopción, el Tribunal Supremo hubiera accedido a la solicitud realizada por los demandantes, como hizo finalmente el juez francés en el asunto *Mennesson c. Francia*, y proceder al reconocimiento de la filiación natural a favor de la madre comitente (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211)).

Efectivamente, aunque en Primera Instancia son rechazadas, en Segunda Instancia sí se estimaron las pretensiones de los demandantes, el abuelo y la madre comitente. De la jurisprudencia existente, podría afirmarse que los tribunales en instancias inferiores son más propensos a reconocer la filiación de los menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, tal y como aparece en la certificación de nacimiento registral extranjera; es decir, que se procede a reconocer como hijos naturales a los menores nacidos mediante dichas técnicas de reproducción asistida.

Para ello, los demandantes vienen reclamando la filiación natural en virtud de la posesión de estado, que es uno de los modos de establecimiento de la filiación que contempla el ordenamiento español; en vez de recurrir al reconocimiento de la certificación registral de nacimiento extranjera, que es lo que solicitaron los demandantes en el caso de los “niños de California” del que derivó la STS 6 febrero 2014.

En cuanto a si se cumple o no la posesión de estado en el presente asunto, tal y como señala la Audiencia Provincial de Madrid, existe una relación de filiación “vívida”, haciendo alusión al Dictamen del TEDH de 10 abril 2019 sobre el asunto *Mennesson* al referirse a que dicha relación de filiación entre padres comitentes e hijas constituye “una realidad práctica” (*Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 abril 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande nº P16-2018-001)). En este sentido, la madre comitente ha tenido un comportamiento congruente con los deberes de madre manifestado mediante actos continuados y reiterados, que es exigido por la jurisprudencia para poder valorar el goce público de una relación de filiación, tal y como señala la STS 9 mayo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1617).

Todo ello, es trasladado y admitido –sin que se haya puesto en cuestión en el recurso de alzada– en la sentencia apelada, que, si bien comprende que tal situación fáctica es un hecho indudable, termina por estimar que ello no es suficiente para el reconocimiento de la maternidad que se dirime, al considerar que la posesión de estado requiere que “el menor sea tenido por hijo”. Efectivamente, el art. 131 Cc entra en contradicción con lo señalado en los arts. 10.1º y 10.2º Ley 14/2006, que declara nulos los contratos de gestación por sustitución y que establece que la madre legal del menor es la madre gestante de quien el niño no tiene aportación genética alguna; pues si se concediese la filiación por posesión de estado, se estarían otorgando dos filiaciones contradictorias, una a la madre comitente y otra a la madre gestante.

La ley aplicable a la filiación internacional, tal y como señala el Tribunal Supremo viene determinada por el art. 9.4º.I Cc. De forma que sólo en el caso de que dicha norma nos lleve a la aplicación de la ley mexicana dicha Ley regiría la filiación, tal y como señaló el abuelo del menor, en el recurso planteado ante el Juzgado de Primera Instancia. Pues bien, al respecto señala el Tribunal Supremo que la ley aplicable a la filiación es la ley española, dado que la residencia habitual del menor se encuentra en España, que es el primer punto de conexión que contempla el art. 9.4º.I Cc, con su actual redacción. La residencia habitual ha de valorarse en el momento de la interposición de la demanda ante tribunales españoles, en el año 2018, que es cuando se interpuso la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, fecha en que el menor tenía tres años y residía en España.

En este sentido, la modificación introducida por la actual redacción del art. 9.4º.I Cc en lo relativo a la orientación material de dicha norma, en el caso planteado no se puede decir que se haya conseguido dicho objetivo, pues no contribuye en absoluto a la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes. Pues tras la reacción contra la ley española al no permitir la acreditación de la filiación, ésta acaba aplicándose, porque, aunque la ley mexicana, que es la ley de la nacionalidad del hijo, permite acreditar la filiación, ésta atenta contra el orden público internacional español.

En relación a la activación del orden público, en el caso de que la gestación por sustitución fuese legal en España, de forma que todas las leyes extranjeras que lo permiten no atentasen contra nuestro orden público; podría activarse dicha cláusula con respecto a determinadas leyes extranjeras que fuesen especialmente denigrantes contra la madre gestante o contra el menor. Así pues, la ley mexicana no establece un período de revocación del consentimiento para la madre gestante después del nacimiento del menor, que quizá sería deseable que en las Leyes sobre gestación por sustitución de los Estados se contemplara, en aras de la protección de los derechos de la madre gestante. Pues bien, este sería un claro ejemplo de una ley extranjera que activaría la cláusula de orden público en el caso de que en España se legalizaran los contratos de gestación por sustitución.

Finalmente, la Sala señala que, a pesar de la vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, los niños nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución llegan a España y terminan por integrarse en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado. Así pues, se debe proceder a la determinación de la filiación del menor a favor de la madre comitente, teniendo en cuenta, por un lado, el interés superior del menor, en los términos en que es reconocido por el art. 2 Ley 8/2015 (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 23.7.2015, pp. 61871-61889); y, por otro lado, su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, dentro del que se encuentra el derecho a la identidad.

Pues bien, el Tribunal Supremo añade que como el ordenamiento español permite el reconocimiento de esa relación respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, en virtud del art. 10.3º Ley 14/2006; cuando se trata de la madre comitente, la solicitud del reconocimiento de la relación de filiación a favor de ella debe obtenerse por la vía de la adopción.

No obstante, cierto sector doctrinal señala que también por razones de protección del menor sería conveniente una aplicación analógica de lo previsto en el art. 10.3º Ley 14/2006, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético no haya sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante. Si bien esta no es la posición que ha adoptado el Tribunal Supremo.

La adopción por parte de la madre comitente es la solución adecuada, en opinión del Tribunal Supremo, porque el Dictamen TEDH 10 abril 2019 sugiere la adopción como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda llevarse a cabo con prontitud y eficacia. En este sentido, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito celeridad en la acreditación de la idoneidad de la madre comitente (art. 176.2.3º Cc). El Tribunal Supremo considera que el requisito de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no debe ser un obstáculo, puesto que la diferencia máxima de cuarenta y cinco años entre adoptante y adoptado no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3º Cc en relación con el art. 237 Cc).

Además, la solución ofrecida por el Tribunal Supremo sigue la misma interpretativa que en su anterior sentencia de 6 febrero 2014; siendo, además, la opción del acogimiento o de la adopción, la solución que habían propuesto a los demandantes, tanto el encargado del Registro Civil español en el año 2015, como el JPI, cuando se planteó la demanda ante tribunales españoles en el 2018.

Para el Tribunal Supremo, esta solución satisface el interés superior del menor, en este caso concreto, pues como exige el citado Dictamen del TEDH también viene a salvaguardar los derechos fundamentales de las madres gestantes y de los niños en general. En su opinión –con la que no se puede estar de acuerdo–, mediante el reconocimiento casi automático en España de la filiación, se estaría facilitando la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, que lesionan gravemente los derechos mencionados. Sin embargo, no se facilita la actuación de las agencias de intermediación porque el reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes, sea mediante filiación natural o mediante filiación adoptiva; el único modo de evitar su proliferación es que no puedan operar en España y que se regule la gestación por sustitución de manera que sea altruista, evitándose el negocio que los contratos de gestación por sustitución suponen para dichas agencias.

En mi opinión, el Tribunal Supremo ofrece la solución de la adopción, a pesar de que no se cumplen los requisitos legales para ello, porque no quiere proceder a los deseos de la madre comitente –que en el presente asunto sería la más adecuada–; cuando, en definitiva, se le está otorgando el reconocimiento de la filiación. Así pues, la respuesta que se les está dando a los padres comitentes que se trasladan a otros países para realizar contratos de gestación por sustitución y evitar la aplicación de la ley española en la materia, es el incumplimiento de otra norma, la de la adopción; con el añadido de que es el Tribunal Supremo quien lo está poniendo de manifiesto.

Por otro lado, sorprende que el Tribunal Supremo adopte una solución diferente cuando los hechos son muy similares, a la que llegó la SAP Palma de Mallorca 27 abril 2021 (JUR\2021\163294), en relación a un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en Rusia entre la madre comitente española y la madre gestante rusa, del que nació una niña; no existiendo ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la menor; y en los que el recurso de la adopción tampoco era posible.

En cualquier caso, la realidad es que ya sea, mediante la filiación natural o mediante la filiación adoptiva, se está reconociendo la filiación de los menores nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución. Así pues, una modificación de la normativa en la materia sería apropiada, para que, de manera sistemática, no se tenga que evitar aplicar por analogía la normativa existente o estar incumpliendo las leyes sobre la adopción. Por lo que, es necesario un debate en profundidad sobre la gestación por sustitución de los distintos grupos o colectivos implicados para el desarrollo de una regulación sobre la materia en España, si puede ser más pronto que tarde.

M^a José CASTELLANOS RUIZ *

164. PARA EL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EL LEGISLADOR ATIENDE EN PRIMER LUGAR A LA “CONEXIÓN SOCIAL” REPRESENTADA POR LA RESIDENCIA HABITUAL DEL HIJO, QUE EL DERECHO ESPAÑOL FIJA EN EL MOMENTO DEL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN (SAP Barcelona 18^a 25 mayo 2022)

165. NO CABE EL RECONOCIMIENTO DE POSESIÓN DE ESTADO EN ORDEN A UN MENOR RESPECTO DEL CUAL NO SE HA DETERMINADO HABER NACIDO POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN CALIFORNIA (SAP Pamplona 3^a 7 junio 2022)

Observaciones: La Audiencia Provincial de Pamplona en su Sentencia de 7 junio 2022 ha rechazado el reconocimiento de la filiación natural a favor de los padres comitentes, solicitada por posesión de estado, en relación con dos menores nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en California (SAP Pamplona 3^a, 7 junio 2022 (JUR\2022\264041) (ECLI:ES:APNA:2022:592)). Esta sentencia sigue la misma línea interpretativa que viene manteniendo el Tribunal Supremo en relación con los contratos de gestación por sustitución

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1869-4488.

celebrados en el extranjero, tal y como se desprende de sus sentencias, una del 31 marzo 2022 y otra del 6 febrero 2014 (STS Civ nº. 1153/2022, 31 marzo 2022 (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153; (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)).

La Audiencia, no obstante, establece la filiación adoptiva de dichos menores nacidos en California de una mujer, cuyo proceso de gestación subrogada se llevó a cabo mediante embriones creados por fertilización in vitro con óvulos y espermatozoides procedentes de donantes anónimos; de modo que los niños carecían de vínculo biológico con los padres comitentes, que formaban una pareja sentimental de hombre y mujer. Así pues, tiene trascendencia dicha sentencia porque, aunque se rechace el reconocimiento de la filiación natural, se está permitiendo la filiación adoptiva, al tratarse de una de las modalidades contempladas en nuestro ordenamiento, tal y como ha puesto de manifiesto el TS en las sentencias arriba mencionadas; pero además, se están respetando las directrices que viene encomendando el TEDH en relación con los contratos de gestación por sustitución a través de su variada jurisprudencia.

En un primer momento, se solicitó el reconocimiento de la Sentencia de 13 noviembre 2012, de la *Superior Court* del Estado de California, que había declarado la maternidad de la madre comitente sobre los dos niños aún no nacidos (*pre-birth judgement*). Sin embargo, el reconocimiento de la eficacia legal de dicha sentencia fue denegado en procedimiento de exequatur por el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, a través de su Sentencia de 9 febrero 2015, confirmada por la Audiencia Provincial de Navarra.

Posteriormente, la madre comitente, en calidad de tal y de guardadora de hecho de los menores, interpuso una demanda solicitando que los Tribunales declararan que el demandado es el padre legal de los menores por posesión de estado; teniendo en cuenta que es uno de los modos de establecimiento de la filiación que contempla el ordenamiento jurídico español (art. 131 CC). Para ello se apoyó en la STS 6 febrero 2014 y en un Auto posterior del TS de 2 febrero 2015 (TS Civ 2 febrero 2015 (RJ\2015\141)); en las SSTEDH 26 junio 2014 en los casos *Labassee c. Francia* y *Mennesson contra Francia* (STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111)); así como en la STS 15 enero 2014 sobre la filiación por posesión de estado (RJ\2014\1265) (ECLI:ES:TS:2014:608). Como argumentos para apoyar su solicitud, se aludió a que las autoridades californianas habían reconocido de manera expresa la paternidad del demandado con las debidas garantías; que la filiación de los menores vendrá determinada por la ley personal de los menores, que como ostentan nacionalidad estadounidense, la ley californiana establece la paternidad del demandado; y, por último, la protección del interés superior del menor.

No obstante, la demanda fue desestimada, de forma que se rechazó el reconocimiento de tal posesión de estado, a pesar de que quedaba acreditado que el padre comitente se había comportado como el padre de los menores desde su nacimiento; porque subyace un fraude de Ley que no puede estar amparado por el ordenamiento jurídico español. Debe destacarse que el demandado consiguió ser reconocido como progenitor de los menores en California e inscribirlos en su Registro Civil como su padre, mediante la falsa afirmación de haber aportado material biológico para la fecundación, lo cual, como él mismo reconoce, no es real.

Aunque no señala nada al respecto la Audiencia Provincial, debe aclararse que la ley aplicable a la filiación internacional viene determinada por el art. 9.4º.I Cc. De forma que sólo en caso de que dicha norma nos lleve a la aplicación de la ley californiana –de manera errónea se señala ley estadounidense–, esta Ley regiría la filiación. Pues bien, al respecto señala la demandante que la ley aplicable a la filiación es la ley californiana, por ser la ley personal de los menores. Sin embargo, con la actual redacción del art. 9.4º.I Cc, el primer punto de conexión es la residencia habitual del menor, que se encuentra en España, luego la ley aplicable a la filiación de los menores es la ley española. En este sentido, la modificación introducida por la actual redacción del art. 9.4º.I Cc en lo relativo a la orientación material de dicha norma, en el caso planteado no se puede decir que se haya conseguido dicho objetivo, pues no contribuye en absoluto a la determinación

de la filiación a favor de los padres comitentes. Pues tras la reacción contra la ley española al no permitir la acreditación de la filiación, ésta acaba aplicándose, porque, aunque la ley californiana, que es la ley de la nacionalidad del hijo, permite acreditar la filiación, ésta atenta contra el orden público internacional español.

Tras ser desestimada la demanda, la demandante recurrió, recurso al que se unió el demandado, cuya paternidad se estaba solicitando. En dicho recurso, se señala que no se ha tenido en cuenta el interés superior de los menores, pues éstos están sufriendo un perjuicio por el no reconocimiento de la filiación paterna, ya que siguen siendo extranjeros irregulares en España después de ocho años de residencia sin vinculación parental con quienes conviven.

Al respecto, la Audiencia Provincial señala que el argumento fundado en el interés superior del menor fue rechazado por la STS 6 febrero 2014. Así recuerda al respecto que la invocación indiscriminada del interés del menor serviría para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera realizado. Por lo que, la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. En definitiva, tal y como concluye el Tribunal Supremo, la protección de este interés no puede estar fundado en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres comitentes, sino que habrá de partir de la ruptura de todo vínculo de los menores con la madre gestante, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores. Así que al margen del reconocimiento de la paternidad biológica recogida en el art. 10.3º Ley 14/2006, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar. De forma que se acordó la adopción de las medidas pertinentes para otorgar la protección jurídica que haga posible la integración de los menores en su familia, en caso de que efectivamente alguno de los recurrentes fuera progenitor biológico de los niños y, en todo caso, si existieran en este momento tales relaciones familiares de facto entre los recurrentes y los menores.

Así, en un Auto posterior del TS de 2 febrero 2015, se concluye que a los niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como sucede en el ordenamiento jurídico español. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que el ordenamiento jurídico español vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor.

Por lo tanto, tal y como destaca la Audiencia Provincial, en el ATS 2 febrero 2015 se hace referencia a la posesión de estado civil –además de al establecimiento de la filiación biológica o a la adopción–, como método posible en determinados casos para establecer la filiación de los niños nacidos por gestación sustitución en el extranjero, respecto a los padres comitentes; si bien no se precisan los casos en que esto sería posible.

Sin embargo, la Audiencia recuerda que la STS 31 marzo 2022 rechaza que la posesión de estado civil sea un método admisible para reconocer la filiación materna de un niño nacido en México mediante gestación por sustitución (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022: 1153).

No obstante, la Sala señala que, a pesar de la vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, los niños nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución llegan a España y terminan por integrarse en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado. Así pues, se debe proceder a la determinación de la filiación del

menor a favor de la madre comitente, teniendo en cuenta, por un lado, el interés superior del menor, en los términos en que es reconocido por el art. 2 Ley 8/2015 (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 23.7. 2015, pp. 61871–61889); y, por otro lado, su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 del CEDH, dentro del que se encuentra el derecho a la identidad. Pues bien, aunque la Audiencia Provincial de Pamplona no lo menciona, el Tribunal Supremo señala en dicha sentencia del 31 marzo 2022 que como el ordenamiento español permite el reconocimiento de esa relación respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, en virtud del art. 10.3 de la Ley 14/2006; cuando se trata de la madre comitente, la solicitud del reconocimiento de la relación de filiación a favor de ella debe obtenerse por la vía de la adopción.

La adopción por parte de la madre comitente es la solución adecuada, en opinión del Tribunal Supremo, porque el Dictamen del TEDH de 10 abril 2019 sugiere la adopción como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda llevarse a cabo con prontitud y eficacia (*Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 abril 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande nº P16–2018–001)). En este sentido, las pruebas ya aportadas y valoradas en dicho procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito celeridad en la acreditación de la idoneidad de la madre comitente (art. 176.2.3º Cc). El Tribunal Supremo considera que el requisito de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no debe ser un obstáculo, puesto que la diferencia máxima de cuarenta y cinco años entre adoptante y adoptado no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3º Cc en relación con el art. 237 Cc). Por todo ello, la Audiencia Provincial concluye que el reconocimiento de la filiación de menores nacidos por gestación por sustitución, sin aportación de material genético por los padres comitentes, debe realizarse por la vía de la adopción descartando que pueda producirse por la continua posesión de estado.

En mi opinión, tanto la Audiencia Provincial de Pamplona como el Tribunal Supremo ofrecen la solución de la adopción, a pesar de que no se cumplen los requisitos legales para ello, porque no quieren proceder al reconocimiento de la filiación natural, por posesión de estado. Pero, en definitiva, se le está otorgando el reconocimiento de la filiación de los menores en favor de los padres comitentes, que es lo importante en lo que a la protección del interés superior del menor se refiere.

M^a José CASTELLANOS RUIZ *

INSOLVENCIA

166. EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, SE RESERVA AL JUEZ DEL CONCURSO EL CONOCIMIENTO DE LAS ACCIONES Estrictamente concursales, PERMANECIENDO EL FORO ORDINARIO PARA LAS DEMÁS COMPETENCIAS (AAP Málaga 5ª 15 septiembre 2021)

MATRIMONIO

167. LOS DEMANDADOS CONTRAJERON MATRIMONIO CIVIL NO PARA FORMAR UNA FAMILIA, SINO PARA REGULARIZAR LA ESTANCIA DE D^a RUTH COMO RESIDENTE COMUNITARIO Y PODER ADQUIRIR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Sevilla 2ª 15 junio 2021)

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid. orcid ID: 0000-0003-1869-4488.

168. DESESTIMACIÓN DE UNA DEMANDA DE NULIDAD MATRIMONIAL BASADA EN LA INSTRUMENTALIZAR UNA RELACIÓN PARA OBTENER DE MODO ACELERADO LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Girona 1ª 14 julio 2021)

169. POR ESTAR EN JUEGO *IUS CONNUBI* (ART. 32 CE) DEBE DENEGARSE LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO ÚNICAMENTE CUANDO EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL ALCANCE UNA CERTEZA PLENA DE HALLARSE ANTE LA PRESENCIA DE UN MATRIMONIO SIMULADO (SAP Madrid 21ª 28 septiembre 2021)

170. DE LA PRUEBA EXAMINADA NO PUEDE DESPRENDERSE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN ENTRE LOS CONTRAYENTES QUE PUEDA ASIMILARSE A LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL, MÁS ALLÁ DEL MERO HECHO DE CONTRAER MATRIMONIO ANTE UNA AUTORIDAD COMPETENTE EN SANTO DOMINGO (SAP Lugo 1ª 28 octubre 2021)

171. EL TRIBUNAL SUPREMO CONFIRMA LA EXTINCIÓN DE LA TARJETA DE RESIDENCIA TEMPORAL DE UNA MUJER AL HABERSE ACREDITADO QUE SU MATRIMONIO FUE UN FRAUDE (STS CA 5ª 15 diciembre 2021)

172. LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO EN GIBRALTAR NO AFECTA A SU EXISTENCIA Y EFICACIA JURÍDICA, PUDIENDO ACREDITARSE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO POR OTROS MEDIOS DE PRUEBA AJENOS AL ACTA DE INSCRIPCIÓN (SAP Málaga 6ª 17 diciembre 2021)

173. PESE A HABER INTERVENIDO UN NOTARIO COLOMBIANO EN LA DOCUMENTACIÓN PRESENTADA NO CONSTA QUE SE HAYAN OBTENIDO BENEFICIOS PARA SIMULAR EL CONSENTIMIENTO CUANDO SE PRESTÓ PARA CONTRAER EL MATRIMONIO EN PERÚ (SAP León 1ª 21 diciembre 2021)

174. SE DESPRENDE DE LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA QUE EL MARROQUÍ NO PUEDE ADQUIRIR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE MANERA RÁPIDA ACUDIENDO A UN SUBTERFUGIO ES MATERIA NO PROBADA Y EN, TODO CASO, AJENA AL EJERCICIO DEL *IUS CONNUBI* (SAP Sevilla 3ª 3 enero 2022)

175. SE DECLARA LA NULIDAD DEL MATRIMONIO POR ERROR PADECIDO POR LA CONTRAYENTE ESPAÑOLA EN RELACIÓN CON LAS CUALIDADES ESENCIALES DEL CONTRAYENTE EXTRANJERO (SAP Madrid 24ª 25 febrero 2022)

176. LA INTENCIÓN DE QUE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO PERMITA LA OBTENCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA O LA RESIDENCIA EN ESPAÑA NO ES ALGO ILEGÍTIMO, Y SE TRATA DE UNA FINALIDAD QUE PUEDE ESTAR PRESENTE EN AQUELLOS QUE CONTRAEN MATRIMONIO CON UN EXTRANJERO (SAP Burgos 3ª 22 abril 2022)

177. NO ES AJENA A ALGUNOS DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN ESPAÑA LA EVENTUALIDAD DE QUE LO HAYAN SIDO PARA APROVECHAR LAS VENTAJAS DE UNA APARIENCIA MATRIMONIAL CREADA AD HOC PARA ORILLAR O PALIAR LOS OBSTÁCULOS DERIVADOS DE LA NORMATIVA SOBRE EXTRANJERÍA (SAP Barcelona 12ª 13 mayo 2022)

178. LOS INDICIOS DE SIMULACIÓN EN EL CONSENTIMIENTO DE UN MATRIMONIO CONTRAÍDO EN COLOMBIA QUE SE TUVIERON EN CUENTA PARA ADOPTAR LA RESOLUCIÓN DENEGATORIA TANTO POR EL ENCARGADO CONSULAR COMO POR LA DIRECCIÓN GENERAL, HAN QUEDADO DILUIDOS (SAP Tenerife 3ª 13 mayo 2022)

MENORES

179. NO CONCURRE CONTRADICCIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL EN LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES DADO QUE NO EXISTE CONSTANCIA DE LA SOLICITUD DIRIGIDA AL TRIBUNAL DE MENORES DE CALGLIARI (AAP Granada 5ª enero 2021)

180. CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE JUZGADOS ESPAÑOLES PARA PRONUNCIARSE SOBRE MEDIDAS DE CARÁCTER TRANSNACIONAL ACERCA DE PROTECCIÓN DE MENORES (AAP Murcia 4ª 21 enero 2021)

Observaciones: 1. La SAP Murcia 4ª 21 enero 2021 versa sobre un conflicto de competencias entre juzgados españoles para pronunciarse sobre un procedimiento de modificación de medidas en un procedimiento de familia, en relación con la fijación de un nuevo régimen de visitas de un menor, que reside en España, con su padre. También se pronuncia sobre la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para conocer del caso.

2. En concreto, la citada Sentencia desestima el recurso de apelación planteado contra el auto de 6 septiembre 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Murcia, por el que se declara la falta de competencia objetiva de dicho tribunal para conocer de una modificación de medidas adoptadas por otro juzgado (por Sentencia de 7 marzo 2017 dictada por el Juzgado nº 3 de Murcia). El actor plantea la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para conocer de su demanda, ya que el menor, cuyo régimen de visitas con su padre se pretende modificar, reside en España. Por su parte, el Ministerio Fiscal se opone manteniendo que los Tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional para conocer de esta cuestión.

3. De forma previa al análisis de los fundamentos jurídicos, es necesario exponer los distintos procedimientos que se siguieron:

- En primer lugar, el Juzgado de Distrito Uno de Bucarest dictó sentencia de divorcio entre las partes el 11 septiembre 2013 y atribuyó a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre el hijo común. Igualmente, fijó una pensión de alimentos del padre para el hijo. En aquel momento, la residencia habitual de las partes ya estaba fijada en España.
- El Juzgado de Primera Instancia de Murcia n 3 (Familia 1) dictó auto el 14 marzo 2014 por el que se homologa la transacción judicial alcanzada por las partes y se reconoce la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal rumano. Además, alade un régimen de visitas del padre con el hijo a través del Punto de Encuentro Familiar.
- A continuación, el Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Murcia (Familia 1) dicta sentencia el 7 marzo 2017 en un procedimiento de modificación de medias por el que se aprueba un acuerdo alcanzado por las partes en relación con el importe de la pensión de alimentos del padre al hijo.
- Seguidamente, el padre presenta demanda de modificación de medidas en el Juzgado de Murcia n 3, solicitando la modificación del régimen de visitas de su hijo que, recordemos, se habían fijado con carácter provisional. El citado Juzgado dictó auto el 21 noviembre 2018 declinando su competencia judicial internacional, ya que argumenta que se pretende modificar una sentencia extranjera. No obstante, señala que tal competencia sí podría corresponder al Juzgado de la residencia del menor para la adopción de medidas paternofiliales para adecuarlas a las nuevas circunstancias concurrentes, conforme al art. 22 quáter LOPJ. Ya que, además, fue en esta dirección en la que se modificó la pensión de alimentos, que inicialmente había fijado una sentencia de un Tribunal rumano, por lo que también está facultado para modificar las visitas paternofiliales que el Juzgado de Murcia fijó provisionalmente en el Punto de Encuentro Familiar.
- Llegados a este punto, se plantea la misma pretensión, es decir, la modificación del régimen de visitas, ante el Juzgado de Murcia n 5, lugar de residencia del menor, cuyo auto es el objeto del recurso de apelación de la sentencia que se está analizando.

4. Para resolver el recurso, la AP analiza las siguientes cuestiones: en primer lugar, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; en segundo lugar, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles; y en tercer lugar, el conflicto de competencia objetiva entre los Tribunales españoles.

5. En primer lugar, la AP recuerda que para resolver esta cuestión es menester partir de los fundamentos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En virtud del mismo, la primera exigencia es el acceso a los Tribunales, y, por tanto, prima el principio *pro actione*, lo que implica la necesidad de interpretar y aplicar las leyes sobre todo las procesales, de la forma más favorable a la iniciación del proceso” (F.J 2).

6. Una vez asentada esta cuestión, la AP analiza la competencia judicial de los tribunales españoles para conocer del caso. Y lo hace, como la propia AP recuerda, no porque la resolución impugnada se fundamente en base a la falta de competencia de los tribunales españoles, sino porque se alega como motivo de oposición al recurso tanto por una de las partes como por el Ministerio Fiscal, de forma un tanto sorprendente.

La AP acierta en la concreción de la norma aplicable al caso para determinar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles: el Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DO L 338 de 23.12.2003, cde DO L 82, de 22.3.2013), en adelante Reglamento Bruselas II bis. Y, en concreto, el foro general de la residencia habitual del menor establecido en su art. 8. Ya que nos encontramos ante un procedimiento de modificación de las medidas relativas al régimen de visitas de un menor, materia cubierta por el ámbito de aplicación material del citado Reglamento.

Respecto a este extremo, la AP cita de forma adecuada las fuentes del modelo español de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental:

“La normativa aplicable en nuestro país está determinada, en primer lugar, por el Reglamento 2201/2003 CE (materia matrimonial y responsabilidad parental), en su defecto por el Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 (protección de niños) y, en defecto de normas internacionales, los arts. 22 y 23 LOPJ” (F. J. 3).

No obstante, a continuación, señala

“En el presente caso la legislación aplicable es el Reglamento 2201/2003 CE, al residir el menor en España desde al menos 2010, al cuidado de la madre que también reside aquí, así como su padre. Al tener ambos progenitores su residencia habitual en España y residir también ella el menor, la competencia para la adopción de medidas paterno-filiales es de los Tribunales españoles, conforme a los arts. 22.ter y 22. quáter LOPJ...” (F. J. 3).

Esta afirmación de la AP no sería técnicamente correcta, ya que como ella misma afirma, y hemos señalado en el párrafo anterior, la modificación del régimen de visitas de un menor entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, y, en consecuencia, no es de aplicación la LOPJ.

Igualmente, resulta pertinente realizar una clarificación adicional. La AP parece dar a entender que la competencia de los Tribunales españoles se basa en que la medida que se pretende adoptar fue adoptada por primera vez por un Tribunal español (el Juzgado de Primera Instancia n.º Tres de Murcia):

“Por lo tanto, como lo que se pretende es modificar precisamente una medida adoptada por primera vez por un Tribunal español (el Juzgado de Primera Instancia n.º Tres de Murcia), relativa al régimen de visitas entre el padre no custodio y el hijo menor de edad, sobre la que el Juzgado de Budapest lo que hizo fue no establecer expresamente dichas visitas, por lo que no cabe duda de la competencia de los Tribunales españoles para su adopción” (FJ 3).

Esta afirmación tampoco es precisa técnicamente, ya que, en virtud del Reglamento Bruselas II bis, no habría problema en modificar un régimen de visitas establecido de conformidad con una sentencia extranjera, siempre que se dieran los requisitos necesarios para ello. Fundamentalmente, que el Tribunal español tenga competencia judicial para conocer el asunto, como es el caso, puesto que la residencia habitual del menor se encuentra en España.

7. Por último, la AP entra a dilucidar la cuestión de la competencia entre los Tribunales españoles para conocer de una demanda de modificación de medidas del art. 775.1º LEC, y no el art. 774 LEC, que es el mencionado por el auto recurrido.

El art. 775.1º LEC señala claramente que

“El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”.

En relación con este extremo, la AP, tras citar la jurisprudencia del TS al respecto, concluye que la competencia corresponde al Juzgado que adoptó la medida que se trata de modificar, y ese es el JPI nº Tres de Murcia, que fue quien la adoptó en el auto de 14 marzo 2014. En consecuencia, el citado Juzgado inadmitió indebidamente la demanda presentada por la parte actora en primer lugar para modificar el régimen de visitas. Por ello, la AP afirma que nada impide al actor a volver a plantear su pretensión ante el Tribunal correspondiente, sin que se le pueda reprochar no haber recurrido el auto de este Tribunal que denegó su demanda, ya que el actor siguió el trámite que el auto le indicaba, y presentó de nuevo la demanda ante el Tribunal indicado, y ello como exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva.

María GONZÁLEZ MARIMÓN *

181. SE DESESTIMA LA SOLICITUD DEL DEMANDADO DE QUE SE HOMOLOGARA UNA RESOLUCIÓN DICTADA EN ECUADOR Y SE ACUERDA OTORGAR LA GUARDA Y CUSTODIA A LA MADRE, SIN VISITAS PARA EL PADRE (SAP Barcelona 18ª 11 marzo 2021)

182. SE ESTABLECEN *EX NOVO* LAS MEDIDAS EN RELACIÓN CON LOS HIJOS MENORES, SIN QUE SEA ÓBICE PARA ELLO LA SENTENCIA DE DIVORCIO DICTADA POR EL TRIBUNAL DE MARRUECOS PUESTO QUE, A FALTA DE RECONOCIMIENTO, CARECE DE EFECTOS EN ESPAÑA (SAP Lleida 2ª 23 abril 2021)

REQUERIMIENTO A LA MADRE PARA QUE CUMPLA VOLUNTARIAMENTE LA ENTREGA DEL MENOR RESIDENTE EN RUSIA AL PADRE PUES LA MEDIDA ADOPTADA OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR AL PADRE (AAP Vitoria-Gasteiz 1ª 23 abril 2021)

Obs.: En el presente supuesto de ejecución de la sentencia de divorcio contencioso de primera instancia, pendiente de resolución final en la apelación, el Juzgado de Instancia deniega la solicitud de ejecución por falta de competencia judicial internacional. El motivo de la denegación es que el menor se encuentra en Rusia, procediendo iniciar el procedimiento de restitución acorde a lo establecido en el art. 26 del Convenio de La Haya. El auto de la Audiencia Provincial de Álava estima el recurso contra dicha resolución. En su argumentación destaca que no nos encontramos ante un procedimiento de restitución de menor por sustracción internacional de menores, sino ante unos autos de ejecución de resolución judicial de concesión de la guarda y custodia al padre. Por ello, en cumplimiento del art. 776 LEC, lo que procede, tras la solicitud de ejecución por parte de este, es el requerimiento a la madre para que la misma cumpla voluntariamente el contenido del auto dictado que otorga la guarda y custodia del menor al padre y proceda a la entrega del menor al demandante en el procedimiento de ejecución. Ante la alegación de la madre de que no ha podido llevar a término la entrega del menor por motivos de la pandemia, se afirma que la misma puede perfectamente poner el menor a disposición de la Administración de Justicia española, toda vez que, cumplidos por este los 14 años de edad, se permiten excepciones debidamente justificadas a las medidas restrictivas derivadas de la pandemia, excepciones dentro de las que se encuentran la necesidad de ejecución de la resolución judicial de primera instancia. Ante el suplico de la demanda de ejecución en la que se solicitan diversas medidas de cumplimiento forzoso se insta a la ejecución voluntaria, y se concluye que solo en el supuesto de que esta se incumpla se decidirá por los concretos actos de ejecución que sean necesarios para el cumplimiento forzoso, bien sean todos, algunos u otros de los solicitados por el ejecutante (L.A.P.M.).

183. MARCO JURÍDICO DEL PERIODO TRANSITORIO DEL BREXIT: APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) 2201/2003 DE 27 NOVIEMBRE 2003, O DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 19 OCTUBRE 1996 AL SUPUESTO ENJUICIADO (SAP Lugo 1ª 12 mayo 2021)

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado. Universitat de València.

184. LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA PARENTAL ESTÁN CONCEBIDAS EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, Y EN PARTICULAR EN FUNCIÓN DEL CRITERIO DE PROXIMIDAD (AAP CÓRDOBA 1ª 20 MAYO 2021)

185. CAMBIO DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA Y VISITAS DE UN MENOR COMO MANIFESTACIÓN DE SU INTERÉS SUPERIOR, PARA ASEGURAR EL MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES CON SU PADRE (SAP Vitoria-Gasteiz 1ª 20 mayo 2021)

Observaciones: El 20 mayo 2021 la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, Sección I, desestimó un recurso de apelación en un procedimiento sobre un divorcio contencioso y el establecimiento de las medidas oportunas. Como elemento esencial, la sentencia aborda el cambio del régimen de custodia y visitas de un menor como manifestación de su interés superior, para así asegurar el mantenimiento de las relaciones con su padre, impedidas durante casi tres años por la madre, aparentemente, por haber trasladado ésta ilícitamente a varias localizaciones desconocidas por el padre; medida acompañada por la prohibición de salida del territorio español de la madre con el hijo durante los periodos de ejercicio del derecho de visitas, fruto de sus actuaciones anteriores.

En concreto, el recurso de apelación se plantea contra la sentencia n.º 217/20 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Vitoria-Gasteiz. Esta sentencia acuerda la disolución por divorcio del matrimonio formado por Dña. Constanza y D. Jesús Carlos. Asimismo, acuerda las medidas que deben regir entre los mismos y su hijo menor de edad. Las medidas más relevantes para la apelación son las siguientes: 1) la atribución de la guarda y custodia del hijo menor común al padre, manteniendo compartido el ejercicio de la patria potestad sobre él; 2) la fijación de un régimen de visita, vacaciones y relación para con la progenitora no custodia; 3) la ratificación de la ilicitud del traslado a Rusia del menor y su retención por su padre; 4) la prohibición de que el menor salga del territorio nacional con su madre, salvo autorización judicial; 5) la fijación de alimentos en favor del hijo menor a cargo por parte de la madre; 6) y la distribución de los gastos extraordinarios.

Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de la madre, Dª. Constanza, en el que planteó un

“... óbice procesal inicial de tramitación con vulneración del derecho de defensa, la tutela judicial efectiva, el principio de contradicción y el de igualdad de armas, y pretendiendo que la sentencia que recurría se tradujera al ruso. Y, a continuación, alego: 1º.- Incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor. 2º.- Inviabilidad del derecho de visitas acordado y de la prohibición de salida del territorio nacional. 3º.- Infracción de los arts. 142 y siguientes, por falta de proporcionalidad de los alimentos a cargo de doña Constanza. 4º.- Infracción del art. 97 del Código Civil, al no fijarse una pensión compensatoria” (F.J.1).

El presente comentario se centrará, a continuación, en las tres cuestiones centrales de interés para el caso: la no traducción de la sentencia a ruso como vulneración del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva (ap. 4); la alegada incorrecta aplicación del principio de protección del menor (ap. 5); y la alegada inviabilidad del derecho de visitas acordado y la prohibición de salida del territorio nacional (ap. 6).

La primera pretensión del recurso de apelación consiste en la vulneración del derecho de defensa, la tutela judicial efectiva, el principio de contradicción y el de igualdad de armas, debido a la no traducción al ruso de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Esta petición de la apelante se remonta a Primera instancia, en la que ya se había sustanciado un incidente a petición de la representación de doña Constanza, que culminó en una diligencia de la Letrada responsable denegando esa petición ya que ninguno de los documentos previos se había traducido al ruso y no se había causado indefensión. Dicha diligencia fue recurrida en reposición, no obstante, la Letrada dictó un decreto desestimando el recurso. La AP concluye que, como posteriormente no se interpuso recurso de revisión, el decreto es firme, por lo que la cuestión no es susceptible de ser reproducida en segunda instancia, en virtud del art. 454 bis LEC.

A mayor abundamiento, para contraargumentar la presunta vulneración de derechos fundamentales por el hecho de no traducirse la sentencia al ruso, la AP señala que de las actuaciones consta un acta notarial en la que doña Constanza manifiesta conocer y entender perfectamente el idioma español. Además, recuerda que el idioma del procedimiento es el castellano o español. Culmina su argumentación citando al art. 231 LOPJ, y la doctrina constitucional de las sentencias STC 82/1986, de 26 de junio y la STC 31/2010, de 28 de junio, y que, en definitiva,

“... dentro del ámbito de las garantías que establece el art. 24 CE, siempre en cuanto a este concreto procedimiento afecta, no se encuentra la de que desde el órgano judicial se proceda a traducir la sentencia al idioma utilizado por doña Constanza, quien, además de entender el castellano viene siendo asistida legalmente durante todo el procedimiento...”.

En segundo lugar, la apelante alega la incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor. Hubiera sido interesante para el estudio del caso en la sentencia se reprodujeran los argumentos citados por la madre, no obstante, nos conformamos con analizar la línea de razonamiento del Tribunal. En concreto, se discute el cambio del régimen de custodia y visita de la menor del procedimiento de instancia, en el que el padre solicita la atribución de la guarda y custodia del hijo común menor en base a un incumplimiento reiterado del régimen de visitas del padre y una obstaculización del régimen de relación con él por parte de la madre, en base a el art. 776.3º LEC.

Como no podía ser de otra forma, la AP sitúa al interés superior del menor como principio fundamental para decidir sobre el motivo de apelación, esto es, la elección del régimen de custodia más favorable para el menor. Para ello, cita una sentencia esgrimida por la representación del padre, la sentencia del Pleno de la Sala Primera, la STS 823/2012, de 31 enero 2013:

“Siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ...”.

Continuando con la citada sentencia del TS, la AP centra su argumentación en el art. 776.3º LEC. En efecto, este precepto es relevante para la determinación de los derechos y deberes de las partes para posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio; y por tanto, garantizar el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia recogido en el art. 39 CE. En particular, como elemento fundamental del caso, la STS 823/2012 recalca que la posibilidad de modificar la medida acordada forma parte de este principio, pero no como sanción al progenitor infractor, sino como una circunstancia más que se debe valorar el cambio de régimen. Y, en definitiva, que “[l]o que la norma defiende no es la autoridad de la resolución judicial que la acuerda, sino el interés de los menores en verse y comunicarse con el progenitor no custodio, evitando que la ruptura del contacto con el hijo, especialmente si este es de corta edad, pueda conducir a una alteración creciente de la relación con su padre”.

Llegados a este punto, se habla del derecho a la vida privada y familiar recogido en el art. 8 del CEDH y a su jurisprudencia del TEDH en la materia, recordando que constituye una violación de este derecho el impedir que los padres se relacionen con sus hijos.

Una vez realizada esta aproximación general, la AP pasa a estudiar el supuesto concreto, recalcando que ha de ser valorado desde la perspectiva de las medidas que regulan los efectos de la sentencia de divorcio de conformidad con el art. 91 Cc, y no como la mera modificación de las medidas previamente adoptadas.

Principalmente, el Tribunal se basa en dos cuestiones. En primer lugar, y como hecho fundamental, se considera acreditado que la madre ha impedido de forma consciente y voluntaria la relación del hijo con el padre, pese a los reiterados requerimientos judiciales. Hasta el punto de que está documentado que el hijo no ve a su padre desde hace casi tres años, y desde entonces la relación es nula por exclusiva voluntad de la madre, la cual ha evitado revelar el paradero del menor. Por tanto, se le ha privado al menor preadolescente de su figura paterna. En segundo lugar, el Tribunal hace referencia al aspecto temporal, ya que se trata de un procedimiento que en el momento de la apelación ya duraba más de seis años desde la presentación de la demanda de divorcio. Ya que se menciona este extremo, quizá el Tribunal podría haber hecho referencia a la afectación del paso del tiempo en los menores de edad.

Ahora bien, llegados a este punto, la AP continúa argumentando añadiendo dos razonamientos escasamente justificados, que quizá debería haber desarrollado más, o por el contrario, no haberlos mencionado.

Un dato adicional empleado por la AP es que parece que la madre ha entregado la guarda y custodia del menor a sus abuelos maternos, y por tanto, “Con ello no se facilita el mantenimiento de relaciones positivas de parentalidad, ni se vela por el interés del menor en crecer y desarrollarse, al margen de la situación de divorcio, de forma adecuada”. Seguramente este punto, de considerarse relevante para resolver el caso, debiera haberse ampliado, ya que no parece razonable afirmar, con carácter general, que el cuidado de los abuelos sea perjudicial para un menor. Mas bien, parece que el elemento trascendental del caso, mencionado anteriormente, es el incumplimiento del régimen por parte de la madre y el hecho de impedir la relación del padre con el hijo.

Seguidamente, de forma un tanto imprecisa, la AP señala que “Y, ponderamos que los efectos que pudieran acompañar a ese cambio de guarda y custodia en el ámbito personal, con 13 años de edad, se compensan de forma adecuada con las ventajas que ofrece la residencia en el Estado español y su sistema de protección”. Tampoco este argumento, sin ser precisado, parece ser apropiado, puesto que en ningún momento se detalla como beneficiaría en el caso concreto el sistema de protección español al menor. Parece una afirmación, cuanto menos, poco acertada, puesto que, de nuevo, como se ha señalado en el párrafo anterior, parece que el elemento central del caso es el incumplimiento del régimen de custodia y visitas por parte de la madre.

Para terminar, la AP no considera necesario citar los informes técnicos que obran en autos favorables a que el padre asuma la guarda y custodia. Quizá no hubiera estado de más hacer referencia a ellos, para poder justificar adecuadamente la valoración del principio del interés superior del menor en el caso concreto.

En tercer lugar, se alega la inviabilidad del derecho de visitas acordado y de la prohibición de salida del territorio nacional. La AP rechaza este motivo ya que no se ha acreditado la precaria situación económica que alega la madre. Por su parte, la medida relativa a la prohibición de salida del territorio nacional sin autorización judicial se considera pertinente en atención a las circunstancias valoradas al determinar la guarda y custodia, en concreto, la ruptura unilateral por parte de la madre de las relaciones del padre con el hijo, y la posibilidad real de que esto pueda volver a ocurrir. Aunque no lo menciona de forma expresa la Sentencia, parece evidente que se trata de una medida preventiva, muy adecuada en el supuesto analizado, para desincentivar a la madre de incurrir en un supuesto de sustracción internacional de menores, que aunque no se señala expresamente, de la lectura del texto se infiere que ha sido la técnica utilizada por la madre para evitar el contacto entre el padre y el hijo.

Como valoración final, este caso es un ejemplo más de la complejidad de los conflictos familiares con carácter transfronterizo, en el que, de la lectura evidente del caso, la madre se ha trasladado junto con el menor a varios Estados, sin revelar su localización, incumpliendo el régimen de custodia y visitas e impidiendo la relación del padre con su hijo. En un procedimiento de divorcio con una duración mayor a seis años, finalmente se otorga la custodia del hijo al padre,

con un régimen de visitas en favor de la madre, acompañado de una prohibición de salida del territorio español, como una medida preventiva más que justificada para evitar nuevos intentos de la madre de sustraer ilícitamente al menor en otro Estado.

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN *

186. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL LUGAR DE LA RESIDENCIA HABITUAL UNO DE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD, CUANDO EL MENOR RESIDA EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO QUE NO SEA PARTE DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 19 OCTUBRE 1996 (AAP Vitoria 1^a 3 junio 2021)

187. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN APLICACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS II EN CUESTIONES RELATIVAS LA RESPONSABILIDAD PARENTAL AUNQUE EL MENOR TENGA SU RESIDENCIA HABITUAL EN CHILE (SAP Granada 5^a 14 junio 2021)

188. LA REALIDAD QUE SUBYACE ES QUE SE INTENTA CONTRARIAR LA RAZÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE EL RETORNO DEL MENOR, INTENTANDO SUJETARLO Y VINCULARLO IMPROPIAMENTE A UNA CUESTIÓN DE FONDO (SAP Pontevedra 3^a 14 junio 2021)

189. PROCEDE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR A FRANCIA, AL CONSIDERAR QUE CONCURREN LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 OCTUBRE 1980 Y POR EL REGLAMENTO 2201/2003, DE LA UNIÓN EUROPEA (SAP Málaga 6^a 17 junio 2021)

Obs.: En el presente supuesto de restitución de menor a Francia, residiendo los progenitores en Francia con el menor e iniciado el procedimiento de divorcio, tras conocerse el 18 noviembre 2019 que la decisión sobre la custodia se dictaría el 9 diciembre 2019, el padre trasladó al menor a España sin el consentimiento de la madre. La madre inició el procedimiento de restitución el 14 febrero 2020. Tras esto la autoridad judicial francesa dictó auto de fecha 25 mayo 2020 de carácter provisional en el que se establece fijar la residencia del menor en el domicilio del padre, en dicho momento en España. Tras este auto el Abogado del Estado desiste de la acción, dictándose auto de desistimiento el 17 noviembre 2020. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de Burdeos dictó sentencia definitiva el 14 enero 2021 en la que se revoca el auto provisional y se concede con carácter definitivo la custodia a la madre y se fija como residencia del menor la de la madre, en Francia, sin perjuicio del régimen de visitas que se deba acordar. Esta segunda sentencia provocó la nueva demanda de restitución del Abogado del Estado. Tras esta segunda demanda la resolución de primera instancia desestima la petición, toda vez que afirma que estamos ante uno de los supuestos del art. 10 Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003 bis para la modificación de la residencia habitual inicial del menor, toda vez que la madre desistió del procedimiento inicial y transcurrió más de un año desde el traslado del menor sin que la madre iniciase el procedimiento. Pasado este año, y con el menor integrado en España, escolarizado y con buenos cuidados por parte del padre, no procede su restitución por darse una de las causas para ello del citado precepto. La resolución de apelación revoca la de instancia, toda vez que el cambio de residencia habitual del menor previsto en el citado art. 10 debe interpretarse de forma restrictiva, y únicamente cuando se cumplan algunas de las cuatro condiciones del ap. b del art. 10 previstas en los apartados i a la iv, y en este supuesto no se cumplen. La madre sí presentó una demanda antes del año del traslado del menor. Solo desistió de la misma cuando se dictó auto provisional en el país de residencia del menor anterior al traslado, estableciendo su residencia en España, lo que provocaba el incumplimiento del requisito previo para el inicio de la acción. Sin embargo, cuando un auto de segunda instancia estableció la residencia del menor definitivamente en Francia reactivó la petición apenas dos meses después de la misma. Por ello la madre tampoco ha desistido de la acción, no se ha archivado la demanda y los tribunales del Estado de residencia del menor anterior al traslado han dictado auto en el que se confirma su residencia y con ello la procedencia de su restitución a dicho país. (L.A.P.M.).

190. SE RECHAZA COMO HECHO NUEVO, UNA RESOLUCIÓN DE UN TRIBUNAL POLACO QUE AL PARECER SE DECLARA COMPETENTE PARA CONOCER DEL ASUNTO, PERO SE HA APORTADO EN SU LENGUA ORIGINAL SIN ACOMPAÑAR TRADUCCIÓN AL CASTELLANO (SAP Huesca 1ª 23 junio 2021)

191. PROCEDE ESTABLECER COMO MEDIDA DE GARANTÍA SUSTITUIR LA PROHIBICIÓN DE SALIR LAS MENORES FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL POR LA OBLIGACIÓN DE LA MADRE DE PONER EN CONOCIMIENTO DEL PADRE LA INTENCIÓN DE VIAJAR CON ELLAS FUERA DEL MISMO (AAP Cuenca 1ª 29 junio 2021)

192. NO BASTA ALEGAR CARECER DE INTENCIÓN DE ABANDONAR EL PAÍS, SU ARRAIGO EN ESPAÑA Y LA INEXISTENCIA DE RIESGO PARA LA MENOR, PARA DEJAR SIN EFECTO LA PROHIBICIÓN DE SU SALIDA DEL TERRITORIO (AAP Valencia 10ª 19 julio 2021)

193. UN TRASLADO CON CAMBIO DE RESIDENCIA DE UN MENOR POR UNO DE LOS PROGENITORES A UN TERCER PAÍS SIN EL CONSENTIMIENTO EXPRESO O TÁCITO DEL OTRO PROGENITOR, CUANDO AMBOS SON COTITULARES DE LA POTESTAD PARENTAL, ES UN TRASLADO ILÍCITO (AAP Barcelona 18ª 22 julio 2021)

194. ANTE LA FALTA DE ACREDITACIÓN DE QUE LA RESIDENCIA DEL MENOR SE HALLE EN ESPAÑA DEBE SER DECLARADA LA FALTA DE COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA DEMANDA ORIGEN (AAP Barcelona 12ª 27 julio 2021)

195. RESTITUCIÓN DE LOS MENORES A ESTONIA AL INFRINGIRSE UN DERECHO DE CUSTODIA ADQUIRIDO POR MINISTERIO DE LA LEY QUE SE EJERCÍA DE FORMA EFECTIVA EN EL MOMENTO DEL TRASLADO (SAP Málaga 6ª 27 julio 2021)

Obs.: En el presente supuesto de restitución de dos menores a Estonia se discutía por parte de sus padres cuál era la residencia habitual de los mismos, que según la madre se encontraba en Estonia cuando el padre los trasladó ilícitamente a España y que según el padre se encontraba en España, por lo que no se ha producido traslado ilícito alguno. Quedó acreditado que la unidad familiar estaba formada por el demandado, de nacionalidad británica, la demandante, de nacionalidad Estonia y los hijos, nacidos en 2015 y 2017 en Inglaterra y con pasaporte inglés y estonio. La familia residió en España en 2017 y 2018 y está acreditado que entre octubre de 2019 y agosto de 2020 la madre vivió con los hijos en casa de sus padres en Estonia, trasladándose el padre en 4 o 5 ocasiones a Estonia para estar con los menores. Tras esto, entre agosto de 2020 y noviembre de 2021 la unidad familiar regresa a España, efectuando un viaje vacacional a Estambul durante los días 21 a 26 de noviembre y tras esto pasan las navidades en el Reino Unido junto a la familia paterna. Tras esto, desde enero 2021 hasta el 21 abril 2021 la madre y los niños vuelven a Estonia donde viven en un hotel, ya que en casa de los padres de la madre no había suficiente espacio para la convivencia de los cinco. Es en dicho momento, cuando el padre acude a una visita a Estonia y trae a los menores a España sin autorización de la madre. Dados estos hechos, se acredita que los menores no se encontraban en Estonia en un hotel únicamente de vacaciones, como alega el padre, sino que habían tenido varias estancias estables en el año anterior. Primero en casa de los abuelos maternos y después en el hotel. Tampoco se acredita que su residencia habitual sea España, como señala el padre. Lo que sí ha quedado probado es que en los dieciocho meses previos a su traslado los menores residieron en Estonia durante al menos catorce meses. Que en medio de ese periodo estuvieron tres meses en España, y que tras unas vacaciones en Estambul y en el Reino Unido, volvieron a Estonia donde estuvieron los cuatro meses previos a su traslado. Estos hechos, la propia discrepancia entre los padres sobre el lugar de la residencia habitual, y la admisión de que los menores fueron trasladados por el padre desde Estonia a España el 21 abril 2021 sin el acuerdo para ello de su madre acredita la existencia de los requisitos para que se considere la existencia de una sustracción internacional de menores según lo establecido en el art. 3 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y del art. 2.11 del Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003. Por ello se confirma la sentencia de instancia y la obligación de restitución de los menores a Estonia (L.A.P.M.).

196. NO SE HA PRODUCIDO UN CAMBIO DE RESIDENCIA HABITUAL DE LA MENOR SINO UN TRASLADO A OTRO ESTADO CONSECUENCIA DE UN TRASLADO ILÍCITO POR LO QUE NO PUEDE CONSIDERARSE QUE SE HAYA PRODUCIDO UN CAMBIO EN LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES (AAP Barcelona 12ª 28 julio 2021)

197. SE DECLARA LA ILICITUD DEL TRASLADO Y RETENCIÓN INTERNACIONAL EN RUMANÍA POR VULNERAR LAS NORMAS CONVENCIONALES Y DE LA UNIÓN EUROPEA APLICABLES (SAP Logroño 1ª 9 septiembre 2021)

Obs.: En el presente supuesto de declaración de ilicitud de traslado de un menor a Rumanía la Audiencia Provincial dictó una resolución, muy detallada y particularmente extensa para el uso común, en la que analizó todos los aspectos tratados en el procedimiento, tanto los de fondo sobre la restitución como los de forma en el procedimiento. En el supuesto, el menor nacido en 2015 reside en España con padre español y madre rumana, y tiene la doble nacionalidad. La guarda y custodia la ejerce la madre. El 27 marzo 2015 el padre emite un poder general y especial en favor de la madre en el que le otorga capacidad para fijar la residencia del menor. Posteriormente revoca este poder el 22 junio 2016. El 19 enero 2017 el padre inicia procedimiento judicial de guarda, custodia, visitas y alimentos. Tanto antes como después del procedimiento la madre realizó varios viajes a Rumanía con el menor. Está acreditado que el 6 marzo 2018 la madre realizó la revisión médica de los tres años del menor en Logroño. Tras esta fecha volvió a Rumanía con el menor, sin que este retornase a España, sin haber acordado con el padre este hecho. Vigente el proceso civil, en mayo de 2018 la madre interpuso denuncia contra el padre en el ámbito de la violencia de género. Este hecho provocó que el Juzgado de Violencia de Género nº 1 de Logroño, que incoó Diligencias Previas, asumiese también la competencia sobre el dictado de las medidas sobre el menor. Una vez sobreseídas las diligencias previas dictó resolución denegando la adopción de medidas cautelares penales contra el padre, y acordó medidas cautelares civiles en relación con el menor. Fija su residencia en España calificando de ilícita la retención del menor en Rumanía e impone a la madre la obligación de reintegrar al hijo común a España en un plazo máximo de dos meses y la prohibición de salida del territorio español del menor sin autorización expresa o escrita de ambos progenitores o, en su defecto, de autorización judicial. Tras un largo iter judicial la sentencia de segunda instancia confirma la declaración de ilicitud de la de primera instancia con una detallada argumentación sobre los hechos que hemos relatado, que la confirman y niega la alegada inexistencia de un error en la valoración de la prueba. En la resolución también desestima la alegación de falta de competencia internacional por la residencia del menor en España previa al traslado, la alegación de incongruencia omisiva de la resolución de instancia, y se declara la inexistencia de pérdida sobrevenida de objeto por haberse dictado una resolución previa en Rumanía, toda vez que la misma tenía diferente objeto (L.A.P.M.).

198. NO HAY BASE OBJETIVA QUE JUSTIFIQUE LA PROHIBICIÓN DE SALIDA DE ESPAÑA DE DOS MENORES, PUES LA NACIONALIDAD ALEMANA DE LA MADRE Y DE LAS MENORES PERMITIRÁ LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN CASO DE QUE FUESE NECESARIA LA RESTITUCIÓN DE LAS MENORES A ESPAÑA (AAP A Coruña 6ª 13 septiembre 2021)

199. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA RESOLVER UN CONFLICTO DE PATRIA POTESTAD SURGIDO ENTRE LOS PROGENITORES ACERCA DE AUTORIZAR O NO LA SALIDA DE ECUADOR PARA VIAJAR A ESPAÑA DEL HIJO MENOR Y REUNIRSE CON SUS PADRES Y HERMANO (AAP Valencia 10ª 20 septiembre 2021)

200. UN JUEZ ACUERDA INSCRIBIR EN EL REGISTRO CIVIL DE MONTILLA (CÓRDOBA) EL NACIMIENTO DE UNA MENOR EXTRANJERA DE 19 MESES QUE NO FUE INSCRITA AL NACER EN SU PAÍS DE ORIGEN (AJPI Montilla nº 2 18 octubre 2021)

201. PROCEDE OTORGAR LA CUSTODIA MATERNA A UNA MENOR, HIJA DE PADRES SENEGALESES, PUES EL PADRE PLANTEA LA EDUCACIÓN DE LA NIÑA DESDE UNOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO, QUE NO SON BENEFICIOSOS PARA SU DESARROLLO (SAP Madrid 24 19 octubre 2021)

202. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PORQUE NI EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO DICTADA EN RUSIA NI EN OTRA POSTERIOR SE ADOPTAN MEDIDAS EN RELACIÓN AL HIJO MENOR (AAP Barcelona 12ª 29 octubre 2021)

203. LA NO RESTITUCIÓN DE LA MENOR HA DE CONSIDERARSE JUSTIFICADA POR UNA PLURALIDAD DE RAZONES OBJETIVAS QUE OBEDECEN AL INTERÉS SUPERIOR DE LA MISMA (SAP Sevilla 2ª 5 noviembre 2021)

204. PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL MENOR DE TERRITORIO NACIONAL, SALVO AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA; Y DE EXPEDICIÓN DE PASAPORTE DEL MENOR O RETIRADA DEL MISMO SI YA SE HUBIERA EXPEDIDO (SAP Salamanca 1ª 19 noviembre 2021)

205. EN LA ACTUALIDAD LA MENOR RESIDE Y ESTÁ EMPADRONADA EN POLONIA POR LO QUE, SEGÚN EL REGLAMENTO BRUSELAS II, LOS TRIBUNALES DE DICHO PAÍS SERÁN LOS COMPETENTES PARA CONOCER DE CUALESQUIERA PRETENSIONES (AAP 10ª 25 noviembre 2021)

206. PROCEDE ACORDAR EL RETORNO Y LA RESTITUCIÓN DE LA MENOR A SU RESIDENCIA HABITUAL EN DINAMARCA LA PUES CUSTODIA DE LA NIETA ERA EJERCIDA DE MANERA EFECTIVA POR LOS ABUELOS MATERNOS TRAS EL FALLECIMIENTO DE LA MADRE (SAP Girona 2ª 13 diciembre 2021)

Obs.: En el presente supuesto de restitución de una menor a Dinamarca, el tribunal analiza el concepto de custodia de hecho o por ministerio de la Ley de esta, regulado en el art. 3 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y el 2.11 del Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003. En el supuesto se produce un conflicto entre el padre de la menor y los abuelos maternos de una niña nacida en Dinamarca y con nacionalidad danesa. El padre tuvo poco contacto con la menor desde el verano de 2016 hasta el año 2020 mientras se encontraba privado de libertad. La madre enferma en febrero de 2018 y se traslada a Dinamarca donde vive con sus padres y la menor, teniendo esta una breve relación con su padre en el verano de 2020. La madre falleció el 19 mayo 2021 con un testamento tutelar en el que expresaba su deseo de que la custodia de la menor la tuviesen los abuelos maternos. El 17 junio 2021 los abuelos maternos iniciaron procedimiento de solicitud de atribución de la patria potestad de la menor en Dinamarca, que finalmente se la otorgó mediante resolución de 22 julio 2021. Vigente el procedimiento, y previa a ser dictada la resolución, los abuelos concertaron con el padre que la menor viajase a España para pasar parte de las vacaciones con él y tras esto volviese a Dinamarca. La niña viajó el 27 junio 2021 con billetes de vuelta el 22 de julio. El 1 de agosto el padre comunica a los abuelos que la niña no va a regresar. Tanto la resolución de instancia como la de la Audiencia Provincial consideran que estamos ante un supuesto de ejercicio de la custodia efectiva de la menor por parte de los abuelos maternos, y que, tras ella, y en el curso de la situación conflictiva con el padre, se convertiría en guarda y custodia por resolución judicial. El acuerdo con el padre hace lícito el traslado de la menor, pero la decisión unilateral de este de retenerla convierte la retención en ilícita a tenor de lo establecido tanto por el Convenio de La Haya como por el Reglamento Bruselas II bis. La finalidad de ambos instrumentos jurídicos es la restitución de los menores al lugar de residencia previo al traslado, y ante la misma no pueden prosperar las alegaciones del padre ni de la existencia de un riesgo físico de la menor en caso de viaje a Dinamarca, que no se acredita, ni el hecho de que desde que se negó al retorno la niña haya estado escolarizada y bien cuidada, lo que se presupone. En una niña de 8 años su voluntad es permeable, y su interés superior de protección aconseja, acorde al contenido de los citados textos legales, su vuelta al lugar de residencia previo al traslado y posterior no retorno, y que sea en ese Estado en el que se decida sobre la guarda y custodia y régimen de visita futuros de la menor. Por ello se ordena el retorno de la menor a Dinamarca. (L.A.P.M.)

207. EN EL PRESENTE CASO NO HAY EL MÁS MÍNIMO INDICIO, MÁS ALLÁ DEL TEMOR GENÉRICO DE LA MADRE A QUE EL PADRE DE NACIONALIDAD PARAGUAYA SE LLEVE A LA NIÑA A SU PAÍS DE ORIGEN CON VOLUNTAD DE NO RESTITUIRLA (SAP Lugo 1^a 13 enero 2022)

208. LA SENTENCIA NORTEAMERICANA NO ESTABLECIÓ CONDICIONES PARA EL RETORNO, AL NO APRECIAR RIESGO GRAVE DEL ART. 13 DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y EXPRESÓ SIMPLEMENTE LA CONFIANZA DE QUE EL TRIBUNAL ESPAÑOL APRECIARÍA LAS IMPLICACIONES DE LOS HECHOS (SAP Barcelona 18^a 17 enero 2022)

209. ES INNEGABLE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO ANTE EL QUE SE PRESENTÓ LA DEMANDA SOBRE ESTABLECIMIENTO DE VISITAS TANTO CONFORME A LA LEGISLACIÓN PROCESAL ESPAÑOLA COMO AL ART. 8 DEL REGLAMENTO 2201/2003 (SAP Valladolid 1^a 3 marzo 2022)

210. DADA LA NACIONALIDAD CHINA DE AMBOS LITIGANTES, DONDE CONTRAJERON MATRIMONIO, DEBE EXAMINARSE DE OFICIO LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LA LEY APLICABLE A CADA UNA DE LAS MEDIDAS DISCUTIDAS (SAP Madrid 24^a 16 marzo 2022)

211. EL DEMANDANTE SOSTIENE EN SU DEMANDA QUE LA MENOR HA SIDO OBJETO DE UN TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITO A RUMANÍA, PERO NO ACREDITA DOCUMENTALMENTE TAL CIRCUNSTANCIA (AAP 10^a 31 mayo 2022)

212. LA SAP LLEIDA INCORPORA UN EXTENSO PLANTEAMIENTO DOCTRINAL EN ORDEN A LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE UNA DEMANDA DE GUARDA Y CUSTODIA Y ALIMENTOS DEL HIJO MENOR DE AMBAS PARTES (SAP Lleida 2^a 5 abril 2022)

213. EL MENOR TIENE LA RESIDENCIA HABITUAL EN ALEMANIA POR LO QUE RESULTA QUE LA ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SE RIGE POR LA LEY DEL ESTADO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL NIÑO (SAP Palma de Mallorca 4^a 26 abril 2022)

214. LA AP DE BARCELONA CONFIRMA EL PRONUNCIAMIENTO QUE DECLARA EL TRASLADO ILÍCITO Y QUE ORDENA EL RETORNO DE LA MENOR AL REINO UNIDO ACOMPAÑADA POR LA MADRE ESTABLECIENDO UN PLAZO MÁXIMO DE UN MES PARA LLEVAR A CABO EL RETORNO (SAP Barcelona 18^a 15 julio 2022)

Obs.: En el presente supuesto de restitución de una menor a Reino Unido se produce una situación especialmente delicada en la que se cuestiona la existencia de un grave riesgo para la misma. Estamos ante una niña nacida en 2017 en Londres de padre irlandés y madre española que reside en la ciudad británica donde está escolarizada e integrada. En octubre de 2021 la madre viaja con la niña a España para volver el primero de noviembre. La madre comunica al padre el día 28 de noviembre que la niña no volverá a Londres por haber referido abusos sexuales e interpone una denuncia por estos hechos (la niña había manifestado que el padre “le metía el dedo en el culito”). La madre relata un proceso de asesoramiento y angustia, tanto de la niña como de ella en la gestión de esta situación. El padre niega todas las acusaciones de la madre respecto a este abuso sexual. Se analiza en el supuesto si se cumple una de las causas que el art. 13 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 establece para la no restitución, la existencia de un grave riesgo para la menor o que se le ponga en una situación intolerable. Para interpretar el riesgo que sufre la niña tanto el Tribunal de instancia como el de apelación afirman que se debe contemplar a futuro en el momento en el que se produzca este traslado según una situación objetiva que el Tribunal pueda valorar. En el procedimiento las pruebas del abuso son todas aportadas por la madre, sin una objetivación de un tercero. Las denuncias penales no han tenido recorrido y tampoco hay informe psicológico alguno en el procedimiento sobre la situación de la menor, ni siquiera privado. Tampoco se ha pedido una intervención psicológica pericial del órgano judicial. Se probó una vinculación con el servicio de abusos de un hospital, pero la primera visita de la niña no se realizó hasta junio de 2022, cuando la niña fue retenida en noviembre de 2021. Tampoco se aportó ningún informe del citado servicio. Las excepciones del art. 13 se han

de analizar restrictivamente como lo que son, excepciones a la finalidad esencial del Convenio, la devolución de la menor. Por todo ello procede confirmar en segunda instancia la resolución de la primera instancia que acordaba la restitución de la menor. En todo caso, la resolución admite expresamente que el hecho alegado, de ser cierto, entrañaría sin duda una situación de grave riesgo que justificaría la denegación de restitución de la niña, salvo que existieran garantías de adopción de medidas de protección en el Estado de su residencia habitual. Por ello, aplicando el contenido del art. 11 Convenio de la Haya de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños que establece que en caso de urgencia las autoridades del Estado en el que se encuentre el niño pueden acordar las medidas de protección necesarias para su interés, tras ordenar la restitución en un plazo no superior a un mes, acuerda, que hasta que por los Tribunales competentes adopten medidas sobre la situación de la menor, esta quede bajo la guarda y cuidado de La madre en Londres, sin contacto o visita directa entre el padre y la hija. La madre podrá solicitar vivir con la hija en la vivienda familiar de la que deberá marchar el padre pues este ha ofrecido cederle el uso. Se mantienen los contactos por video conferencia o telefónicos con el padre acordados en la sentencia de instancia una vez madre e hija se encuentren en Londres. Las medidas cautelares o de urgencia adoptadas estarán vigentes y serán efectivas hasta que sean sustituidas por las medidas que se adopten por el tribunal competente (L.A.P.M).

NACIONALIDAD

215. SE DESCARTA LA ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR PRESUNCIÓN COMO REMEDIO DE LA APATRIDIA PARA LOS NACIDOS EN EL SAHARA OCCIDENTAL, CUANDO ESPAÑA ADMINISTRABA EL TERRITORIO (SAP Navarra 3ª 28 mayo 2021)

216. ABSOLUTA FALTA DE PRUEBA DE LA POSESIÓN Y UTILIZACIÓN CONTINUADA POR EL ACTOR DURANTE DIEZ AÑOS DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA EN BASE A LO DISPUESTO EN EL ART. 18 CC (SAP Bilbao 5ª 9 junio 2021)

217. PARA LA OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR ESTAR O HABER ESTADO SUJETO A LA PATRIA POTESTAD DE UN ESPAÑOL ES NECESARIA LA CONSTANCIA DE TAL HECHO (SAP Madrid 9ª 24 junio 2021)

218. EL ACTOR NO HA SIDO TITULAR DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA, NI PUEDE CONSIDERARSE QUE CON ÉL RESPECTO DE OTROS SAHARAUIS, SE LE DÉ UN TRATO DISCRIMINATORIO VULNERADOR DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DEL ART. 14 CE (SAP Bilbao 5ª 2 julio 2021)

219. EL TERRITORIO DEL SAHARA NO PUEDE SER CONSIDERADO COMO TERRITORIO NACIONAL CON ANTERIORIDAD AL AÑO 1975 A LOS EFECTOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE NACIONALIDAD ENTONCES VIGENTES (SAP Santander 2ª 28 septiembre 2021)

220. SE DESESTIMA LA PRETENSIÓN INSTADA POR LA MADRE, CON LA OPOSICIÓN DEL PADRE, AMBOS ARGELINOS, DE QUE SE AUTORIZA LA NACIONALIZACIÓN DE LAS HIJAS MENORES DE AMBOS (AAP Guadalajara 1ª 30 septiembre 2021)

221. EL TS REITERA: NO SON NACIONALES ESPAÑOLES DE ORIGEN DEL ART. 17.1º.c) DEL CÓDIGO CIVIL LOS NACIDOS EN EL SAHARA OCCIDENTAL ANTES DE SU DESCOLONIZACIÓN (STS Civ 1ª 7 octubre 2021)

222. EL TS CONFIRMA QUE RESIDENCIA LEGAL QUE EXIGE EL ART. 22 CC PARA LA OBTENCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA, NO PUEDE SER UNA OBTENIDA DE FORMA FRAUDULENTA (STS CA 5ª 2 noviembre 2021)

223. DENEGACIÓN DE UN RECURSO DE CASACIÓN CONTRA UNA RESOLUCIÓN QUE ACORDÓ CONCEDER LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A LA SOLICITANTE, POR EL HECHO DE HABER NACIDO EN EL SAHARA CUANDO ERA COLONIA ESPAÑOLA Y SER HIJA DE ESPAÑOLES (STS Civ 1ª 15 noviembre 2021)

224. DENEGACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA CON BASE EN EL ART. 18 CC, PORQUE NO ACREDITARON LOS REQUISITOS DE POSESIÓN Y UTILIZACIÓN CONTINUADA DE LA NACIONALIDAD (SAP Sevilla 6ª 16 noviembre 2021)

225. RECURSO CONTRA RESOLUCIÓN DENEGATORIA DE LA NACIONALIDAD SOLICITADA POR EL ACTOR POR PARTE DEL CONSULADO ESPAÑOL EN LA HABANA (AAP Madrid 13ª 17 noviembre 2021)

226. EL TRIBUNAL SUPREMO FIJA QUE EL REQUISITO DE INTEGRACIÓN PARA OBTENER LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DEBE ADECUARSE EN EL CASO DE MUJERES MIGRANTES VULNERABLES Y CON ESCASA FORMACIÓN (STS CA 5ª 17 diciembre 2021)

227. APLICACIÓN EXTENSIVA DEL ART. 17.1º.C) CC RECONOCIENDO LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN POR RESPETO EL INTERÉS SUPERIOR DE LA MENOR Y PARA QUE NO PERMANEZCA EN EL LIMBO DE LA APATRIDIA (SAP Guipúzcoa 2ª 11 mayo 2022)

228. NO CORRESPONDE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA AL DEMANDANTE POR NO ACREDITAR QUE HAYA UTILIZADO DE MANERA CONTINUADA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DURANTE DIEZ AÑOS (SAP Madrid 20ª 11 marzo 2022)

229. DENEGACIÓN DE Y UNA SOLICITUD DE OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN, DE CONFORMIDAD CON EL APARTADO II DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA DE LA LEY 52/2007, DE 26 DE DICIEMBRE (SAP MADRID 9ª 14 MARZO 2022)

230. CUALQUIERA QUE SEA LA OPINIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DE ESPAÑA COMO POTENCIA COLONIZADORA A LO LARGO DE TODA SU PRESENCIA EN EL SAHARA OCCIDENTAL, LO INDISCUTIBLE ES QUE NO PUEDE SER CONSIDERADO ESPAÑA A LOS EFECTOS DE LA NACIONALIDAD DE ORIGEN CONTEMPLADA EN EL ART. 17.1º.C) CC (ATS Civ 1ª 11 mayo 2022)

231. RECONOCIMIENTO POR PRIMERA VEZ DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A UNA NIÑA NACIDA EN UNA PATERA CUANDO SE DIRIGÍA A LA COSTA GADITANA (SAP Guipúzcoa 2ª 11 mayo 2022)

232. DETERMINACIÓN DE SI EL TERRITORIO DEL SÁHARA TENÍA LA CONSIDERACIÓN DE “ESPAÑA” Y SI EL CONCEPTO “TERRITORIO ESPAÑOL” IMPLICARÍA ESA MISMA CONSIDERACIÓN A LOS EFECTOS DE LA ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Madrid 11ª 3 junio 2022)

233. LA CONCESIÓN DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA, LA SOLICITUD DEL PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO, Y EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE APÁTRIDA DEBEN VENTILARSE EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO (SAP Madrid 9ª 30 junio 2022)

NOMBRE

234. LA ÚNICA DISCREPANCIA RADICA EN LA PÉRDIDA O NO DEL APELLIDO DE CASADA COMO CONSECUENCIA DEL DIVORCIO, DEBIENDO DE ESTARSE A LO DISPUESTO AL RESPECTO EN LA LEGISLACIÓN RUMANA (ART. 9.2º CC) (AAP Lleida 2ª 17 diciembre 2021)

OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES

235. EL TS CONSIDERA QUE NO SE HAN INFRINGIDO LOS ARTS. 7 DEL REGLAMENTO ROMA I, Y 5 Y 18 DEL REGLAMENTO ROMA II (ATS Civ 1ª 27 abril 2022)

PROCESO

236. EXAMINADA LA PETICIÓN DE PROCESO MONITORIO NO RESULTA ACREDITADO QUE LA OBLIGACIÓN O EL PAGO PRETENDIDO TENGAN QUE CUMPLIRSE EN POLONIA Y NO EN ESPAÑA, COMO REFIERE EL JUEZ A QUO (AAP Ciudad Real 2ª 11 junio 2021)

237. EL TS REvisa UNA SENTENCIA FIRME CON BASE EN LA MAQUINACIÓN FRAUDULENTE DEL DEMANDANTE CONSISTENTE EN LA OCULTACIÓN DEL LUGAR DE RESIDENCIA DEL DEMANDADO (STS Civ 1ª 27 julio 2021)

238. LA DEMANDADA ES UNA MERCANTIL RUMANA POR LO QUE EL TRASLADO DE LA CÉDULA DE EMPLAZAMIENTO DEBE REALIZARSE EN LOS TÉRMINOS SEÑALADOS EN EL REGLAMENTO (UE) 1393/2007 (SAP Murcia 1ª 6 septiembre 2021)

239. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA UNIDAD DE EMPRESA, EN EL SENTIDO DE QUE CUANDO LAS SOCIEDADES FORMAN PARTE DE UN GRUPO SE APRECIA UNA ESPECIE DE UNIDAD DE IMPUTACIÓN PARA PROCLAMAR LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE TODAS ELLAS, NO PUEDE SERVIR PARA JUSTIFICAR LA VALIDEZ DEL EMPLAZAMIENTO (AAP Ourense 1ª 15 octubre 2021)

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE
DECISIONES EXTRANJERAS

240. SE ADOPTÓ EN SUIZA UNA 'RESOLUCIÓN', LA CUAL, ADEMÁS DE SER HOMOLOGABLE EN ESPAÑA COMO RESOLUCIÓN APROBATORIA DE UNA TRANSACCIÓN, TAMBIÉN DEBE TENERSE PRESENTE COMO 'ADAPTACIÓN' DE UN TÍTULO EXTRANJERO (AAP Palma de Mallorca 3ª 8 junio 2021)

241. EL ART. 54.4º LCJIMC SE ENCUENTRA REDACTADO DE UNA FORMA ABIERTA, PUESTO QUE NO EXIGE QUE SE APORTE UNA CERTIFICACIÓN DE LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN CUYO RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA SE PRETENDE (AAP Barcelona 12ª 5 julio 2021)

242. LA RESOLUCIÓN EXTRANJERA NO PUEDE SER OBJETO DE EJECUCIÓN HASTA QUE OBTIENE EL EXECUTUR POR LO QUE EL PLAZO DE CADUCIDAD DE 5 AÑOS DEBE COMPUTARSE TAMBIÉN DESDE EL AUTO QUE RECONOCE DICHA RESOLUCIÓN (AAP Málaga 7ª 15 julio 2021)

243. DE ACUERDO CON EL REGLAMENTO (CE) Nº 4/2009 Y EL CONVENIO CELEBRADO ENTRE TÚNEZ Y ESPAÑA DE 24 SEPTIEMBRE 2001, EL TÍTULO BASE DE LA PRESENTE EJECUCIÓN ES EJECUTIVO, Y PRIMA SOBRE LOS DECRETOS Y CIRCULARES DE TÚNEZ (AAP Barcelona 18ª 16 julio 2021)

244. UN ACTO DE CONCILIACIÓN DE LA GERENCIA DE DESARROLLO HUMANO Y SOCIAL DE LA MUNICIPALIDAD DE RIMAC, PERÚ, ADOPTANDO UNA SERIE DE MEDIDAS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA, NO ES SUSCEPTIBLE DE EXECUTUR (AAP Barcelona 12ª 21 septiembre 2021)

245. EL ART. 53 LCJIMA ES UNA NORMA IMPERATIVA Y EL JUZGADO NO PUEDE SUPLIR AQUELLO QUE CORRESPONDE A LA PARTE, COMO ES ADJUNTAR A LA DEMANDA LOS DOCUMENTOS MENCIONADOS EN EL REFERIDO PRECEPTO, PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO (AAP Vitoria 1ª 1 octubre 2021)

246. INADMISIÓN DEL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO PRONUNCIADA EN SUDÁN AL NO APORTAR LA ACTORA LA CÉDULA DE EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO EN EL PROCEDIMIENTO DE ORIGEN (AAP Granada 5ª 4 octubre 2021)

247. NO EXISTE PROCEDIMIENTO PENDIENTE ANTE EL TRIBUNAL DE BREMEN AL HABERSE RESUELTO YA EL PROCESO DE DIVORCIO, POR LO QUE NO PUEDE OPERAR EL CRITERIO GENERAL DE ACUMULACIÓN OBLIGATORIA (AAP Ourense 1ª 7 octubre 2021)

248. EL ART. 45.1º.B) REGLAMENTO BRUSELAS I NO DESCRIBE COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA SENTENCIA EXTRANJERA LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DE DICHA RESOLUCIÓN, SINO LA FALTA DE ENTREGA, EN LOS SUPUESTOS EN QUE LA RESOLUCIÓN SE HAYA DICTADO EN REBELDÍA (AAP Barcelona 16ª 26 octubre 2021)

249. EJECUCIÓN FORZOSA EN ESPAÑA DE UNA SANCIÓN PECUNIARIA IMPUESTA POR LA COMISIÓN EUROPEA CONTRA UN ESPAÑOL (AAP Barcelona 19ª 4 noviembre 2021)

250. SE HAN CUMPLIDO LAS FORMALIDADES EXIGIDAS POR EL ART. 53 DEL REGLAMENTO (CE) 44/2001 PARA LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA BÚLGARA (AAP Málaga 5ª 15 diciembre 2021)

251. RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA MERCANTIL DE LOMÉ (AAP Barcelona 11ª 11 enero 2022)

252. LA INADMISIÓN DE LA DEMANDA DE SOLICITUD DE EXECUÁTUR ESTÁ BIEN ACORDADA, AL NO HABERSE APORTADO LOS DOCUMENTOS ACREDITATIVOS DE LA EXISTENCIA DEL PROCESO EN QUE SE DICTÓ LA SENTENCIA CUYO RECONOCIMIENTO SE POSTULA (STS Civ 1ª 14 marzo 2022)

253. DENEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO Y EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO DICTADA POR EL CUARTO TRIBUNAL LEGAL DE ALEPO (SIRIA) (AAP Valencia 10ª 9 mayo 2022)

REENVÍO

254. APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA A LA SUCESIÓN, POR LA ADMISIÓN DEL REENVÍO PREVISTO EN EL ART. 12. 2º CC, AL QUEDAR GARANTIZADA LA UNIDAD LEGAL DE LA SUCESIÓN LITIGIOSA EN ESPAÑA Y CONSIDERAR QUE LA SUCESIÓN GUARDA UNA CONEXIÓN MÁS ESTRECHA CON LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO QUE CON LA DERIVADA DE LA NACIONALIDAD DEL CAUSANTE, A LA QUE REMITE EL ART. 9.8º Cc (SAP Málaga 4ª 8 junio 2021)

Observaciones: La admisión del reenvío ha vuelto a ser objeto de interpretación en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Cuarta, de 8 junio 2021, en la que se estima parcialmente una demanda declarando que, con arreglo al art. 9.8º Cc y 12.2º Cc, los hijos de la testadora, fallecida el 29 abril 2007, debían considerarse legitimarios de su madre, conforme al Derecho sucesorio español, a pesar de haber dejado todos sus bienes a su pareja sentimental, en virtud del Derecho británico, por ser la causante súbdita inglesa. Según el art. 9.8º Cc la entera sucesión de la causante debía regirse por la ley de su nacionalidad, de modo que los hijos no tenían derecho a legítima, pues el Derecho inglés se basa en la libertad de testar. Sin embargo, la AP de Málaga admite el reenvío en favor del Derecho español, ex art. 12.2º Cc, considerando a sus hijos legitimarios. Ahora bien, solo se les reconoce su derecho a recibir de la causante la legítima estricta.

La primera cuestión que debe abordarse es el Derecho aplicable a la sucesión de la difunta, y atendiendo a la fecha de fallecimiento se concluye la inaplicación del Reglamento 650/2012, que entró en vigor el 17 agosto 2012 (art. 84) y se aplica a la sucesión de las personas fallecidas el 17 agosto 2015 o después de esa fecha (art. 83.1º).

La segunda cuestión que debe solucionarse, una vez aclarado que las normas de conflicto europeas no pueden aplicarse al caso, es si puede entenderse que, *mutatis mutandis*, el reenvío estaba prohibido en este caso, por entenderse que había una elección de ley implícita en favor del Derecho de la nacionalidad del causante, en el sentido que se regula por la normativa europea sucesoria, ex art. 22 Reglamento sucesorio. Para dar solución a esta pregunta, la AP de Málaga recoge literalmente los argumentos de la última STS 18/2019, de 15 de enero, sobre la interpretación del reenvío, ex art. 12.2º CC, en el ámbito sucesorio. Aunque un sector doctrinal considere que existe una norma implícita conforme a la cual no procede el reenvío cuando el testador elige como ley aplicable su ley personal o hace testamento válido conforme a la misma, no es, sin embargo, la solución que ha venido manteniendo la doctrina del TS. Esta doctrina tiene su apoyo en un doble dato normativo, según la STS 18/2019: 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, en virtud del cual se admite una *professio iuris* limitada a la ley nacional del causante en el momento de testar o en el momento de su fallecimiento; 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, según los cuales no se admite el reenvío si el testador hace uso de su *professio iuris*.

La tercera cuestión a solucionar, una vez argumentado que sí puede admitirse el reenvío en virtud del art. 9.8º CC, para determinar la ley aplicable a la sucesión de la súbdita británica, es si cabe en este supuesto concreto la admisión del reenvío de primer grado, en favor del Derecho español, conforme al art. 12.2º CC. El fundamento para admitir el reenvío en este supuesto es la salvaguarda del principio de la unidad de la sucesión, es decir, el Derecho aplicable a la sucesión debía ser el Derecho español pues con la admisión del reenvío no se producía un fraccionamiento legislativo.

El último domicilio de la causante radicaba en España (Benalmádena), por lo que la norma de conflicto remitía para la sucesión de sus bienes muebles al Derecho español. En cuanto a los bienes inmuebles objeto de la sucesión se encontraban todos en España, resultando irrelevante que pudiera tener otros en Reino Unido, pues como indica la STS 520/2019, de 8 de octubre, 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, tal fraccionamiento no podría ser solucionado por los tribunales españoles, dado que no se encuentran en la masa hereditaria litigiosa. 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 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 de la causante", dado que la testadora residía en España, donde falleció, y donde se encuentran los bienes que se han identificado del caudal hereditario. Por las consideraciones expuestas la AP de Málaga procede aplicar la ley española a la sucesión de la difunta, y, por tanto, reconocer a los hijos recurrentes su condición de herederos forzosos. Por tanto, la Sentencia de la AP de Málaga sigue la doctrina jurisprudencial sobre reenvío en el ámbito sucesorio elaborada por el Tribunal Supremo, en aplicación de los arts. 9. 8º y 12. 2º CC.

Por último, la cuestión a solucionar es qué parte de legítima debía concederse a los hijos. Para la AP de Málaga, dado que la testadora menciona a sus hijos en el testamento como hijos nacidos de su matrimonio y, pese a ello legó sus bienes en España a su pareja sentimental para el caso de premoriencia, la legítima que les corresponde es la estricta o corta, es decir, 1/3 del haber hereditario, por aplicación del art. 813 CC, pues ciertamente, como razona la magistrada de instancia con cita de la STS 9 julio 2002, si la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue privar de todo a sus hijos, no se puede extender a una parte, es decir a la legítima larga, o 2/3 de la herencia, que corresponde a su libre disposición y que voluntariamente no les quiso atribuir.

Por tanto, a su pareja sentimental al que le había instituido heredero universal de todos los bienes radicados en España, se le tenía que reducir su adjudicación en lo que perjudicara simplemente a la legítima estricta de los hijos.

Como ha podido comprobarse la AP de Málaga sigue la interpretación consolidada del TS, que permite el reenvío dentro de ciertos límites y con carácter no obligatorio para el juez español. Por tanto, puede activarse el reenvío de primer grado cuando respete los principios inspiradores de la norma de conflicto española aplicable y cuando comporte resultados positivos y justos. En el ámbito sucesorio el principio inspirador de la norma de conflicto española es la unidad de ley, por lo que no debe aceptarse si provoca un “fraccionamiento legal de la sucesión”. La jurisprudencia española es unánime en este sentido: STS 15 noviembre 1996, STS 23 septiembre 2002, STS 12 enero 2015 y, la STS 5 diciembre 2018 y STS 8 octubre 2019.

En cuanto a los “índices positivos de reenvío”, hay que demostrar que el reenvío es útil, en el caso concreto, para producir resultados justos, pues la admisión del reenvío significa aplicar una ley distinta a la querida por el legislador español y, muchas veces, una ley distinta a la que el testador quería someter su sucesión. Se ignora el mandato material de la norma de conflicto, lo que supone defraudar no solo la voluntad de nuestro legislador sino la del propio causante, puesto que la admisión del reenvío hace “imprevisible” la Ley aplicable al supuesto. Por eso, se acude al reenvío como “ajuste de la localización”, por supuesto una vez comprobado que no se produce la violación del principio de unidad de ley aplicable a la sucesión. Cuando el art. 9.8º Cc conduce a la aplicación de la Ley de un país escasamente conectada con la situación jurídica, el reenvío, sirve para hacer aplicable la Ley española si es España el país más vinculado con dicha situación jurídica. Es justamente lo que aplica el TS en su sentencia 18/2019 para admitir el reenvío en favor del Derecho español cuyos argumentos son transcritos literalmente por la sentencia de la AP de Málaga: “en el presente caso, en virtud del reenvío previsto en el art. 12.2º Cc, es de aplicación a toda la sucesión 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 del caudal hereditario y las personas llamadas a la sucesión”.

Hay que señalar que la primacía del Derecho internacional privado europeo sobre el Derecho internacional privado español comporta que el art. 12.2º Cc presente, en la actualidad, un ámbito operativo muy reducido. Por eso a pesar de las críticas que pueden hacerse a la admisión del reenvío cuando el testador tiene la voluntad clara de organizar su sucesión conforme a un Derecho concreto o la paradoja de que el art. 12.2º Cc solo admita el reenvío en favor del Derecho español, pero no el reenvío de segundo grado o sucesivos, evidencia un interés claro con cierto “tufillo legefórista” que a nadie se le escapa. El verdadero problema lo vamos a encontrar en la aplicación del reenvío conforme al art. 34 Reglamento sucesorio. ¿Va a exigir el TS que no se produzca un fraccionamiento legislativo? No podemos olvidar que los principios de unidad y universalidad inspiran y vertebran también la reglamentación europea. Si el Reglamento sucesorio capacita a los ciudadanos para organizar su sucesión, mediante la elección de la ley aplicable a la misma, prohibiendo en este caso toda posibilidad del reenvío, ¿por qué sí lo admite cuando el causante quiere organizar su sucesión conforme a la ley de su residencia habitual? Según el Reglamento sucesorio, la elección se limita, conforme al art. 22 Reglamento sucesorio, a la ley del Estado de su nacionalidad, para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida y para evitar que se elija una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos. ¿Es que la ley de la última residencia habitual del causante no es la realmente conectada con la sucesión? En la AP de Málaga se admite el reenvío justamente porque la causante tiene su residencia habitual en España en el momento del fallecimiento, a pesar de ser nacional británica y haber hecho testamento conforme al Derecho inglés, señalando de forma expresa que la sucesión guarda “una conexión más estrecha” con la ley de su residencia habitual que con la derivada de la nacionalidad del causante.

En mi opinión el reenvío es un instrumento que, por un lado, dificulta la organización de las sucesiones a los ciudadanos previsores, porque puede llegar a frustrar sus expectativas e intereses; y que, por otro lado, incrementa la inseguridad jurídica y los costes conflictuales al alterar y complicar la aplicación de la norma de conflicto. Debería haberse eliminado por completo del Reglamento sucesorio, pero este es otro tema al que estoy segura de que nuestro TS tendrá que enfrentarse en un plazo muy breve.

Esperanza CASTELLANOS RUIZ *

RELACIONES ENTRE CÓNYUGES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

255. EN LA AUSENCIA DE PACTO SOBRE ELECCIÓN DE LA LEY PERSONAL APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEBE ATENDERSE A LA RESIDENCIA HABITUAL COMÚN TRAS LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO (SAP Santander 4ª 2 junio 2021)

256. SIENDO APLICABLE LA LEY ESPAÑOLA (ART. 9.2º CC), Y NO HABIÉNDOSE OTORGADO POR LOS CÓNYUGES CAPITULACIONES MATRIMONIALES, EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ES EL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (SAP Valencia 10ª 21 julio 2021)

257. ACREDITADA QUE RESIDENCIA HABITUAL DEL MATRIMONIO INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE SU CELEBRACIÓN ESTÁ EN CATALUNYA, LA LEGISLACIÓN QUE SE APLICA PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN ECONÓMICO ES LA CATALANA (SAP Barcelona 18ª 16 septiembre 2021)

258. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO FORMADO DEL CAUSANTE NO ES EL DE COMUNIDAD DE BIENES, POR NO PREVERLO LA LEY INGLESA NI HABERSE ACREDITADO SU EXISTENCIA EN VIRTUD DE PACTO DE LOS CÓNYUGES (SAP Palma de Mallorca 3ª 28 septiembre 2021)

Observaciones: 1. En este caso, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca resuelve el recurso de apelación planteado contra una sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 1 de Ibiza de 20 diciembre 2020. Los hechos objeto del litigio son los que a continuación se exponen de manera resumida. Se trata de un pleito sucesorio, en relación con el que la viuda del causante reclama que el único bien inmueble que aparece en la masa hereditaria le pertenece también a ella por el régimen de sociedad de gananciales aplicable a las relaciones patrimoniales de la pareja.

La cuestión principal que se analiza, por tanto, es el régimen económico del matrimonio. El juez a quo determina que la ley aplicable al respecto es el Derecho inglés, al tener los dos cónyuges nacionalidad británica (art. 9.2º CC), y, por esta razón, dictamina que el régimen económico matrimonial de la pareja es el de separación de bienes, considerando, en consecuencia, que el bien inmueble en conflicto es privativo del difunto. La viuda recurre la resolución ante la Audiencia Provincial. Este órgano de apelación confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en este punto.

2. Se trata, como vemos, de un matrimonio de ciudadanos ingleses que no otorgaron capitulaciones en ningún momento y respecto del cual, en la actualidad, con el esposo ya fallecido, se cuestiona si el único bien inmueble que aparece en la herencia le pertenece también a la esposa en virtud del régimen económico matrimonial aplicable.

3. Según indica la sentencia objeto de comentario, la fecha de celebración del matrimonio es el 1 marzo 2006. El Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid.

matrimoniales (DO L 183 de 8.7.2016), no resulta aplicable para determinar el ordenamiento rector del régimen económico del matrimonio, ello, porque las nupcias se han celebrado antes de la fecha de aplicabilidad de la norma, antes del 29 enero 2019 (FJ 2º). En este supuesto, la norma de conflicto que debe aplicar la autoridad española competente para conocer la ley rectora del régimen económico del matrimonio es el art. 9.2º Cc. Según este precepto, el ordenamiento regulador de las relaciones patrimoniales de los esposos es el de la nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de celebración de las nupcias; la ley inglesa, en nuestro caso.

No hay controversia en este punto. Ambas partes en el litigio, la hija del primer matrimonio del difunto, que es la heredera universal por voluntad del causante, y la viuda del fallecido, están de acuerdo en que la ley aplicable es el Derecho inglés. Si bien, la viuda, que es la recurrente en apelación, se contradice en el recurso y en ocasiones alega el Derecho español. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca considera incontestado el hecho de que el Derecho aplicable es el inglés en virtud del art. 9.2º Cc y no admite que en apelación se pueda cambiar el ordenamiento en el que basar la pretensión aducida desde primera instancia (FJ 2º). También afirma que, al tratarse de Derecho extranjero, debería haber sido probado por las partes, por ambas, puesto que ambas alegan el mismo ordenamiento como el aplicable al caso, “y desde luego, tal prueba brilla por su ausencia” (FJ 2º).

4. En los ordenamientos que conviven en Reino Unido no existe una regulación de régimen económico matrimonial, de esta manera, los operadores jurídicos españoles, cuando tienen que aplicar Derecho inglés a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, asimilan las reglas inglesas al régimen de separación de bienes español. Así, los bienes inmuebles serán del esposo que los hubiera adquirido por cualquier título, y no del matrimonio. En este caso, por cierto, se aplica directamente el Derecho inglés sin analizar –no, al menos, expresamente– la remisión a ordenamientos plurilegislativos ad extra que efectúa la norma de conflicto española cuando indica que la ley rectora es la de la nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de celebración del matrimonio (art. 12.5º Cc).

El Derecho inglés, por tanto, es el aplicable salvo que los cónyuges hubieran acordado que su régimen económico matrimonial fuera el de sociedad de gananciales española, que podrían haberlo hecho en virtud del art. 9.3º Cc. Este precepto, como norma de conflicto materialmente orientada, ofrece una serie de leyes conforme a las que pueden ser válidos los pactos o capitulaciones matrimoniales hechos por los cónyuges. Entre esas leyes se encuentra la ley de la residencia habitual de la pareja en el momento del otorgamiento del pacto, la cual sería la española al fijar los esposos su residencia habitual en España después del matrimonio y no haberla modificado desde entonces. Sin embargo, no consta que haya habido capitulaciones matrimoniales ni pactos entre los cónyuges en este sentido.

5. La esposa apelante, no obstante, alega que ha habido manifestación de voluntad en este sentido por parte de los cónyuges. Y, como prueba de ello, alude a que el fallecido hizo constar en el Registro de la Propiedad que estaba casado en régimen de gananciales, no solo en relación con el inmueble litigioso sino, también, respecto de otros bienes adquiridos también por el difunto. En concreto, en la escritura de compraventa objeto de análisis se dice que el adquirente se encuentra casado en régimen de comunidad de bienes pero, a lo largo de del recurso, la viuda alega la aplicación de la ley española y el régimen de gananciales. Para la apelante ambos regímenes, el de sociedad de gananciales y el de comunidad de bienes, son lo mismo.

El Juzgado de Primera Instancia responde que estas alusiones no son más que meras manifestaciones que no tienen trascendencia jurídica, entre otras razones, porque el régimen económico matrimonial afecta a terceros y debe hacerse constar en documento público y dar publicidad del mismo (FJ 2º). Así es, en el ordenamiento español las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse en escritura pública (art. 1327 Cc). Sin embargo, partiendo del supuesto de que la manifestación de voluntad efectuada fuera pacto válido materialmente, los pactos también podrían ser válidos formalmente en España, sin necesidad de formalidad alguna, si lo fueran conforme al Derecho de la nacionalidad de los cónyuges (art. 11 Cc); Derecho inglés, en nuestro

caso. Habría que estudiar, por tanto, si conforme al Derecho inglés esta manifestación de voluntad podría ser considerada pacto válido formalmente y, si lo fuera, sería válido también en España y el órgano jurisdiccional nacional debería tenerlo en cuenta para determinar que el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial de la pareja es el de sociedad de gananciales española. Sin embargo, no es necesario llegar a este punto porque las manifestaciones de voluntad que aparecen en el Registro de la Propiedad son solo del adquirente del bien, no constituyen un pacto entre ambos cónyuges. Por ello, no existe la premisa necesaria para hablar de pactos o capitulaciones matrimoniales, cual es, que recojan la manifestación de voluntad común de ambos cónyuges.

6. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, además, indica que aparece en el Registro es una alusión a que el bien inmueble está sujeto al régimen económico matrimonial que sea aplicable (FJ 2º). Expresión esta última que se encuentra recogida en el art. 92 RH cuando prescribe que “Cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare”. En este sentido, la DGSJyFP –antigua DGRN– permite que en la inscripción se indique de manera genérica que la propiedad del bien queda sujeta al régimen económico matrimonial –extranjero– correspondiente (RDGRN de 2 abril 2018 (RJ 2018\1496); Res. DGRN 19 octubre 2018 (RJ 2018\4825); RDGRN de 1 marzo 2019 (RJ 2019\1423), pudiendo diferir al momento de la enajenación del inmueble la determinación del régimen económico matrimonial. En el Registro se hará la mención de la adquisición con sujeción a su régimen matrimonial y, con posterioridad, se fijará cuál es ese régimen económico matrimonial (Res. DGRN 7 marzo 2007 (RJ 2007\1576), RDGRN 5 marzo 2007 (RJ 2007\6141); RDGRN 3 enero 2003 (RJ 2003\2182); RDGRN 26 febrero 2008 (RJ 2008\2100); RDGRN 3 febrero 2014 (RJ 2014\1974); RDGSJyFP de 30 junio 2021 (RJ 2021\4156).

El problema que plantea en concreto el bien inmueble litigioso es que en la inscripción en el Registro de la Propiedad aparece lo siguiente: “Titular: Heraclio , NIE NUM001, Tarsila NIE NUM002, 100% del pleno dominio suj.regimeneconom.matrimon por título de compraventa”. Esto es, el adquirente, el difunto Heraclio, inscribe el bien a nombre suyo y de su entonces esposa Tarsila. El bien aparece inscrito bajo la titularidad de ambos, al 100% de pleno dominio. Existe una manifestación de voluntad de Heraclio de querer que el bien que ha adquirido sea, también, de su entonces esposa. Se observa una contradicción entre el hecho de que el bien se adquiriera al 100% de pleno dominio entre los esposos y, al mismo tiempo, quede sujeto al régimen económico matrimonial aplicable, que es el de separación de bienes. Lo coherente habría sido que el bien se hubiera adquirido por mitades por cada uno de los cónyuges.

En la Res. DGRN 1 marzo 2019 (RJ\2019\1423), precisamente, ocurre lo contrario, esto es, el régimen aplicable es el supletorio de comunidad de bienes francés y los cónyuges adquieren el inmueble por mitad y en proindiviso. En este supuesto, el centro directivo, sin embargo, consideró que “En el presente caso, la registradora reconoce en su calificación que el régimen económico-matrimonial legal supletorio en Francia es el de comunidad de adquisiciones, pero entiende que es incoherente que adquieran por mitad y *pro indiviso* (“salvo que su régimen económico fuera el de separación de bienes pactado en cuyo caso habría que acreditarlo”). Lo que ocurre es que resulta inequívocamente de la escritura calificada que los adquirentes no atribuyen carácter propio o privativo a sus respectivas cuotas adquiridas en un hipotético régimen de separación de bienes, por lo que ningún obstáculo existe para inscribirlas a nombre de cada uno de los cónyuges con sujeción a su régimen matrimonial”.

En nuestro caso se podría concluir lo mismo, esto es, se podría afirmar la voluntad del esposo de querer que el inmueble que adquiere sea de los dos cónyuges, sobre todo, teniendo en cuenta que afirma que está casado en régimen de comunidad de bienes. Y, si bien esta adquisición del 100% es incompatible con el régimen de separación de bienes aplicable, teniendo en cuenta esa voluntad del adquirente, se podría interpretar que, si el inmueble no puede ser de los dos

cónyuges como parte de la comunidad de bienes, porque esta no existe, sí, al menos, como parte al 50% de cada uno de ellos.

5. Por todo lo anterior, en el asunto se deja meridianamente claro que el Derecho rector del régimen económico matrimonial de la pareja es el inglés y, por ende, el régimen de separación de bienes. No obstante, en relación concretamente con el bien inmueble litigioso, el adquirente del mismo ha manifestado su voluntad de querer que la titularidad la tenga, también, su entonces esposa, ahora viuda y apelante. Por esta razón, aplicando el régimen de separación de bienes y teniendo en cuenta la voluntad del adquirente, se podría entender que el inmueble, que es privativo del esposo, por su voluntad lo ha adquirido también para su cónyuge, al 50% al no especificarse ningún otro porcentaje en la escritura. Y esa voluntad debería respetarse, sobre todo porque es la que tiene publicidad frente a terceros.

Por otro lado, sea como fuere, finalmente la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, respondiendo a la reconvencción planteada por la apelante en Primera Instancia, concluye que, si no por el régimen económico matrimonial, sí por la titularidad que aparece en la escritura, a la viuda le corresponde el 50% del pleno dominio del inmueble por prescripción adquisitiva o usucapión.

Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO *

259. NO EXISTIENDO LEY COMÚN Y NO HABIÉNDOSE ELEGIDO LA LEY APLICABLE AL MATRIMONIO HABRÁ DE ESTARSE A LA LEY DEL LUGAR DE RESIDENCIA COMÚN INMEDIATAMENTE DESPUÉS DEL MATRIMONIO (SAP Barcelona 13ª 30 septiembre 2021)

260. NO ACREDITADO QUE SE HAYAN OTORGADO CAPITULACIONES POSTERIORES AL DIVORCIO, RESULTA IMPOSIBLE QUE LOS HOY LITIGANTES, DE NACIONALIDAD MARROQUÍ AL TIEMPO DE CONTRAER MATRIMONIO EN MARRUECOS, ESTÉN SUJETOS AL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIAS (SAP Madrid 24ª 30 septiembre 2021)

Observaciones: 1. En el caso objeto de comentario se interpone recurso de apelación frente a una sentencia del Tribunal de Primera Instancia nº 75 de Madrid, impugnando el inventario de bienes formado como consecuencia de la disolución del régimen económico de un matrimonio entre ciudadanos nacidos y casados en Marruecos.

Los cónyuges, ahora divorciados, residen de manera habitual en España. Ambos, también, se alega que han adquirido la nacionalidad española y han renunciado a la marroquí (FJ Segundo).

2. En el proceso en Primera Instancia, dice la Audiencia Provincial, no se puso de manifiesto el hecho de estar ante un caso con elemento de extranjería. De esta manera, no es hasta la apelación cuando se estudia el caso desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, analizando la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y la norma de conflicto aplicable para conocer el ordenamiento rector del caso.

3. Como muy bien dice la SAP, en cuanto a la competencia judicial internacional, es claro que los jueces españoles tienen foro para ser competentes en el caso (FJ 2º). Así es, en relación con el régimen económico matrimonial aplicable, el art. 22 quáter c) LOPJ indica que los tribunales españoles serán competentes, “En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid.

la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española”.

No es aplicable, en este caso, el Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (DO L 183 de 8.7.2016), no porque el matrimonio se haya celebrado antes de la fecha de aplicabilidad de la norma –como dice la SAP– sino porque la demanda se ha interpuesto antes de esta fecha de aplicabilidad del 29 enero 2019. Efectivamente, esta fecha del 29 enero 2019 se debe tener en cuenta, respecto de la competencia judicial internacional, en relación con el momento de interposición de la demanda. De esta manera, los órganos jurisdiccionales, para saber si tienen foro para declararse competentes en relación con litigios relativos al régimen económico matrimonial, deberán aplicar el Reglamento 2016/1103 si se interpone la demanda después del 29 enero 2019 e independientemente de la fecha de celebración del matrimonio (art. 69).

4. En cuanto a la ley aplicable, una vez se ha determinado que los jueces españoles son competentes, aquí sí es correcto afirmar que el Reglamento europeo no es aplicable porque el matrimonio no se ha celebrado después del 29 enero 2019 (art. 69.3º). Según consta en la sentencia de apelación, las nupcias se celebraron el 26 marzo 1996. En este caso, por tanto, la norma de conflicto que debe utilizar el tribunal español es el art. 9.2º Cc. Según este precepto, la ley aplicable al régimen patrimonial de la pareja es la de la nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de celebración del enlace.

En nuestro caso, por tanto, la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges es la marroquí. Y en Derecho marroquí no existe la sociedad de gananciales. No consta que los cónyuges hayan otorgado capitulaciones matrimoniales, como, por otro lado, podrían haber hecho en virtud del art. 9.3º Cc conforme al Derecho español, ordenamiento de la residencia habitual de los esposos.

5. La conclusión anterior se mantiene aunque los cónyuges hayan cambiado de nacionalidad posteriormente (FJ 2). Así es, la primera conexión del art. 9.2º Cc es clara al respecto y soluciona el posible problema de conflicto móvil que podría plantearse de no dejar especificado que la nacionalidad de los cónyuges a tener en cuenta es la que tuvieran en el momento de celebración del matrimonio, y no otra. La ley de la nacionalidad común que los esposos tuvieran en el momento de celebración de las nupcias es la que se va a aplicar a los efectos económicos durante toda la duración del matrimonio y aunque cambien las circunstancias de la pareja. La ley aplicable al régimen económico matrimonial es inmutable, por tanto, pero puede modificarse por voluntad de los cónyuges a través del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en las que la pareja acuerde elegir válidamente otra ley reguladora de sus relaciones patrimoniales. Capitulaciones matrimoniales que no existen en este caso.

6. La AP sigue incidiendo, muy acertadamente, en cuestiones de Derecho Internacional Privado cuando dice que la norma de conflicto tiene carácter imperativo y debe ser aplicada de oficio por el operador jurídico (art. 12.6º Cc). Todo ello, para confirmar que el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial del supuesto es el marroquí porque así lo indica la norma de conflicto aplicable –art. 9.2º Cc–.

7. Por otra parte, se alude al registro del único bien que se encuentra inscrito en España, en Madrid concretamente, para descartar también que, por esta vía, se pueda afirmar que el régimen económico matrimonial es el de sociedad de gananciales español y no el de separación de bienes marroquí. Dice la sentencia que el bien aparece inscrito sujeto al régimen económico matrimonial aplicable, sin determinar cuál es. Esta es una práctica habitual en los Registros. El art. 92 RH prescribe que “Cuando el régimen económico–matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación

de éste, si constare". En este sentido, la DGSJyFP –antigua DGRN– permite que en la inscripción se indique de manera genérica que la propiedad del bien queda sujeta al régimen económico matrimonial –extranjero– correspondiente (RDGRN de 2 abril 2018 (RJ 2018\1496); RDGRN 19 octubre 2018 (RJ 2018\4825); RDGRN de 1 marzo 2019 (RJ 2019\1423), pudiendo diferir al momento de la enajenación del inmueble la determinación del régimen económico matrimonial. En el Registro se hará la mención de la adquisición con sujeción a su régimen matrimonial y, con posterioridad, se fijará cuál es ese régimen económico matrimonial (RDGRN 7 marzo 2007 (RJ 2007\1576), RDGRN 5 marzo 2007 (RJ 2007\6141); RDGRN 3 enero 2003 (RJ 2003\2182); RDGRN 26 febrero 2008 (RJ 2008\2100); RDGRN 3 febrero 2014 (RJ 2014\1974); RDGSJyFP de 30 junio 2021 (RJ 2021\4156).

8. La Audiencia Provincial de Madrid concluye con la nulidad de lo actuado en el momento de interposición de la demanda por solicitarse en ella algo imposible de dar, porque aplicando el Derecho marroquí es imposible que se pueda liquidar el régimen económico matrimonial como si fuera de gananciales siendo de separación de bienes.

Añade, también, que, en este caso, no se trata de falta de prueba del Derecho extranjero aplicable y, como consecuencia de ello, de la aplicación del Derecho español en virtud del art. 33 LCJIMC. Lo que ocurre en el supuesto es que no se ha tenido en cuenta el elemento extranjero y se ha tratado el asunto en primera instancia como si fuera interno, aplicándole, en consecuencia, el Derecho español y, con él, el régimen de sociedad de gananciales al reparto de los bienes de los esposos tras el divorcio.

9. La argumentación recogida en la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de comentario es impecable, merece felicitaciones la ponente de la misma. Es una resolución en la que se reivindica el DIPr como disciplina desde la que deben ser analizados y resueltos los supuestos privados en los que existe algún elemento de extranjería.

El problema que plantea la decisión judicial es el que se alega en el voto particular que acompaña a la sentencia. En el mismo, se alega que la apelación no es el momento procesal oportuno para introducir el elemento extranjero que no se ha tenido en cuenta en primera instancia. La magistrada que sostiene el voto particular se apoya en dos sentencias del TS en las que se dice que "[...], esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso. La prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado. No es admisible que mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa" (STS nº 198/2015, de 17 abril la Sala de lo Civil y Sentencia de la misma Sala nº 554/2021, de 20 julio 2021 (ROJ: STS 3073/2021 – ECLI: ES: TS: 2021:3073).

Con ello se pone de manifiesto que la alegación del Derecho extranjero debe realizarse en primera instancia, aun cuando pueda ser probado en apelación y en casación. En nuestro caso, en primera instancia, en la demanda y en la contestación de la demanda, el Derecho extranjero no fue alegado y esto supone que en el recurso de apelación no se pueda valorar la existencia de un elemento extranjero y las consecuencias jurídicas que ello tiene. Todo ello debido a que, como dice el art. 456.1º LEC, "En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación".

Mediante el recurso de apelación no se cuestiona el Derecho aplicable al proceso, existe consenso entre las partes y el tribunal respecto a que el ordenamiento rector es el español, lo que se cuestiona es los bienes que deben formar parte del inventario, estando todos de acuerdo en que el régimen económico matrimonial aplicable es el de gananciales español. La Audiencia Provincial debería haber resuelto acerca de lo que se pide en el recurso, esto es, acerca de si los bienes que alega la recurrente deberían o no incorporarse al inventario, de esta manera, estaría respondiendo al ámbito de la segunda instancia de conformidad con el art. 456.1 LEC.

Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO *

261. NO EXISTE PROCEDIMIENTO PENDIENTE ANTE EL TRIBUNAL DE BREMEN AL HABERSE RESUELTO YA EL PROCESO DE DIVORCIO, POR LO QUE NO PUEDE OPERAR EL CRITERIO GENERAL DE ACUMULACIÓN OBLIGATORIA (AAP Ourense 1ª 7 octubre 2021)

262. PRUEBA DEL DERECHO RUSO EN LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE GANANCIALES (SAP Málaga 6ª 18 octubre 2021)

263. NO PUEDE CONFUNDIRSE LA ACCIÓN DE DIVISIÓN CON LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO AUNQUE DICHO RÉGIMEN FUERA EL DE SEPARACIÓN DE BIENES POR LO QUE NO RIGE POR RAZÓN DE LA MATERIA
264. EL REGLAMENTO 2016/1103 DE 24 JUNIO 2016, SINO EL REGLAMENTO BRUSELAS I (SAP Barcelona 18ª 9 noviembre 2021)

265. NO ACREDITADO QUE SE HAYAN OTORGADO CAPITULACIONES POSTERIORES AL DIVORCIO, LAS REFERENCIAS A LA DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL HAN DE REFERIRSE A LA LEY UCRANIANA (SAP Madrid 24ª 28 enero 2022)

266. LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO SE REGISTRAN POR LA LEY DE MARRUECOS COMO LEY PERSONAL COMÚN DE LOS CÓNYUGES AL TIEMPO DE CONTRAERLO, SIN QUE RIJA ENTRE ELLOS LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (SAP Alicante 9ª –Elche– 11 marzo 2022)

RESPONSABILIDAD

267. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ENJUICIAR UN ACCIDENTE DE TRÁFICO OCURRIDO EN MARRUECOS CONSTANDO QUE DEMANDANTE Y COMPAÑÍA DE SEGUROS DEMANDADA TIENEN SU DOMICILIO EN ESPAÑA (AAP MURCIA 5ª 9 MARZO 2021)

268. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR LA NEGLIGENCIA DEL FABRICANTE DEL AVIÓN SINIESTRADO EN EL ACCIDENTE OCURRIDO EN MADRID EN 2008 (AAP Madrid 10ª 11 junio 2021)

269. LITIGIO POR COMPETENCIA DESLEAL ENTRE DOS SOCIEDADES ESPAÑOLAS POR MATERIALIZACIÓN DE LOS ACTOS EN BRASIL (SAP Madrid 28ª 2 julio 2021)

270. PRETENSIÓN DE REPARACIÓN DEL PERJUICIO SUFRIDO POR UN PARTICULAR DOMICILIADO EN UN ESTADO MIEMBRO A RAÍZ DE UN ACCIDENTE ACAECIDO EN UN ALOJAMIENTO ALQUILADO EN OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ 8ª 9 diciembre 2021, as. 708/20: *BT y Seguros Catalana Occidente / EB*)

Observaciones: En el asunto BT y Seguros Catalana Occidente, EB (en adelante, asunto BT: STJ 9 diciembre 2021, asunto C-708/20) el Tribunal de Justicia interpreta el art. 13.3º 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 (refundición) (en adelante, RB I bis) a raíz de que la parte perjudicada, por una caída

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid.

que tuvo lugar en un inmueble asegurado por un seguro de responsabilidad civil (RC), decidiera demandar conjuntamente al propietario del inmueble (tomador del seguro y asegurado) y a la compañía aseguradora de dicho inmueble ante los tribunales del domicilio de la parte actora en el Reino Unido.

Los hechos constatan que la Sra. Tattersall (BT), domiciliada en el Reino Unido, celebra un contrato de alojamiento vacacional con la Sra. Basquille (EB), domiciliada en Irlanda, con el fin de disfrutar de unos días de vacaciones en Alicante, donde se sitúa el inmueble. Durante su estancia, la Sra. Tattersall sufre una caída en la terraza de la referida villa. A raíz de las lesiones sufridas, la Sra. Tattersall demanda conjuntamente, en el Reino Unido, a la aseguradora de RC del citado inmueble, Catalana Occidente de Seguros, con domicilio social en España, como garante de la RC de la segunda demandada, y a la propietaria del inmueble, la Sra. Basquille, por los daños sufridos, a resultas de haber incumplido su obligación de garantizar la seguridad del inmueble.

En el procedimiento de autos, la compañía aseguradora, si bien no impugna la competencia judicial internacional del tribunal inglés fundamentada en los arts. 13.2º y 11.1º.b) RB I bis, sí que se opone al fondo de la demanda por considerar que el siniestro queda excluido de la cobertura del seguro de RC que la Sra. Basquille tenía concertado con dicha aseguradora. El Tribunal inglés decide suspender su pronunciamiento sobre el fondo de esta cuestión hasta que decida sobre si puede conocer de la pretensión de la Sra. Tattersall contra la Sra. Basquille (aseguradora y propietaria del inmueble).

La cuestión controvertida que motiva que el tribunal inglés consulte al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refiere precisamente a la duda sobre si la parte demandante puede demandar, junto a la aseguradora de RC, también a la presunta causante del daño, en tanto que propietaria del inmueble en el que se produjo la caída y asimismo tomadora del seguro y asegurada del seguro de RC, que cubre el riesgo que el inmueble pueda causar a terceros. A lo que se opone esta segunda demandada por estimar que el art. 13.3º RB I bis no permite dicha acumulación de acciones cuando la acción de la parte actora contra la responsable del daño (tomadora del seguro o asegurada) no esté relacionada con la materia de seguros en cuya sección (sección 3 del capítulo II RB I bis) se localiza el foro que la parte actora utiliza para fundamentar la competencia judicial internacional del tribunal inglés, esto es, el citado art. 13.3º RB I bis. De acogerse esta interpretación, esta disposición sólo resultará aplicable para que la aseguradora de RC pueda llamar a la parte asegurada o tomadora del seguro a intervenir en el proceso incoado contra ella por parte del demandante.

Y este posicionamiento es el que acoge el Tribunal de Justicia en el asunto *BT* al negar la posibilidad de que la parte perjudicada por un siniestro cubierto por un seguro de RC pueda demandar conjuntamente a los dos sujetos de la relación en garantía ante los tribunales del Estado miembro competentes para ejercitar la directa sobre la base del *forum actoris* [art. 11.1º.b)]. El motivo de esta posición reside en la ausencia de relación del objeto de la demanda de la parte actora con el concepto “materia de seguros” sobre el que se asienta el sistema autónomo de competencia judicial internacional de la sección 3 del capítulo II del Reglamento 1215/2012.

Ahora bien, ni el RB I bis, ni sus predecesores Reglamento 44/2001 y Convenio de Bruselas de 1968 definen el concepto de “materia de seguros”. Por esta razón, en el asunto *BT*, el Tribunal de Justicia se aproxima a ello al declarar que para que las normas de competencia judicial internacional recogidas en la sección 3 del capítulo II se apliquen “la acción de la que conoce el órgano jurisdiccional debe plantear necesariamente una cuestión relativa a derechos y obligaciones derivados de una relación de seguro entre las partes de dicha acción” (apdo. 30, asunto *BT*). De este modo, el Tribunal recoge la propuesta que el Abogado General, Michal Bobek, desarrollara en sus conclusiones en el asunto MMA IARD (C-340/16) al declarar que la determinación de si una acción queda comprendida en la materia de seguros depende del “título”, esto es, de si el objeto de la demanda contra el demandado versa sobre derechos y obligaciones derivados de una relación de seguro (aps. 36 a 39 de las conclusiones). Atendiendo a ello, los aspectos que a primera vista quedarían integrados en el concepto “materia de seguros” son, entre

otros, la formalización, interpretación y ejecución del contrato de seguro controvertido que une a la aseguradora, por un lado, y al tomador del seguro o asegurado, por otro lado.

Así pues, la determinación de si la demanda del tercero perjudicado por un siniestro asegurado concierne a la materia de seguros parece someterse a diferente escrutinio en función de si dicho tercero sólo pretende ejercitar la acción directa frente a la aseguradora de RC o si cumulativamente pretende asimismo reclamar una indemnización por daños y perjuicios contra el presunto responsable del daño (tomador del seguro o asegurado) según el art. 13.3º RB I bis, ante los órganos jurisdiccionales del domicilio del perjudicado, haciendo valer, de este modo, la protección de las reglas de competencia en materia de seguros concretadas en el *forum actoris*.

Por lo que se refiere al ejercicio de la acción directa, ésta queda automáticamente amparada en la sección autónoma “materia de seguros” tal y como se constata al hilo del tenor literal del art. 13.2º RB I bis, que incorpora los foros de competencia judicial para su ejercicio, por remisión a los arts. 10, 11 y 12. Y ello con independencia de la “naturaleza que tenga la acción directa de la persona perjudicada contra el asegurador en Derecho nacional” (ap. 27, asunto *BT*), esto es, como institución propia del derecho de la RC o del derecho de seguros. En consecuencia, el motivo que justifica que las reglas de competencia para el ejercicio de la acción directa se integren en la sección de materia de seguro puede hallarse en los presupuestos esenciales de la misma que fundamentalmente son dos: primero, la imputación de RC al asegurado con arreglo al sistema conflictual que corresponda (contractual o extracontractual); y segundo, la existencia de un contrato de seguro de RC válido regido, a su vez, por su propia ley (la ley rectora del contrato de seguro) en cuya cobertura tenga cabida la responsabilidad que se impute al asegurado. Naturalmente, deben concurrir ambos presupuestos de forma cumulativa para que nazca el derecho del tercero a reclamar la obligación de indemnizar con cargo al seguro de RC, dado que, si el primero no se cumple, el asegurado no es responsable y si cumpliéndose el primero, no existe contrato válido que ampare la citada responsabilidad, el perjudicado solamente podrá accionar contra el responsable del daño.

Partiendo de estos presupuestos, procede afirmar que la causa que motiva el ejercicio de la acción directa del tercero perjudicado contra la aseguradora consiste en el contrato de seguro subyacente que cubre el riesgo asegurado (esto es, los hechos que generan la responsabilidad del asegurado) y del que emerge la obligación de la aseguradora verso el tercero (ap. 40, Conclusiones Abogado General, asunto C-340/16, *MMA IARD*). Y ello, como el propio Tribunal de Justicia afirma, con independencia de la naturaleza (de RC o de seguro) que se impute a la acción directa en los ordenamientos jurídicos nacionales (ap. 27, asunto *BT*). A mayor abundamiento, la relación que la acción directa establece entre el perjudicado y la aseguradora por sí misma es de desequilibrio entre las partes a las que la acción enfrenta, en tanto que el primero es económicamente más débil y jurídicamente más inexperto que la aseguradora.

En consecuencia, el ejercicio de dicha acción directa queda subsumida automáticamente en la materia de seguro en la medida en que la acción directa sea posible y la aseguradora esté domiciliada en un Estado miembro. Y a esta conclusión se llega a pesar de que, con aparente paradoja, en la mayor parte de ocasiones la acción directa que el tercero perjudicado pueda ejercitar contra la aseguradora no se referirá a un problema derivado del contrato del seguro en sí mismo, sino que, por el contrario, atenderá a cuestiones vinculadas a la responsabilidad del responsable del daño (tomador del seguro y/o asegurado) y a la cuantía indemnizatoria (ap. 44, *Hoteles Piñeiro Canarias SL v Keefe* [2015] EWCA Civ 598) a satisfacer por la aseguradora. De ahí que se haya afirmado que el requisito de que el objeto de la demanda del tercero perjudicado se refiera a “materia de seguros” es inexistente en el contexto del art. 13.2º RB I bis (y también en el art. 13.1º del mismo reglamento) y que, por consiguiente, no debiera exigirse dicho requisito respecto de la regla de competencia del art. 13.3º (ap. 44, *Hoteles Piñeiro Canarias SL v Keefe* [2015] EWCA Civ 598).

Pero, como indicamos, cuando el tercero perjudicado pretenda demandar, junto a la aseguradora, al responsable del daño sobre la base del art. 13.3º RB I bis, el TJUE requiere el

requisito de la vinculación del objeto de la demanda del perjudicado con la materia de seguros. Lo que en la práctica implica negar esta estrategia procesal al tercero perjudicado al declarar, el propio Tribunal, que la demanda de éste no puede subsumirse en la materia de seguros “por el mero hecho de que esta demanda y la acción que se entabla directamente contra el asegurador tengan su origen en los mismos hechos o de que exista una controversia entre el asegurador y la persona perjudicada en relación con la validez o el efecto de la póliza de seguro” (ap. 31, asunto *BT*).

En otras palabras, el mismo argumento que, por un lado, justifica que la acción ejercitada por el tercero perjudicado contra la aseguradora de RC quede automáticamente sujeta a la materia de seguros, por cuanto el origen de la obligación de la aseguradora frente al tercero reside en el contrato de seguro subyacente que cubre el siniestro (del que deriva la RC del asegurado) sufrido por dicho tercero, es el que, por otro lado, impide que la acción de indemnización de daños y perjuicios de este mismo tercero frente al presunto responsable del daño quede incluida en la materia de seguros (sección 3 del capítulo II RB I bis). Y ello a pesar de que dicha acción se base en los mismos hechos que justifican la intervención de la aseguradora como garante del siniestro. La razón que esgrime el Tribunal consiste en que la referida indemnización por daños y perjuicios no está vinculada a la materia de seguros por cuanto la misma no plantea “una cuestión relativa a derechos y obligaciones derivados de una relación de seguro entre las partes de dicha acción” (ap. 30, asunto *BT*). Cuestión que, al mismo tiempo, la mayor parte de las veces, como se indicó, tampoco la plantea la acción directa del perjudicado contra la aseguradora. La diferencia entre el art. 13.2º y el 13.3º no estriba, pues, en el concepto de materia de seguros, sino en el sujeto que ostenta la posición procesal de parte demandada que provoca, al mismo tiempo, que el demandante mantenga o pierda su condición de parte débil en función del sujeto a quien demande.

Con esta conclusión, el Tribunal de Justicia se alinea con la interpretación que el Sr. Jenard sostuviera en su informe explicativo del Convenio de Bruselas de 1968, en el que mantuvo que, para evitar resoluciones irreconciliables, corresponde a la aseguradora demandada por la parte perjudicada la iniciativa de provocar la intervención del tercero (tomador del seguro y/o asegurado) en el proceso, siempre que dicha llamada al tercero sea posible según la ley aplicable a la acción directa.

Con este argumento, por consiguiente, se descarta que el tercero perjudicado pueda beneficiarse del *forum actoris* (art. 13.2º en conexión con el art. 11.1º.b) RB I bis) con la finalidad de atraer al presunto responsable del daño ante los tribunales de Estados miembros distintos a los que con carácter general (art. 4) o especial (concretamente, los arts. 7.1º y 7.2º) contempla el RB I bis para los asuntos en materia contractual o delictual. De este modo, tanto el referido Informe explicativo como el Tribunal de Justicia, en su sentencia en el asunto *BT*, persiguen salvaguardar el principio de seguridad jurídica y el alto grado de previsibilidad que deben presentar las normas de competencia judicial internacional al evitar que el presunto responsable del daño sea demandado ante los tribunales de un Estado miembro que no hubiere podido razonablemente prever (considerando 16 RB I bis). En definitiva, queda a juicio de la aseguradora y de la ley rectora de la acción directa, si así lo contempla, la posibilidad de que el responsable del daño (asegurado) sea llamado a intervenir en el proceso, esta vez como materia de seguros, en el escenario en el que el tercero perjudicado hubiere ejercitado la acción directa contra la aseguradora de RC, dificultando así la conveniencia de que todas las cuestiones suscitadas entre el tercero perjudicado, aseguradora y asegurado se decidan en un mismo procedimiento.

En otro sentido, el RB I bis le ofrece otras vías para lograr dicha solución, aunque desprovistas de las ventajas que pueda conferirle el *forum actoris*.

Georgina GARRIGA SUAU *

* Profesora Agregada de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona

271. NORMATIVA APLICABLE EN UN ACCIDENTE SUCEDIDO EN TERRITORIO FRANCÉS ENTRE UN VEHÍCULO DE MATRÍCULA ESPAÑOLA Y OTRA FRANCESA (SAP Barcelona 19^a 4 febrero 2022)

272. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA II EN UNA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO CONTRA LA ASEGURADORA DE LA PERSONA QUE SE IMPUTA RESPONSABLE (SAP Madrid 14^a 25 marzo 2022)

273. EL DERECHO APLICABLE AL SUPUESTO ES EL CONVENIO DE LA HAYA DE 4 MAYO 1971, SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA, QUE EXCLUYE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA II (SAP Madrid 8^a 21 abril 2022)

274. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA DEMANDA INTERPUESTA EN RECLAMACIÓN DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DENEGACIÓN DE EMBARQUE Y DE CANCELACIÓN O GRAN RETRASO EN LOS VUELOS (AAP Mallorca 5^a 4 mayo 2022)

Observaciones: La resolución que comentamos es una muestra de la complejidad que en ocasiones suscita la delimitación del ámbito de aplicación material de las normas de derecho internacional privado de la UE. Concretamente, en el AAP Mallorca de 4 mayo 2022 estos problemas se plantean en dos frentes. Por un lado, en relación con la exclusión de los procedimientos de insolvencia del ámbito de aplicación material del Reglamento (UE) n° 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, RB I bis). Por otro –aunque en este caso la cuestión le pasa desapercibida al órgano jurisdiccional–, respecto de la aplicabilidad del foro de protección en materia de contratos celebrados por consumidores del art. 18 del mencionado Reglamento.

Las coordenadas fácticas del asunto son sencillas: dos pasajeras de un vuelo de la aerolínea Alitalia realizado el 12 noviembre 2019 con origen en Nueva Delhi y destino Roma, y que sufrió un retraso de más de tres horas, interponen ante el Juzgado Mercantil de Palma de Mallorca una demanda en reclamación de la correspondiente indemnización prevista en el Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 febrero 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91 (en adelante, Reglamento 261/2004). Las demandantes eran de nacionalidad italiana, aunque con domicilio en Palma de Mallorca. La compañía demandada, que estaba incurso en un procedimiento por insolvencia tramitado ante un Juzgado de Civitavecchia (Italia), formula declinatoria, por entender que la competencia judicial internacional para conocer de la reclamación correspondía a este último órgano jurisdiccional, al tratarse de una cuestión vinculada al procedimiento de insolvencia. La declinatoria se fundamentó en el art. 6.1° del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 mayo 2015, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante, RI), así como en los arts. 7.1° (precepto de procedencia discutible en este estadio, ya que se refiere a la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos) y 19 del mismo Reglamento. A tal efecto, se aportó la resolución italiana que confirmaba la situación de insolvencia y administración extraordinaria de la demandada. El JM n° 3 de Palma estima la declinatoria y dicta auto declarando su “falta de jurisdicción internacional” (*sic*), aunque sorpresivamente funda su decisión en el art. 745.1° del texto refundido de la Ley Concursal (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo), y no en los arts. 19 y 20 RI, régimen que en todo caso sería el aplicable, por tratarse de una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE. Contra el auto del Juzgado, las demandantes interponen recurso de apelación, que resuelve el AAP Palma 5 mayo 2022.

La práctica totalidad de la argumentación de la Audiencia gira en torno a la determinación de si la acción ejercitada está excluida o no del juego RB I bis, y si por lo tanto se inscribe dentro del ámbito material del RI. Como es sabido, el RB I bis excluye de su ámbito de aplicación material “la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos” (art. 1.2°b). El Tribunal de Justicia de la UE (TJ) ha interpretado esta exclusión de forma paralela y

correlativa al ámbito de aplicación material del RI (tanto el de 2015 como el anterior Reglamento 1346/2000), estableciendo entre ellos una relación de simetría o de “vasos comunicantes”, con el objetivo de evitar que se produzcan tantos solapamientos como resquicios o vacíos jurídicos entre ambos textos normativos. A este fin, y partiendo de una concepción amplia de la noción de “materia civil y mercantil”, el Tribunal de Justicia ha establecido los criterios pertinentes para calificar el supuesto, a efectos de determinar su inclusión en uno u otro Reglamento. Así, únicamente están comprendidas en el ámbito de aplicación del RI las demandas que derivan directamente de un procedimiento concursal y que están estrechamente relacionadas con él. El criterio decisivo a tener en cuenta no es el contexto procesal en el que se inscribe la demanda, sino su propio fundamento jurídico, es decir, observar si la fuente del derecho o de la obligación que sirve de base a la demanda son las normas generales del Derecho civil y mercantil o normas especiales, propias de los procedimientos de insolvencia (*vid.*, entre otras, las SS TJ 9 noviembre 2017, *Tünkers France y Tünkers Maschinenbau*, C-641/16, 20 diciembre 2017, C-649/16, *Valach*, 18 septiembre 2019, *Riel*, C-47/18, y 21 noviembre 2019, *CeDe Group AB*, C-198/18).

En el Auto comentado, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca recoge la anterior jurisprudencia, y procede a aplicar este “test de la doble condición” al supuesto fáctico que se le plantea. A nuestro juicio acertadamente, la Audiencia concluye, tras analizar el supuesto a la luz de la jurisprudencia emanada tanto del TJ como de los tribunales españoles (con cita de la STS 12 mayo 2019 y de la SAP Alicante 10 julio 2019), que la acción enjuiciada ni deriva directamente ni guarda una relación estrecha con el procedimiento de insolvencia seguido en Italia. La Audiencia constata que el fundamento jurídico de la demanda se situaba en las normas generales de derecho civil o mercantil –concretadas *in casu* en el Reglamento 261/2004–, y no en las normas excepcionales que rigen los procedimientos concursales. Y, por otro lado, el hecho de que la demandada se encontrara en situación concursal no constituye un vínculo de intensidad suficiente con el procedimiento de insolvencia que justificase la exclusión del juego RB I bis y la aplicación del RI. En efecto, en el asunto planteado, lo que se ejercitaba era la pretensión declarativa de un derecho de crédito –reclamación de una indemnización por retraso en un vuelo–, originado de forma independiente al procedimiento de insolvencia, y cuya naturaleza y fundamento jurídico no varían por el hecho de que la demandada estuviera en situación de concurso (en este sentido, STJ 4 septiembre 2014, *Nickel*, C-157/13, ap. 29). Las eventuales consecuencias de la acción ejercitada tampoco podrían tener influencia directa alguna en el procedimiento de insolvencia, pues la acción es ajena a éste, al estar relacionada con la actividad de transporte aéreo de pasajeros y no con dicho procedimiento (en un sentido paralelo, STJ 9 noviembre 2017, *Tünkers France y Tünkers Maschinenbau*, C-641/16, ap. 26). En definitiva, la Audiencia Provincial de Palma declara que para la determinación de la competencia judicial internacional en este asunto era aplicable el RB I bis, al tener la demandada su domicilio en un Estado miembro de la UE (art. 4). El pronunciamiento de la Audiencia es coherente con la obligación de interpretar el ámbito de aplicación del RI de forma estricta, en contraposición al entendimiento amplio que debe hacerse de la noción de “materia civil y mercantil” propia RB I bis.

Todo ello no significa, sin embargo, que todo el iter procesal de la reclamación pueda mantenerse ajeno a las vicisitudes del procedimiento de insolvencia tramitado en Italia. Una cosa es que la competencia judicial internacional para declarar la existencia del derecho de crédito se determine de acuerdo con el RB I bis, y que la eventual condena dineraria a Alitalia se fundamente en el Reglamento 261/2004, y otra muy distinta es que, en caso de ser necesaria la posterior ejecución de la sentencia (presumiblemente en Italia), ésta pueda llevarse a cabo al margen de la situación de concurso de la ejecutada. Ciertamente, la eventual sentencia declarativa estimatoria que pudiera dictarse en su día a favor de las demandantes gozaría del régimen de ejecución privilegiado RB I bis (art. 32.2º RI). Ahora bien, en este eventual estadio futuro de ejecución, la circunstancia de que la ejecutada se halle en situación de concurso, indefectiblemente sí tendrá incidencia en la ventura del cobro de la deuda, puesto que ésta –de cumplirse las condiciones que para ello establezca la *lex concursus*– se integraría presumiblemente en la masa pasiva del concurso y quedaría, por ello, afectada a sus vicisitudes.

Dejando lo anterior a un lado, y retomando la argumentación de la Audiencia Provincial de Palma, el tribunal concluye, como se ha dicho, que la competencia judicial internacional debía determinarse a través RB I bis, y no del RI. En particular, en el asunto enjuiciado las pretensiones resarcitorias se fundamentaban exclusivamente en el Reglamento 261/2004, y no en el Convenio de Montreal de 28 mayo 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, por lo que efectivamente eran únicamente aplicables las reglas de competencia RB I bis, y no era procedente el juego del art. 33 del referido Convenio (STJ 7 noviembre 2019, *Guañoli y otros*, C-213/18, ap. 34). A la hora de identificar el concreto foro de competencia aplicable, sin embargo, la Audiencia acude erróneamente al foro de protección en materia de contratos celebrados por consumidores previsto en el art. 18.1º RB I bis, que permite al consumidor presentar la demanda ante los tribunales de su propio domicilio. Dicho foro no podía ser aplicable, dado que los contratos de transporte –excepto aquellos que combinen transporte y alojamiento– están expresamente excluidos de su ámbito (art. 17.3º). La práctica inexistencia de fundamentación de este pronunciamiento contrasta con los detallados argumentos que se aportan para la cuestión de la insolvencia. La Audiencia se limita a constatar que las demandantes son “presuntamente consumidoras”, y con ello valida la competencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Palma, que se corresponde con el de su domicilio. Por el contrario, al estar excluido el contrato de transporte del foro especial de protección RB I bis, debía acudir a las normas generales de competencia. Ahora bien, en este caso, el foro especial en materia contractual del art. 7.1º (tal como ha sido concretado por el TJ en relación con el transporte aéreo de pasajeros, *vid.* STJ 9 julio 2009, *Rehder*, C-204/08) no sería operativo. En efecto, el origen del vuelo (Nueva Delhi) se situaba en un tercer Estado, y su destino (Roma) coincidía con el del mismo Estado miembro del domicilio del demandado. En consecuencia, la competencia únicamente podía fundamentarse en el criterio general del domicilio del demandado (art. 4 RB I bis), que presumiblemente y en virtud de las normas italianas de competencia territorial acabaría remitiendo a los órganos jurisdiccionales de la misma demarcación de Civitavecchia, en la que se tramitaba el procedimiento de insolvencia de Alitalia. Llama la atención que en la declinatoria no se adujeran estos argumentos, ni siquiera a título subsidiario.

La aplicación improcedente –por *contra legem*– del foro de protección de consumidores por parte de la Audiencia es, en el fondo, el reflejo de una discordancia jurídica en el derecho internacional privado de la UE: los pasajeros en un contrato de transporte aéreo son comúnmente considerados consumidores a efectos del resto del ordenamiento, pero sin embargo están excluidos de esta condición cuando se trata del foro de protección establecido en el Reglamento Bruselas I, así como de las correlativas normas de conflicto específicas que prevé el art. 6 Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Incluso en el marco RB I bis se pueden dar situaciones paradójicas en este punto. Así, el TJ ha declarado que la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores rige también en el sector del transporte aéreo, en particular en relación con una cláusula atributiva de competencia contratada por un pasajero que tiene la condición de consumidor (STJ 18 noviembre 2020, *DelayFix*, C-519/19). Sin embargo, ante la eventual nulidad de dicha cláusula por abusiva, no resultará aplicable el foro de protección en materia de contratos de consumo, sino el criterio general de competencia, o en su caso el foro especial contractual. Ello puede acabar por desvirtuar la finalidad protectora de la citada Directiva, y también coadyuvar a que la compañía aérea acabe eludiendo su responsabilidad por cancelación o retraso en el vuelo, puesto que tener que litigar en el extranjero será un claro desincentivo para el consumidor, en especial por reclamaciones de escasa cuantía. Por otro lado, esta discordancia conceptual no se produce en el derecho interno español, puesto que los pasajeros aéreos son considerados consumidores también a efectos de las reglas de competencia judicial internacional (art. 22 quinquies LOPJ, que no los excluye de su ámbito), así como de las de competencia territorial (aps. 2 y 3 del art. 52 LEC, que son aplicados por los tribunales españoles en estos supuestos, a veces incluso en contravención del foro especial del art. 7.1º RB I bis, *cf.* ATS 12 julio 2017, ECLI:ES:TS:2017:7655A, ATS 22 junio 2021, ECLI:ES:TS:2021:9563A o ATS 3 mayo 2022, ECLI:ES:TS:2022:7086A,

entre otras). Estos factores pueden probablemente haber influido en el razonamiento del tribunal en la resolución comentada. En este sentido, estos efectos negativos que conlleva sustraer el contrato de transporte aéreo del ámbito del foro de protección en materia de contratos celebrados por consumidores RB I bis ya han sido puestos de relieve por la doctrina, subrayando la necesidad de su reforma, eliminando dicha exclusión (X. Kramer *et al.*, *The application of Brussels I (Recast) in the legal practice of EU Member States*, Synthesis Report, Asser Institute – Erasmus University Rotterdam, 2018, p. 17; B. Hess, “La reforma RB I bis. Posibilidades y perspectivas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 1, 2022, p. 19).

Milagros OROZCO HERMOSO *

RESPONSABILIDAD PARENTAL

275. DECLARADA LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL REINO UNIDO PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PARENTAL, PROCEDE IGUALMENTE DECLARAR LA COMPETENCIA DE LOS MISMOS PARA CONOCER DE LA ACCIÓN RESPECTO DE LOS ALIMENTOS DE LA MENOR (AAP Barcelona 12ª 19 noviembre 2021)

276. COMPETENCIA SOBRE MEDIDAS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL DE LOS TRIBUNALES DEL ESTADO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DE LOS MENORES Y EN ESTE CASO LAS HIJAS MENORES VIVEN EN ESPAÑA (AAP Barcelona 18ª 12 enero 2022)

277. EN EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SE PRODUCE UN RELEVO EN LA LEY APLICABLE VINCULADO DIRECTAMENTE CON LA LEY DEL FORO COMO CRITERIO GENERAL AL PRESUMIRSE QUE SERÁ LA QUE EN PRINCIPIO GUARDE MAYOR CONEXIÓN O VINCULACIÓN CON EL NIÑO (SAP Barcelona 18ª 28 junio 2022)

SUCESIONES

278. EL ART. 9.8º CC ESTABLECE QUE LA SUCESIÓN SE HA DE REGIR POR LA LEY NACIONAL PERO NO QUE UN TESTAMENTO OTORGADO ANTE UN NOTARIO POR UN EXTRANJERO CAREZCA DE VALIDEZ (SAP Toledo 1ª 20 mayo 2021)

279. NO RESULTA ADMISIBLE QUE LA DEMANDANTE, QUE HA OBTENIDO UNA DEMANDA DE DIVORCIO EN EE UU, DEFIENDA AÑOS MÁS TARDE EN UN LITIGIO TESTAMENTARIO QUE DICHO DIVORCIO CARECE DE EFECTOS EN ESPAÑA, PORQUE NO SE PROMOVió EL EXECUTUR (SAP Guipúzcoa 2ª 18 junio 2021)

280. LA SENTENCIA PANAMEÑA, EN LA QUE SE DECLARA LA IMPROCEDENCIA PARA SUCEDER DEL DEMANDADO POR CAUSA DE INDIGNIDAD, NO ES CONTRARIA AL ORDEN PÚBLICO (SAP A Coruña 6ª 30 septiembre 2021)

281. ABSTENCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DEL ASUNTO SUCESORIO AL CARECER DE COMPETENCIA INTERNACIONAL POR CORRESPONDERLE A LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN RUSA (AAP Málaga 5ª 30 noviembre 2021)

282. EL REGLAMENTO 650/2012 ESTABLECE QUE ES NECESARIA UNA SOLICITUD DE PERSONA CON INTERÉS LEGÍTIMO, ESTO ES : HEREDERO, LEGATARIO CON DERECHO DIRECTO EN LA HERENCIA O EJECUTOR TESTAMENTARIO O ADMINISTRADOR (SAP Málaga 4ª 30 diciembre 2021)

* Universidad Autónoma de Barcelona.

283. LA SENTENCIA HA VULNERADO LA IMPOSIBILIDAD DE REVISAR EN CUANTO AL FONDO LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE PARÍS, Y ELLO DETERMINA LA REVOCACIÓN DE AQUELLA RESOLUCIÓN CON LA CONSIGUIENTE DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA ESCRITURA DE ACEPTACIÓN DEL LEGADO OTORGADA POR LA DEMANDADA (SAP Pontevedra 1ª 13 enero 2022)

284. EN EL CASO DE PERSONAS DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y RESIDENCIA EN FRANCIA CUYO ÚNICO BIEN INTEGRANTE DE SUS HERENCIAS, ES UNA VIVIENDA EN ÁLGECIRAS, LA LEY APLICABLE A SU SUCESIÓN ES LA LEY ESPAÑOLA AL SER LA LEY DEL ESTADO CUYA NACIONALIDAD POSEÍAN (SAP Cádiz 2ª 22 febrero 2022)

285. LA LEY DE FLORIDA, CONFORME A LA CUAL SE OTORGÓ EL TESTAMENTO DE 2017, RIGE PARA LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES PERSONALES (MUEBLES), MIENTRAS QUE PARA LOS INMUEBLES SE APLICARÁ LA LEY DEL LUGAR DONDE ESTÉN SITOS (SAP Tenerife 4ª 31 mayo 2022)

TRANSPORTE

286. HASTA QUE NO SE REALICE EL EMPLAZAMIENTO Y, EN SU CASO, NO COMPAREZCAN LOS DEMANDADOS, NO ES POSIBLE APRECIAR DE OFICIO LA FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL (AAP Granada 3ª 17 junio 2021)

287. ÁMBITO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS TRANSPORTES INTERNACIONALES SOMETIDOS AL CONVENIO CMR SI EL TRANSPORTISTA ES ESPAÑOL Y EL CONTRATO TIENE COMO ORIGEN O DESTINO ESPAÑA (SAP Bilbao 4ª 5 julio 2021)

288. EL IMPAGO QUE SE PRODUZCA EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA SOMETIDOS AL CMR, PUEDEN SER OBJETO DE RECLAMACIÓN A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DIRECTA (SAP Bilbao 4ª 27 diciembre 2021)

289. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD TRANSPORTISTA DEMANDADA Y CONDENA A LA INDEMNIZACIÓN DE CONFORMIDAD CON LAS REGLAS DEL CONVENIO CMR APRECIARSE LA EXISTENCIA DE DOLO EVENTUAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONCURRIERON EN EL ROBO DE LA MERCANCÍA (SAP Madrid 28ª 24 enero 2022)

290. TRATÁNDOSE DE UNA PLURALIDAD DE TRANSPORTES REALIZADOS EN EL MARCO DE UNA ÚNICA RELACIÓN CONTRACTUAL Y TENIENDO UNA PARTE DE ESOS TRANSPORTES POR DESTINO ESPAÑA, ENTENDEMOS QUE DEBE APLICARSE LA NORMATIVA ESPAÑOLA (SAP Barcelona 15ª 25 febrero 2022)

