

Jurisprudencia española

ADOPCIÓN

39. EN CASO DE CONSTITUCIÓN *EX NOVO* DE UNA ADOPCIÓN DE UN MENOR EXTRANJERO, QUE SE ENCUENTRA EN RÉGIMEN DE ACOGIMIENTO FAMILIAR, NO SE REQUIERE LA PROPUESTA PREVIA DE LA ENTIDAD PÚBLICA (AAP Cádiz 5ª 27 noviembre 2020)

40. SE ACUERDA UNA ADOPCIÓN DE UN MENOR EXTRANJERO, NO SIENDO NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS ANTE LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES (AAP Cádiz 5ª 11 diciembre 2020)

41. APROBACIÓN DE LA ADOPCIÓN DE DOS MENORES NACIDOS TRAS UN PROCESO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN UCRANIA (SAP León 2ª 21 diciembre 2020)

Observaciones: 1. Esta sentencia es una muestra de los múltiples problemas que suscita la pasividad del legislador español en los supuestos de maternidad subrogada llevados a cabo en el extranjero. Se quiere tratar un tema nuevo y típicamente internacional con los viejos instrumentos de nuestro Derecho positivo, concebidos para otro tipo de situaciones. Como en otro lugar he destacado, la inadecuación de la normativa vigente a la situación creada por la maternidad subrogada está poblando nuestra práctica judicial de resoluciones contradictorias, igualmente desajustadas o ajustadas a la ley. En un caso se admite la posesión de estado de filiación entre los nacidos y los progenitores de intención y en otro no. En un caso se admite la adopción por parte del cónyuge y en otro no. En un mismo caso se inadmite (Juzgado) y se admite (Audiencia) la adopción por parte de la madre *genética* (que aportó sus óvulos), precisamente por ser madre del adoptando (prohibición del art. 175.3.1 Cc) y por no serlo (art. 10.2º LTRHA). Aunque la adopción del hijo del cónyuge es una vía promocionada, tanto por nuestro Tribunal Supremo como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la crisis de la pareja puede determinar que se frustré por falta de consentimiento del cónyuge sobre el que sí está establecida la filiación. No es inverosímil que, en el mismo supuesto, se admita el establecimiento de la filiación paterna a través de la correspondiente acción y se deniegue la adopción por parte del cónyuge. Que, al contrario de lo que parece ser la práctica administrativa y en general la de los órganos judiciales, aún se puedan encontrar supuestos en los que el orden público (sancionado por el Tribunal Supremo) sigue siendo operativo. O que se retuerzan las acciones de impugnación de la filiación internas para destruir la filiación de intención (y no genética) previamente establecida (ejemplos de todas estas situaciones los doy en "Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa", *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, nº 2, 2021, pp. 193-219).

2. El supuesto resuelto por la AP de León no es paradigmático, pero sí representativo de cuanto digo. No es paradigmático de los problemas, porque aborda una situación típica que resuelve de forma correcta: la de la adopción de los hijos del cónyuge, que nacieron mediante maternidad subrogada. Sí es representativa porque el Ministerio Fiscal apela al Derecho positivo (o a una determinada interpretación tradicional) para negar la posibilidad de que la promotora pueda acceder a la adopción de los dos hijos de su cónyuge. En concreto el Ministerio Fiscal niega uno de los presupuestos, cual es la paternidad inscrita. Sus argumentos son viejos conocidos:

contrariedad con el art. 23 de la anterior LRC, con el art. 10 Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, no cumplimiento de las condiciones de la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 y, en fin, contrariedad de la maternidad subrogada con el orden público español, tal cual la STS de 6 febrero 2014 lo había interpretado. Como digo, los argumentos son conocidos pero viejos, en el sentido de que, tras ellos, el TEDH ha sentado unas exigencias directamente derivadas del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que limitan su fuerza. Sintéticamente, que la filiación derivada de la vinculación biológica debe reconocerse (STEDH 26 junio 2014, recurso 65192/11, *Menesson* contra Francia). Algunos también consideran que es una exigencia del Convenio citado que se proporcione al “progenitor” de intención una vía rápida y efectiva de acreditar la filiación, que podría consistir, precisamente, en la adopción. Yo no creo que ni el Dictamen consultivo de 10 abril 2019 ni la STEDH 16 julio 2020, se puedan interpretar en tal sentido. Los dos supuestos de hecho mostraban a la madre de intención como madre legal en el país de origen, cosa que no siempre ocurre. Tal es el supuesto resuelto por la AP de León: en la inscripción de los nacidos figuraba como madre la madre gestante.

3. En todo caso, lo que sí es tendencia (exigida o no por el CEDH) es acudir a la adopción, como ya adelantó el propio TS en su citada sentencia. Y eso es lo que hace la Audiencia. Confirma que el padre biológico es el padre, reproduce en un poco comprensible y a todas luces innecesario amplio corta-pega párrafos de la STS aludida y de algunas de las sentencias y el citado dictamen del TEDH, para concluir que su esposa está legitimada para la adopción y que concurren los presupuestos y condiciones que la habilitan. Todo ello, claro está, trufado con el indescriptible “interés superior” del menor que casi convierte todo lo demás en humo.

Lo cierto es que el marido era el padre registral (también biológico) y nadie lo había puesto en tela de juicio por las vías legales. Y las condiciones de adopción por el cónyuge (previstas por la ley española) concurrían, incluyendo el asentimiento libre y voluntario de la madre biológica. Con estos datos, no habría que haber gastado mucho más papel.

S.A.G.

42. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARA INCONSTITUCIONAL PARTE DEL REGLAMENTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL APROBADO POR EL GOBIERNO DE ESPAÑA (STC Pleno 18 febrero 2021)

El TC declara inconstitucional parte del Reglamento de Adopción por invasión de las competencias autonómicas de Cataluña. El problema competencial trae su causa ya en la propia Ley de Adopción internacional en su original redacción y también ésta se puede ver afectada por la tacha de inconstitucionalidad, como en su momento se advirtió (S. Álvarez González, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 39–69, pp. 43–47).

43. DENEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE ADOPCIÓN DEL MENOR DE 12 AÑOS DE NACIONALIDAD MARROQUÍ SOLICITADA POR SUS TUTORES SEGÚN RÉGIMEN DE LA *KAFALA* POR RESOLUCIÓN EXTRANJERA (AAP Logroño 1ª 31 marzo 2021)

Observaciones: 1. El 31 marzo 2021, la AP de Logroño desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado, el 29 abril 2020, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño, en el marco del procedimiento de adopción de un menor de 12 años de nacionalidad marroquí tutelado por dos nacionales españoles bajo el régimen de una *Kafala*. Para este Juzgado, los solicitantes debían acompañar junto a la solicitud la propuesta previa de la entidad pública,

según lo establecido en el art. 176 Cc, exigencia a la que los recurrentes se opusieron alegando que dicha propuesta no era preceptiva, al no concurrir ninguno de los supuestos en los que, según dicho precepto, resulta obligatoria. Los interesados alegaron además, que, según el art. 19.4º de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (LAI), la constitución de dicha adopción era factible al estar el menor en situación de desamparo, pese al informe del Ministerio Fiscal –entendemos que aplicando los criterios del Dictamen 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la LAI, respecto al tratamiento de la *Kafala* (accesible en la web oficial del Ministerio fiscal: <https://www.fiscal.es>) en el cual fija los criterios para aplicar este precepto de la LAI–.

2. Para la AP la posibilidad o no de constituir en este caso la adopción, está expresamente resuelta en el art. 19.4º LAI. Un artículo que establece que se denegará la constitución de la adopción en España en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública. En este último caso es evidente que existen pocas probabilidades de que la adopción pueda producir efectos en el país de la nacionalidad del adoptado motivo por el que se termina admitiendo. Con carácter previo hay que recordar que este apartado fue incluido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, para impedir que se constituyeran en España adopciones claudicantes. Se pretendía poner freno al uso fraudulento de la *Kafala*, a la par que se garantizaba el respeto por las regulaciones establecidas en la legislación de los países de origen de los menores.

La AP considera que, a pesar de la desafortunada estructura que presenta el art. 19 LAI, el mandato que establece este precepto es claro: no puede constituirse una adopción en España si la ley nacional del menor lo prohíbe. Argumenta, asimismo la AP, que dicha prohibición está en sintonía con lo establecido en el Derecho comparado (art. 361.5º del *Code civil* belga y 370–3 *Code civil*) y con los arts. 8 y 14 CEDH [*Harroudj c. Francia* (nº 43631/09), párrs. 53–55, TEDH, 2012]. Por otro lado, la referida autoridad considera que la no viabilidad de la adopción no entraña infracción del orden público, puesto que no vulnera Derecho Fundamental alguno, dado que, aunque no se conceda dicha adopción, el menor estará protegido. Para la AP tampoco cabe subordinar la protección del menor a una “armonía internacional de soluciones”, sino que se debe respetar lo establecido en los diversos ordenamientos jurídicos. Tales afirmaciones sorprenden por tres razones. En primer lugar, porque no se trata de una cuestión que afecte al orden público internacional, dado que no existe un “derecho a adoptar”. En segundo lugar, porque son diversos los preceptos de la LAI que están orientados –guste más o menos– a la consecución de la “armonía internacional de soluciones”. Y, en tercer lugar, porque la AP no hace referencia alguna al “interés del menor”, principio básico que debe guiar la actuación de las autoridades españolas. Aunque somos de la opinión, en contra de lo que establece la Observación General nº 14 sobre el derecho realizada por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 29 mayo 2013, que a dicho interés debe dársele un papel primordial aunque no debe ser el único a tener en cuenta, nuestros tribunales deberían tener la posibilidad de valorar hasta qué punto la negativa a constituir la adopción dificulta y perjudica la integración del menor en territorio español y decidir si hacen prevalecer el derecho a una vida familiar con estatuto de hijo (que supone una integración familiar más plena) frente al respeto de lo establecido en un ordenamiento jurídico que, como atestigua la reciente Circular de 12 abril 2021, aprobada por el Gobierno marroquí, anima a aceptar demandas de *kafala*, aunque sea de extranjeros no residentes si reúnen los criterios establecidos (texto que se puede encontrar, en árabe, en <https://www.pmp.ma/منشئير-ودوريات/>).

3. Una vez que justificada la legalidad de la prohibición, la AP admite que solo sería posible tramitar la correspondiente adopción si el menor estuviera desamparado en España, o bien se

acompañara el oportuno certificado de idoneidad. La AP olvida que también es factible cuando el menor adquiere la nacionalidad española (G. Moreno Cordero, "Determinación de los efectos que en el ámbito español despliega una Kafala marroquí", *AEDIPr*, t. XVI. 2016, pp. 1285-1289) y, además, yerra, porque, aunque existiera dicho certificado –lo cual es improbable–, tampoco podría constituirse la adopción al resultar aplicable la prohibición del art. 19.4º LAI. El razonamiento de la AP no es coherente. Si lo hubiera sido, no hubiera necesitado, como así hizo, analizar si en este concreto caso era preciso o no obtener la propuesta de la entidad pública. A pesar de ello, lo hace y después de realizar una interpretación sistemática y finalista de los preceptos reguladores de esta materia, así como un análisis de la práctica judicial existente, concluye que no era precisa dicha propuesta. Por lo que, a continuación, centra su atención en averiguar si el menor se encontraba o no en una situación de desamparo –único supuesto en el que podría haber sido constituida la adopción–. A la luz de los hechos presentados, la AP considera que el menor no está en dicha situación y procede a denegar la constitución de la adopción.

4. Este Auto resulta de interés por tres razones. En primer lugar, porque evidencia que en la práctica no se está dando cumplimiento a la Circular nº 40 S/2 dictada por el Ministerio de Justicia y Libertad en la que se prohibía la constitución de *Kafalas* si el solicitante extranjero no tenía su residencia habitual en Marruecos (N. Marchal Escalona, "Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2015, nº 1, pp. 89-113). En segundo lugar, muestra la divergencia existente en la práctica judicial española en torno a esta cuestión, puesto que existen decisiones judiciales donde dicha prohibición no ha sido obstáculo alguno para constituir la adopción en nuestro país (*v.gr.*, Autos de la AP de las Islas Baleares de 25 octubre 2017, de la AP de Girona 18 diciembre 2017 y de la AP de Barcelona 12 marzo 2018). Tampoco ello es de extrañar si se repara en que, desde la perspectiva de los Derechos territoriales que coexisten en nuestro país, el Código de Derecho Civil de Cataluña permite al Juez decretar de forma excepcional dicha adopción (art. 235-44-4). Y, en tercer lugar, porque la AP se ocupa de proteger más los intereses públicos, políticos y culturales que del "interés superior del menor", cuando en este tipo de decisiones se debería optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del mismo.

Nuria MARCHAL ESCALONA*

ALIMENTOS

44. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS PARA EL HIJO, PORQUE EL DEMANDADO RESIDE EN ESPAÑA (AAP Valencia 10ª 19 octubre 2020)

45. MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN ORDEN A LA PENSIÓN ALIMENTICIA POR UNA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE GRAN INSTANCIA DE BAYONA (SAP Barcelona 18ª 3 diciembre 2020)

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada. Este comentario se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i "Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)". Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 27 septiembre 2021.

46. DETERMINACIÓN DE LA FECHA EN QUE TUVO ENTRADA EN EL MINISTERIO DE JUSTICIA LA SOLICITUD DE COOPERACIÓN REMITIDA POR LA AUTORIDAD CENTRAL POLACA A LOS EFECTOS DE APRECIAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE ALIMENTOS (AAP Lleida 2ª 13 octubre 2020)

47. LA COMPETENCIA PARA ALIMENTOS CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES CONFORME AL ART. 3 A) DEL REGLAMENTO (CE) 4/2009 (AAP Barcelona 18ª 18 diciembre 2020)

El AAP Barcelona resuelve un supuesto que no tiene por qué ser infrecuente en la práctica. Una demanda sobre guarda y custodia, régimen de visita y pensión de alimentos en relación con un menor cuya residencia habitual se encuentra en el extranjero, concretamente en Italia. A la abstención del juzgado, sobre la base de lo dispuesto en el Reglamento 2201/2003, la AP estima la apelación sobre la base de dos razones. La primera, que el régimen de competencia judicial en materia de responsabilidad parental no solo atiende a la residencia habitual del menor, sino que también es posible conocer en virtud del art. 12 del mencionado Reglamento. En lo que atañe a las circunstancias del caso, los órganos judiciales españoles podrían ser competentes si el menor está estrechamente vinculado a España, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual (así sucede en el caso, el padre residía en Barcelona) o porque el menor sea español (también lo es en el caso analizado) siempre que dicha competencia sea aceptada por todas las partes y responda al interés superior del menor. La AP considera que en el caso concreto debe ser admitida la demanda y ser emplazado el demandado, de cuyo comportamiento podrá derivar (o no, en función de la posición que adopte) la competencia de los órganos españoles.

La segunda, más clara, es que en materia de alimentos, no hay duda de la competencia de dichos órganos, en virtud del art. 3.a del Reglamento 4/2009, pues el demandado tiene su residencia habitual en España.

ARBITRAJE

48. PROCEDE EL EXECUÁTUR DE UN LAUDO CCI POR CONSTAR LA VOLUNTAD DE ALLANARSE POR LA DEMANDADA Y NO APRECIARSE UN POSIBLE PERJUICIO PARA TERCERO COMO CONSECUENCIA DEL ALLANAMIENTO, QUE SE REALIZASE EN FRAUDE DE LEY Y QUE SEA CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO (ATSJ Madrid CP 1ª 7 julio 2020, nº 5/2020)

49. EL ÁMBITO DEL ORDEN PÚBLICO EN EL EXECUÁTUR HA DE ATENERSE A LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA STC DE 15 JUNIO 2020 (ATSJ Madrid CP 1ª 7 julio 2020, nº 6/2020)

50. EXECUÁTUR DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO EN LONDRES POR LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL DE PARÍS (AAP Valencia 1ª 11 septiembre 2020)

51. DEL ART. III DEL CONVENIO DE NUEVA YORK, SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS, SE INFIERE EL PRINCIPIO DEL *FAVOR RECOGNITIONIS* (ATSJ Madrid CP 1ª 14 octubre 2020)

52. SE OTORGA EL EXEQUÁTUR A UN LAUDO ARBITRAL PRONUNCIADO POR LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE PARÍS (ATSJ MADRID CP 1ª 6 NOVIEMBRE 2020)

53. DENEGACIÓN DEL EXECUÁTUR DE UN LAUDO EXTRANJERO, PUES NI EL LAUDO NI SU *ADENDUM* HAN SIDO DEBIDAMENTE APOSTILLADOS POR EL DEMANDANTE EN EL PLAZO PARA SUBSANAR EL DEFECTO PROCESAL (ATSJ Madrid CP 1ª 18 noviembre 2020)

54. OTORGAMIENTO DEL EXECUTUR DE UN LAUDO ARBITRAL PRONUNCIADO POR ÁRBITROS DESIGNADOS POR LA CORTE INTERNACIONAL COMERCIAL DE ARBITRAJE, ADSCRITA A LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE UCRANIA (ATSJ Madrid CP 1ª 19 enero 2021)

55. LA UTILIZACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO COMO UNA SEGUNDA INSTANCIA PARA CONTROLAR SU MOTIVACIÓN VULNERA EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (STC 15 febrero 2021)

Observaciones: 1. La STC 15 febrero 2021 puede ser calificada como la más importante decisión de nuestro Tribunal Constitucional en relación con el arbitraje. Que el caso tratase de un supuesto meramente interno no desvirtúa en modo alguno su trascendencia también para los internacionales. La doctrina sentada por el TC vale lo mismo si el laudo anulado hubiera versado sobre la disolución y liquidación de una sociedad internacional.

La STSJ Madrid 8 enero de 2018 anuló un laudo de equidad que había declarado la disolución de una sociedad mercantil, con la consiguiente apertura de la sección de liquidación, junto con el cese de los administradores. La causa de anulación fue su contrariedad con el orden público, al considerar el TSJ Madrid que el laudo no se encontraba suficientemente motivado, porque no ponderaba toda la prueba practicada, entrando el propio TSJ en el análisis de los aspectos que, a su juicio, debieron ser tenidos en cuenta por el árbitro para que tal vulneración no hubiese concurrido.

2. El recurso de amparo elevado al TC contra la sentencia anulatoria (y un auto aclaratorio de la misma) por vulneración de la tutela judicial efectiva es estimado y trufado con interesantes afirmaciones en las que el Alto Tribunal se esfuerza por resaltar y diferenciar las diferencias y características propias del arbitraje y la jurisdicción: en esencia, la acción de anulación del laudo no permite una *revisión del fondo de la cuestión decidida* por el árbitro *ni es una segunda instancia*. Y ninguna de las causas tasadas de anulación –tampoco el orden público– puede ser interpretada para subvertir tales limitaciones.

3. Aunque la argumentación del TC no siempre distingue los planos de “motivación del laudo” y causa de anulación del laudo por deficiente (o ausente) motivación del mismo: “el canon de motivación [en el arbitraje] es más tenue”, señala en uno de sus fundamentos. El primero responde a las exigencias del art. 37.4º LA y el segundo a las del art. 24.1º CE. El primero no exige una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos que las partes puedan tener sobre la cuestión, ni exige que el árbitro decida sobre todos los argumentos presentados por las partes, o deba indicar las pruebas relevantes para su decisión o motivar su preferencia por unas sobre las otras. Sí deben constar las razones de su decisión, aunque no sean correctas; “sólo a aquel laudo que sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente podrá imputársele un defecto de motivación vulnerador del art. 37.4º LA”, dice el TC.

El TC viste de la mejor manera que puede una decisión cuyo trasfondo es un indisimulado espaldarazo al arbitraje, que se desvela en afirmaciones como la que precede al fallo: “nos corresponde comprobar si la interpretación efectuada por las resoluciones impugnadas es o no respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva de las demandantes de amparo y, en particular [...] si esa interpretación revela un rigor o formalismo exagerado en relación con los fines que trata de preservar y el sacrificio que comporta y, en consecuencia, acaba por convertir en impracticable el arbitraje como modo heterónomo de resolución de conflictos...”.

S.A.G.

[*La Ley: Mediación y Arbitraje* nº 6. Especial Monográfico "Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional", nº 6, 1 abril 2021, Editorial Wolters Kluwer España; J.C. Fernández Rozas (coord.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, ISBN: 978-84-123132-2-2; ISBN DIGITAL: 978-84-123132-3-9]

56. NO PUEDE RECONOCERSE VALIDEZ EN ESPAÑA A UN LAUDO ARBITRAL QUE 'BENDICE' Y EXIGE EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO QUE RESULTA NULO POR CONTRAVENCIÓN DE EXIGENCIAS DE ORDEN PÚBLICO (ATS Madrid CP 1ª 17 febrero 2021)

57. OTORGAMIENTO DEL EXECUÁTUR DE UN LAUDO CCI PRONUNCIADO EN PANAMÁ DESCARTANDO SIETE CAUSAS DE OPOSICIÓN (ATSJ Cataluña CP 1ª 10 marzo 2021)

58. OTORGAMIENTO DEL EXECUÁTUR DE UN LAUDO ARBITRAL PROCEDENTE DE LA CORTE DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE UCRAINA (ATSJ Cataluña CP 1ª 22 marzo 2021)

ASILO

59. EL TRIBUNAL SUPREMO FIJA QUE LAS PERSONAS ACOGIDAS EN ESPAÑA A TRAVÉS DE UN PROGRAMA DE REASENTAMIENTO DEL GOBIERNO TIENEN LA CONDICIÓN DE REFUGIADOS (STS CA 5ª 17 diciembre 2020)

BIENES

60. RESULTA IMPOSIBLE RECONOCER UN DERECHO REAL QUE RESULTA CONTRADICTORIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL ESTADO CUBANO SIN LLAMAR A ÉSTE PARA QUE PUEDA SER ESCUCHADO EN EL PROCEDIMIENTO Y EJERCITAR LAS ACTUACIONES QUE CONSIDERE OPORTUNAS PARA DEFENDER SU TÍTULO DE PROPIEDAD (AJPI Palma de Mallorca nº 24 30 noviembre 2020)

La serie judicial que enfrenta a Central Santa Lucía L.C., sociedad americana sucesora de Santa Lucía Company S.A. y de la sociedad civil Sánchez Hermanos, por un lado, y a Melià Hotels International, por otro, tiene un nuevo episodio en este AJPI. La demanda contra Melià reclamando daños y perjuicios como consecuencia de la utilización por esta última de propiedades confiscadas a las primeras por el régimen cubano en 1960 topa con un análisis de la acción de enriquecimiento injusto planteada por la demandante para cuya valoración es preciso, según el Juzgado, determinar la licitud o ilicitud del título de propiedad del Estado cubano sobre los bienes nacionalizados, puesto que de tratarse de un título lícito todas las relaciones comerciales que existiesen entre Melià y Cuba estarían amparadas por el citado título dominical, resultado por tanto contratos derivados de un negocio jurídico válido y eficaz, es decir, incompatible con un acción de enriquecimiento injusto. Acción que presume la condición de la demandante de legítima propietaria de los terrenos en causa. En estos términos, el Juzgado estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, considerando la necesidad de llamar al procedimiento al Estado cubano y Gaviota S.A. (sociedad formalmente propietaria de los terrenos, a su vez propietaria del Estado cubano).

[Sobre el asunto de fondo *vid.* la nota de I. Heredia Cervantes al AAP Palma de Mallorca 18 marzo 2020, *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 541-545]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

61. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS DERECHO A COMPENSACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE UNA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA UE (AAP Ávila 1ª 11 marzo 2020)

62. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL, EN UN CONTRATO DE CONCESIÓN O DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA O CUASI EXCLUSIVA RESPONDE, EN PRINCIPIO, AL CONCEPTO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS (AAP Asturias 4ª 25 mayo 2020)

63. INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES POR HABER SIDO ESTADOS UNIDOS EL LUGAR DONDE SE REALIZÓ EL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL (AAP Zaragoza 5ª 18 junio 2020)

64. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN LAS ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL CASO “CARTEL DE LOS CAMIONES” (AAP Ávila 1ª 8 julio 2020)

El AAP Ávila 1ª 8 julio 2020 plantea la muy reiterada cuestión de la competencia judicial en materia de acciones para la reparación del perjuicio derivado del llamado cártel de los camiones. En este auto y en otro de la misma sala de 15 julio 2020, se hace referencia tanto a la competencia judicial internacional como a la competencia territorial interna; aspecto este segundo que no se resuelve de manera expresa. Más ortodoxo es el más atrás referenciado AAP Ávila 1ª 11 marzo 2020 (por cierto, que llama la atención cómo la misma sala se explaya de forma diferente en cada uno de los casos). El tema, centrado en la interpretación del art. 7.2º del Reglamento 1215/2012, ya había sido objeto de conocimiento por parte del TJUE en su Sentencia de 29 julio 2019 (Asunto C-451/18, *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft*, con comentario de J. Gràcia i Casamitjana, “Litigación camiones: la Sentencia del TJUE Tibor-Trans y su repercusión en la determinación de la competencia judicial en los litigios que se susciten ante tribunales españoles”, *La Ley Unión Europea*, nº 75, nov. 2019) y con posterioridad a los dos autos mencionados, por la STJ 1ª 15 julio 2021, Asunto C-30/20: *RH y AB Volvo, Volvo Group Trucks Central Europe GmbH, Volvo Lastvagnar AB, Volvo Group España, S. A.*, que concluyó que “el art. 7, punto 2, del Reglamento 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que, en el mercado afectado por acuerdos colusorios sobre fijación y aumento de precios de los bienes, la *competencia internacional y territorial* para conocer, en razón del lugar de materialización del daño, de una acción de indemnización por el perjuicio derivado de esos acuerdos contrarios al art. 101 TFUE corresponde, bien al tribunal en cuya demarcación compró los bienes objeto de tales acuerdos la empresa que alega el perjuicio, bien, en caso de compras realizadas por esta en varios lugares, al tribunal en cuya demarcación se encuentre el domicilio social de dicha empresa” (la cursiva es añadida).

65. CON INDEPENDENCIA DE DONDE DESARROLLE SU ACTIVIDAD PRINCIPAL EL COLEGIO DE SAN CLEMENTE DE LOS ESPAÑOLES DE BOLONIA TENDRÁ SU DOMICILIO ESTATUTARIO EN LA SEDE DE SU PATRONATO DENTRO DEL TERRITORIO NACIONAL (SAP Madrid 18ª 11 septiembre 2020)

66. LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS PEDIMENTOS DE UNA RECONVENCIÓN SOBRE LA QUE SE SUSTENTA LA DECLINATORIA CONLLEVA UN RIESGO PERCEPTIBLE DE QUE SE DICTEN RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS (AAP Alicante 4ª 30 septiembre 2020)

Observaciones: 1. Una entidad bancaria con domicilio en Luxemburgo presenta ante un juzgado de primera instancia de Denia en Alicante una demanda de resolución del contrato de

préstamo con garantía hipotecaria, por incumplimiento de los prestatarios, además de solicitar que se ejecute la garantía. Los demandados se oponen y alegan falta de legitimación activa y que no ha habido incumplimiento. Presentan, igualmente, reconvencción solicitando la nulidad de los contratos de préstamo y de la garantía hipotecaria y la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad. En esa reconvencción destacan que se trata de un negocio complejo, que incluye un seguro de vida con prima única y un derecho de prenda de valores, cuya nulidad también se solicita.

Es precisamente respecto de esta reconvencción sobre la que se presenta declinatoria internacional. La demandada por reconvencción alega que está sometida a un procedimiento concursal en Luxemburgo y entiende que solo el juez del concurso debe conocer de esta acción. Solicita, en consecuencia, que se estime la declinatoria respecto de la reconvencción y que, por tanto, solo se sustancie la demanda inicial.

Como se observa, el objeto del Auto es valorar si la acción por reconvencción debe calificarse como concursal, y sustanciarse ante el juez luxemburgués del concurso, o como no concursal, y sustanciarse ante los tribunales españoles por las normas generales de competencia judicial internacional. Pero antes de entrar en el fondo, si conviene reparar en el correcto funcionamiento de nuestras normas procesales. El trámite de declinatoria internacional debe ser posible con posterioridad a la reconvencción, pues, en la medida en que se trata de una contrademanda, la parte ahora demandada debe poder impugnar la competencia de los tribunales españoles, si así lo considera. En modo alguno cabe referirse a una especie de sumisión tácita, porque el inicialmente demandante justifica la competencia de los tribunales españoles para su demanda inicial, pero no para la contrademanda que le presenta el inicialmente demandado.

2. El razonamiento del Auto y su fallo es correcto: los tribunales españoles son competentes y la declinatoria debe desestimarse por no tratarse de una acción concursal. La acción no se basa en la legislación concursal sino en el Derecho común y, por tanto, deben aplicarse las normas generales de Derecho procesal internacional y, en particular, el Reglamento (UE) 1215/2012 “Bruselas I bis”. Se trata de invocar la nulidad de un contrato por causas generales de Derecho civil y la prueba de ello es que es una acción que puede darse en un contexto en el que no exista un procedimiento de insolvencia. Esto demuestra que su vinculación con el procedimiento de insolvencia es puramente coyuntural y no necesaria o, en palabras del propio Auto, no existe un vínculo “*ni suficientemente directo ni suficientemente estrecho*”. Es verdad que esta coyuntura, en supuestos internos, puede dar lugar a que el juez del concurso acumule todas las acciones relacionadas con el deudor (*vis atractiva concursus*). Pero no desvirtúa para nada que son acciones basadas en Derecho de los contratos y que, en caso de no existir procedimiento concursal, se sustanciarían sin problema por un procedimiento ordinario.

Así pues, en aplicación del Reglamento “Bruselas I bis” acierta el Auto en afirmar la competencia de los tribunales españoles y en desestimar la declinatoria. Conforme a su art. 18.3º, el tribunal que esté conociendo de la demanda inicial sobre el contrato de préstamo es competente para conocer de la reconvencción derivada del contrato en el que se fundamente la demanda inicial, como ocurre en el caso. La AP incluso va más allá y llega a apuntar un riesgo perceptible de contradicción entre una hipotética resolución luxemburguesa y una resolución española, dada la estrecha relación entre demanda y contrademanda. Este riesgo de resoluciones contradictorias ni siquiera es exigible *stricto sensu* para afirmar la competencia del tribunal que conoce de la demanda inicial –sí lo es en caso de competencia para varios demandados prevista en el art. 8.1º. Por otra parte, conviene reparar en que, en la medida en que se hubieran ejercitado

acciones reales o de cancelación registral sobre un inmueble en España –no queda del todo claro en el Auto–, la competencia de los tribunales españoles es exclusiva y se basa en el art. 24 del Reglamento “Bruselas I bis”, y no en sus normas sobre reconversión.

3. Si la clave es que la acción ejercitada por reconversión es de Derecho común y no se basa en la legislación concursal, algunas afirmaciones del FJ 2 deben contextualizarse. Como se ha señalado, para calificar una acción como concursal o no debe valorarse su fundamentación en la legislación concursal y su vinculación con el procedimiento de insolvencia. Pero, más allá de esta valoración, no parece estrictamente necesario entrar en si ha habido o no prueba del Derecho luxemburgués, ley rectora del concurso, como tampoco aludir a que la aplicación de un derecho extranjero “está permitida en los arts. 281.2º LEC y 33 de la Ley 29/2015”; más bien es obligada e imperativa. Del mismo modo, no es afortunado referirse al art. 8.1º.c) de la Ley 29/2015. Parece tratarse de una errata en el Auto porque claramente pretende referirse al art. 8.1º.c) de la Ley 6/2005, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito (y no de la Ley 29/2015). Al margen de la errata, la referencia al precepto no procede. Es verdad que dicho artículo establece que los efectos del concurso sobre los derechos de la entidad bancaria respecto de un bien inmueble sujeto a inscripción en un registro público, en nuestro caso el Registro de la Propiedad, se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve. Sin embargo, se trata de una norma de conflicto del sector del Derecho aplicable, que, en modo alguno, afecta a la calificación concursal de una acción sobre los efectos del procedimiento de insolvencia ni a la competencia judicial internacional del juez del concurso. Lo que ocurre en este caso es que, simplemente, no es una acción sobre los efectos del concurso en los bienes inmuebles.

En el mismo sentido, no era necesario entrar a valorar si, conforme al Derecho luxemburgués, el tribunal del concurso tiene competencia para conocer de toda acción con trascendencia en el patrimonio del concursado –cosa que, además, parece que no ocurre. Aunque esta realidad puede ser un indicio de vinculación con el procedimiento de insolvencia, en el fondo se trata de una cuestión de competencia territorial interna. En modo alguno, lo dispuesto por una legislación nacional puede condicionar la interpretación uniforme y calificación autónoma de las acciones, a los efectos de determinar la aplicación del Reglamento “Bruselas I bis” a las acciones de Derecho común.

4. Con este argumento ya queda descartada la aplicación del Derecho concursal internacional. Así que hay algún pasaje de la Decisión que no resulta estrictamente necesario para la *ratio decidendi* como es aquella en la que se mencionan el Reglamento (CE) nº 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, la segunda refundida de este, el Reglamento (UE) nº 2015/848, y la Directiva 2001/24/CE, relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito. En todo caso, conviene clarificar la relación entre estas normas. En este sentido, acierta la AP al señalar que el Reglamento (UE) nº 2015/848 en ningún caso podría ser aplicable por razones temporales, porque el proceso concursal parece haberse abierto en el 2008, antes, por tanto, de la aprobación de dicho Reglamento. Pero es que, además, tampoco resulta aplicable su antecesor, el Reglamento (CE) 1346/2000. Es verdad que en algún pasaje el Auto da a entender que en Luxemburgo se abre un proceso concursal en sentido estricto; es decir, no una simple medida de liquidación sino probablemente un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del deudor que implica su desapoderamiento y el nombramiento de unos administradores concursales. No obstante, aunque concurra el concepto de “procedimiento de insolvencia” del Reglamento y se trate de un concurso de acreedores, este no es aplicable a las entidades de crédito. Su régimen se encuentra en las normas de transposición de la Directiva 2001/24/CE.

5. En resumen, la reconvencción analizada se basa en Derecho común y no concursal y no se vincula necesariamente al procedimiento de insolvencia, razón por la cual deben aplicarse las normas generales de litigación civil internacional y no las especiales de Derecho concursal, desestimarse la declinatoria y afirmar la competencia de los tribunales españoles, pese a la existencia de un concurso en otro Estado miembro. De hecho, y como apunte final, llama la atención la estrategia contradictoria del demandante, que asume la calificación no concursal de su acción inicial sobre contratos –y, por ello, demanda en España y no en Luxemburgo–, al tiempo que luego niega esa misma calificación a la acción por reconvencción sobre esos mismos contratos.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ*

67. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 7 DEL REGLAMENTO BRUSELAS I OTORGA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PRESENTE LITIGIO A LOS JUZGADOS O TRIBUNALES DE AUSTRIA (AAP Barcelona 14ª 17 noviembre 2020)

El AAP es un ejemplo paradigmático de un error grosero, que ya raramente encontramos en la práctica judicial española, y de uno menos palmario pero que denota una falta de comprensión cabal del sistema.

El trasfondo del caso enfrenta a una empresa española que había vendido marcos y enchufes a una austríaca, entregando la mercancía en Austria, donde también estaba domiciliado el demandado. Surgida discrepancia sobre la idoneidad de la mercancía, la comercial española presentó demanda ante un juzgado de Granollers para que se declarase que había cumplido el contrato, al tiempo que solicitaba medidas cautelares. El demandado interpuso declinatoria por falta de competencia judicial internacional, que fue estimada en instancia y ratificada en apelación.

El cada vez más frecuente recurso al cortar y pegar sentencias del TJUE, del que el presente auto es buena muestra, no evitó que la AP incurriese en la inadmisibile confusión entre las cuestiones de competencia judicial internacional y las de ley aplicable. La argumentación sobre la base del Reglamento Roma I que la AP acoge en su FD II no acaba de justificarse ni siquiera sobre la base de la determinación del lugar de entrega de las mercancías.

La otra cuestión, que pudiera no tener trascendencia en el caso concreto, es la comprensión de las relaciones entre los fueros contemplados en el art. 4 y en el art. 7.1º del Reglamento 1215/2012. La AP termina rechazando la apelación y admitiendo la declinatoria, pues el lugar de entrega de las mercancías es Austria y por ello la competencia correspondería a los tribunales de aquel país. No es así. Estando el demandado domiciliado en Austria, el lugar de entrega de las mercancías sólo sería relevante si se localizase en otro Estado miembro. Los tribunales austríacos son competentes porque el demandado está domiciliado en Austria; y por la misma razón, el art. 7 del reglamento 1215/2012 no es operativo. Y los españoles no lo son porque ni han sido elegidos expresa o tácitamente, ni en España se localizaba el lugar de entrega de las mercancías. Simplemente.

68. TRATÁNDOSE DE UNA RESOLUCIÓN DICTADA EN MARRUECOS EL CONVENIO FIRMADO CON ESTE ESTADO EXIME DE LA LEGALIZACIÓN EXIGIDA POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA (AAP Barcelona 12ª 16 diciembre 2020)

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

69. NO ESTÁ PREVISTO EL PROCEDIMIENTO DE DECLINATORIA ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA HACER VALER SU COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN RESPECTO DE UN TRIBUNAL EXTRANJERO (AAP 18ª 24 febrero 2021)

70. EL HECHO DE QUE EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN INCOADO EN DINAMARCA SURTA EFECTOS EN ESPAÑA NO IMPLICA QUE SE RECONOZCA COMPETENCIA A LOS TRIBUNALES DE ESE PAÍS PARA CONOCER DE ESTE PROCEDIMIENTO (AAP Málaga 5ª 25 febrero 2021)

71. EL ACTOR HA PRESTADO DINERO A LOS DEMANDADOS (A ELLOS, NO A SOCIEDADES) Y, TENIENDO VARIOS DE ELLOS SU DOMICILIO EN ESPAÑA, LOS TRIBUNALES DE ESTE PAÍS GOZAN DE JURISDICCIÓN PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA (SAP Palma de Mallorca 3ª 3 marzo 2021)

72. INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PUES EN DEFECTO DE LOS TRIBUNALES ARGELINOS LA JURISDICCIÓN COMPETENTE SERÍA LA FRANCESA DE ACUERDO CON EL REGLAMENTO (UE) 2016/1103 (AAP Alicante 4ª 24 marzo 2021)

73. DETERMINACIÓN DE UN FORO ESPECIAL DE COMPETENCIA EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN, EN FUNCIÓN DEL LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL QUE SIRVE DE BASE A LA DEMANDA (AAP Barcelona 1ª 29 marzo 2021)

74. LITIGIO DE DIVORCIO EN ESPAÑA ESTANDO EN TRÁMITE UN PROCESO CON EL MISMO OBJETO EN MIAMI (SAP Barcelona 12ª 29 marzo 2021)

Observaciones: 1. Esta sentencia es una muestra más de las debilidades y fortalezas de la práctica española enfrentada al Derecho internacional privado, esta vez, a una cuestión de litispendencia internacional con terceros Estados en materia de crisis matrimoniales (con mediáticos protagonistas), en el contexto de la mayor seguridad jurídica que proporciona el art. 39 LCJI (otros casos son el AAP Valencia 12 noviembre 2018 o el AAP A Coruña 7 junio 2019), frente a los riesgos de la situación anterior, con ausencia de regla específica reguladora (*v.gr.*, SAP Barcelona 1/2/00; SAP Madrid 10 octubre 2007...). Todo, al hilo de una resolución dictada el 19 marzo 2019 por un Juzgado de 1ª Instancia de Barcelona, que declara el divorcio de los cónyuges y que la AP anula en apelación, con estos antecedentes: se trata de cónyuges de nacionalidad española y residencia en Florida (Estados Unidos); doble demanda de divorcio incoada por el esposo: una, ante los Tribunales de Miami el 3 enero 2018 y otra, ante un juzgado de Primera Instancia de Barcelona el 20 febrero 2018. Iniciados ambos juicios, el 26 febrero 2018, el esposo desiste de la primera demanda, a lo que su esposa no se opone. Finalmente, se produce una nueva demanda de divorcio interpuesta por la esposa ante los Tribunales de Miami el 26 febrero 2018.

2. Acierta la AP al aplicar el art. 39 LCJI, tras descartar el art. 19 Reglamento 2201/2003. Este precepto exige procesos en *distintos Estados miembros* y Estados Unidos no lo es, a lo que se suma que deber descartarse la proyección extracomunitaria del su art. 19 (y tampoco existe una norma europea reguladora de la litispendencia con terceros Estados del estilo del art. 33 Reglamento 1215/2012). Lo hace tras verificar la inexistencia de un Convenio bilateral con Estados Unidos que pueda recoger una regla de litispendencia (los regímenes bilaterales no son generosos en este punto en relación con las crisis matrimoniales: muchos Convenios con terceros Estados que sí recogen en su articulado una norma reguladora de la litispendencia excluyen de su ámbito las crisis matrimoniales y los que sí las incluyen no recogen ninguna regla de litispendencia; los que cumplen ambas condiciones no son ya de aplicación).

Conviven aquí tres procesos de divorcio, dos en Florida y uno en España, concurrentes sólo parcialmente desde el punto de vista temporal. Una eventual litispendencia entre el proceso español y el proceso en Florida incoado por la esposa, segundo abierto en Miami y posterior a la demanda presentada por el actor ante los juzgados de Barcelona, debe medirse desde el punto de vista de los Tribunales americanos a partir de la normativa del Estado de Florida; desde la óptica del Derecho español, no la habría, al ser este segundo proceso de Miami posterior en el tiempo al proceso español, como entendió el juez de instancia. Por el contrario, también desde la óptica del Derecho español y mientras concurren en el tiempo ambos procedimientos, sí existe litispendencia entre el primer proceso incoado por el esposo en Florida y el también (y posterior) proceso incoado por este cónyuge en España, esto es, durante los seis días que transcurren desde la demanda ante el juzgado español hasta que el esposo desiste del procedimiento americano.

3. No se cuestionan los momentos de inicio (tampoco del tercer proceso), asumiendo para todos el “... momento de la interposición de la demanda, si después es admitida...” (art. 37 LCJl), en una suerte de (cuestionable) definición *autónoma* doméstica que parece alejarse del más razonable recurso a la normativa extranjera a la hora de determinar el momento de inicio del proceso extranjero. Pretendido siempre el divorcio, no se cuestiona la identidad de causa y objeto, más rígido en el art. 39 LCJl frente a las *acciones dependientes* del art. 19 Reglamento 2201/2003. Tampoco la identidad de partes, menos problemática en demandas de divorcio como las comentadas, intervinientes sólo ambos cónyuges (frente a la posibilidad de terceros participantes de la nulidad, por ejemplo), como tampoco el hecho de que estas dos primeras acciones hayan sido incoadas por el esposo y que la AP llama de *litispendencia impropia* (la posición de demandante la ocuparía la esposa sólo en la tercera demanda), dada la irrelevancia a efectos de litispendencia de la posición procesal que ocupen los cónyuges (SAP Málaga 29 mayo 20023; al margen de la evicción de procesos contradictorios, la operatividad de la regla protegería a la esposa del doble llamamiento). Si la esposa demandada hubiera interpuesto excepción de litispendencia respecto de este período temporal, que no consta, debería haber prosperado, no pudiendo esperarse una eventual actuación de oficio, más complicada en tanto que la norma habla de “...a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal...” (art. 39.1º LCJl) y al margen de las dificultades para recabar información, si bien muchas veces deseable como opción, como expresa la AP en este caso.

4. Una vez que se produce el desistimiento, el primer proceso de divorcio de Miami debería considerarse como finalizado, de modo que ya no debería existir litispendencia al no concurrir una pluralidad de causas (SAP Málaga 29 mayo 2003; SAP Asturias 23 marzo 2009; SAP A Coruña 7 junio 2019; o STS 26 noviembre 2015...). La AP no lo entiende así. Sostiene la existencia de litispendencia aun cuando el desistimiento del actor respecto del primer proceso americano, que considera en fraude, determinando la incompetencia de los Tribunales españoles para declarar el divorcio y asumiendo la propia de los Tribunales americanos con base en los antecedentes del caso en este territorio. Por ello, decide anular la sentencia de instancia, no fallar sobre el fondo y el archivo de las actuaciones. Se trata de una solución que genera varias observaciones. En primer lugar, resulta cuestionable la existencia de fraude al sistema: cabe entender el desistimiento como un derecho del actor, de modo que no resulta ilícito acogerse a esta posibilidad de estar contemplada en la normativa procesal del Derecho interno del Estado de Florida, y menos, si se ajusta, como parece ser el caso, a las exigencias procesales de este ordenamiento jurídico, no contando, tampoco, con la oposición de la esposa a esta actuación de su cónyuge.

En segundo término, litispendencia y competencia, aunque vinculadas, son realidades distintas, decididas a partir de normativas diferentes: la existencia (o no) de litispendencia no

condiciona la competencia (sí, por el contrario, conocer o no de la causa), y, en este caso, no existe duda de la competencia del juzgado de Barcelona, operativa a partir de la nacionalidad común española de ambos cónyuges (art. 3 Reglamento 2201/2003).

En tercer lugar, la eventual competencia directa de los Tribunales de Miami no se decide desde la óptica del ordenamiento jurídico español. Todo lo más, una eventual valoración (indirecta) de que la "... competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio..." (art. 39.1º.a LCJI), en cumplimiento de la exigencia de control de competencia del juez de origen como condición de operatividad de litispendencia del art. 39 LCJI, lo que aquí no se hace. Del mismo modo, que puedan ser competentes los Tribunales de Miami no supone la no competencia de los Tribunales de Barcelona para conocer del divorcio.

Y, por último, de no existir proceso en Miami por haber finalizado por desistimiento, los Tribunales españoles, competentes como son, deben resolver y no archivar las actuaciones; de apreciarse litispendencia, competentes igualmente, no deben archivar la causa, sino sólo proceder a su suspensión una vez verificadas las condiciones del art. 39 LCJI. Resulta cuestionable, pues, la respuesta de la AP de anular la sentencia de instancia, no fallar sobre el fondo y archivar las actuaciones.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ*

75. DECLARACIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN Y ARCHIVO LA DEMANDA POR TERRENOS CONFISCADOS EN PLAYA ESMERALDA EN LA QUE SE UBICAN DOS HOTELES PROPIEDAD CUBANA EXPLOTADOS POR UNA ENTIDAD HOTELERA ESPAÑOL (SJPI nº 24 Palma de Mallorca 3 mayo 2021)

[Vid. *supra*, nº 60]

76. LA COMPETENCIA CORRESPONDE AL TRIBUNAL ALEMÁN SEGÚN EL REGLAMENTO BRUSELAS I PUES EL ORIGEN DE LA DEUDA QUE SE RECLAMA ES DE CARÁCTER CONTRACTUAL Y SU CUMPLIMIENTO DEBÍA TENER LUGAR EN ALEMANIA (AAP Girona 2ª 5 mayo 2021)

CONSUMIDORES

77. LEY APLICABLE A UN CONTRATO DE *TIMESHARE* SIENDO LA DEMANDADA UNA FILIAL ESPAÑOLA VINCULADA A LA EXPLOTACIÓN DE ACTIVIDADES DEL GRUPO EN ESPAÑA Y NO EN REINO UNIDO (SAP Tenerife 1ª 16 julio 2020)

78. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN UN LITIGIO DERIVADO DE UN CONTRATO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES DE USO COMPARTIDO (SAP Tenerife 1ª 23 julio 2020)

79. COMO EL DEMANDADO CONSUMIDOR TIENE SU DOMICILIO EN LOS PAÍSES BAJOS LA COMPETENCIA LE CORRESPONDE A LOS JUZGADOS DE DICHO PAÍS (AAP Girona 2ª 20 octubre 2020)

80. HABIDA CUENTA DEL DOMICILIO FUERA DE ESPAÑA Y NO SER CONSUMIDOR, LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA QUE SE INTEGRA EN EL CONTRATO Y QUE RESULTA PACTADA LIBREMENTE ENTRE LAS PARTES ES VÁLIDA (AAP Málaga 5ª 30 octubre 2020)

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

81. HAN DE CONSIDERARSE AMPARADOS LOS DEMANDANTES CONSUMIDORES EN LO DISPUESTO EN EL ART. 63 DEL REGLAMENTO BRUSELAS I EN RELACIÓN CON EL 18.1º, PARA PLANTEAR SU ACCIÓN ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES (AAP Málaga 5ª 9 noviembre 2020)

82. LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA INVOCADA NO PUEDE SURTIR EFECTO, SIENDO COMPETENTES LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES AL CORRESPONDERSE CON EL DOMICILIO DE LA ENTIDAD DEMANDADA (SAP Tenerife 4ª 10 diciembre 2020)

83. LA EMPRESARIA CO-CONTRATANTE MANTIENE SUCURSAL EN ESPAÑA POR LO QUE SE MANTIENE LA FACULTAD DEL CONSUMIDOR DE ACUDIR A LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN DEFENSA DE SUS INTERESES SIN QUE ELLO ALTERE O PERTURBE LA DEFENSA DE LA DEMANDADA (SAP Tenerife 3ª 22 enero 2021)

84. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LITIGIOS SOBRE LA COMERCIALIZACIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS DE BIENES INMUEBLES (AAP Málaga 4ª 31 marzo 2021)

85. EL TS DECLARA NULA POR ABUSIVA LA CLÁUSULA DE RYANAIR QUE PERMITE MANDAR EL EQUIPAJE EN VUELO DISTINTO AL DEL PASAJERO Y LA DE SUMISIÓN AL DERECHO IRLANDÉS (STS Civ 1ª 20 julio 2021)

El TS resuelve el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación de Ryanair contra la SAP Madrid 26 julio 2017, declarando abusiva la cláusula de sometimiento del contrato al Derecho irlandés, con una argumentación que en lo sustancial sigue la de F.J. Garcimartín Alférez, “Cláusulas de ley aplicable en condiciones generales de la contratación: a propósito del caso Ryanair”, post publicado en [<https://almacenederecho.org>], en entrada de 20 noviembre 2017.

CONTRATOS

86. EXTENSA INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (STS 6 junio 2020)

87. EL ARGUMENTO REFERIDO A LA FALTA DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y A LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE MARRUECOS, POR “APLICACIÓN DEL FUERO CONTENIDO EN EL ART. 10.5º CC”, NO PUEDE PROSPERAR NI SER ATENDIDO (SAP Madrid 18ª 23 junio 2020)

88. APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA EN UNA ACCIÓN DE SUBROGACIÓN EN FAVOR DEL ASEGURADOR AL SER ESPAÑA EL PAÍS DONDE ESTÁ SITUADO EL LUGAR DE ENTREGA DE LA MERCANCÍA (SAP Barcelona 15ª 23 septiembre 2020)

89. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APLICABLE A CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES DE USO TURÍSTICO CON DURACIÓN SUPERIOR A UN AÑO (SAP Tenerife 3ª 19 febrero 2021)

90. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE SUMINISTRO DE LECHE CRUDA CELEBRADO EN LUGO ENTRE UNA SUMINISTRADORA DE NACIONALIDAD PORTUGUESA Y UNA ENTIDAD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Lugo 1ª 30 marzo 2021)

DERECHO DEL TRABAJO

91. SE PRETENDE CONVERTIR UN VÍNCULO DE NATURALEZA PURAMENTE MERCANTIL EN OTRO DE CARÁCTER LABORAL, COMO SI DE UNA PRESTACIÓN INDIVIDUAL DE SERVICIOS SE TRATARA PARA JUSTIFICAR LA INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA (STSJ Madrid Soc 6ª 6 junio 2020)
92. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO POR APLICACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS, AL SER VARIOS LOS DEMANDADOS (STSJ Cataluña Soc 1ª 23 julio 2020)
93. NO CONCURREN LOS PRESUPUESTOS INDISPENSABLES PARA QUE LOS TRIBUNALES PUEDAN APRECIAR LA EXISTENCIA DE UN GRUPO LABORAL DE EMPRESAS, LO QUE IMPIDE DECLARAR LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES (STSJ Andalucía Soc 1ª 2 octubre 2020)
94. FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL DEL JUZGADO DE LO SOCIAL PARA CONOCER DE LA DEMANDA POR DESPIDO INTERPUESTA POR UN ESPAÑOL CONTRA LA EMBAJADA DE TURQUÍA (STSJ Madrid Soc 6ª 5 octubre 2020)
95. PARA DETERMINAR SI ES DE APLICACIÓN EL REGLAMENTO ROMA I DEBE DETERMINARSE SI LA OFICINA ABIERTA EN ESPAÑA DONDE LA ACTORA DESPEDIDA PRESTABA SUS SERVICIOS CONSTITUYE DOMICILIO EN ESPAÑA (STSJ Cataluña Soc 1ª 12 noviembre 2020)
96. NO SE PUEDE ACEPTAR LA APLICACIÓN DE LA LEY CHILENA AL CONTRATO DE TRABAJO PUES A PARTIR DE LOS HECHOS PROBADOS LA RELACIÓN DEL TRABAJADOR FUE SIEMPRE DENTRO DE UN GRUPO Y DESARROLLADA EN SU MAYOR PARTE EN ESPAÑA (STSJ Cataluña Soc 1ª 23 noviembre 2020)
97. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE UNA DEMANDA POR DESPIDO FORMULADA POR UNA TRABAJADORA, QUE PRESTÓ SERVICIOS EN LA EUIPO EN VIRTUD DE SUCESIVOS CONTRATOS (STS Soc 22 abril 2021)

DERECHO MARÍTIMO

98. DADO QUE EL TRIBUNAL DE TÁNGER NO ACORDÓ LA INMOVILIZACIÓN DEL BUQUE NO PUEDE ENTENDERSE QUE SE HAYA PRODUCIDO PREVIAMENTE UN EMBARGO PREVENTIVO (AAP Cádiz 24 julio 2020)
99. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PESE A LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN DEL CONOCIMIENTO DEL EMBARQUE (AAP Barcelona 15ª 6 octubre 2020)
100. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS EN EL TRANSPORTE MULTIMODAL DE MERCANCÍAS CON UNA FASE INTERNACIONAL POR CARRETERA Y OTRA FASE MARÍTIMA INTERNACIONAL EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE (STS Civ 1ª 28 septiembre 2020)

Observaciones: 1. El problema tradicional del transporte multimodal aflora en el supuesto resuelto en esta sentencia: la difícil determinación del momento en el que el daño en la mercancía tiene lugar dificulta la concreción de la normativa aplicable al supuesto. La existencia de una amplia diversidad de regímenes al transporte según el medio de transporte empleado, la divergencia de respuestas que dan y la inexistencia de un criterio para coordinar su aplicación hace depender de esta cuestión un sinfín de extremos.

El supuesto de hecho planteado tras la STS el siguiente: Frugalia, en la posición de cargador, contrata con Transitex, que ejerce la función de transitaria, el envío de productos perecederos a Silvestrin, el destinatario de la mercancía. Transitex procede a subcontratar el transporte efectivo de esos productos, que consta de un tramo por tierra, entre Badajoz (España) y Lisboa (Portugal), y uno marítimo, entre Lisboa y Navegantes (Brasil). La primera fase del transporte fue efectuada por Lafoez (transporte terrestre) y la segunda por Hamburg Sud (transporte marítimo). También se contrató un seguro sobre la mercancía con Mapfre. En destino, a fecha de 4 octubre 2013, se comprueba que la mercancía ha sido dañada, procediendo Mapfre a indemnizar a la perjudicada (Frugalia). Tras esto y varias reclamaciones extrajudiciales (30 junio 2014 y 24 junio 2015), la aseguradora acciona contra Transitex a fecha de 3 julio 2015, subrogándose en la posición de su asegurada. Al momento de acceder a casación, Transitex articula su recurso en torno a tres motivos que, como bien señala el TS al responderlos, es efectivamente uno solo: la caducidad de la acción de responsabilidad de la que disponía el reclamante por haber transcurrido más de un año desde la verificación del daño hasta el momento de interposición de la demanda por la aseguradora. Sin embargo, la duda radica en si es esa acción la que efectivamente está a disposición del reclamante o se trata de otra, sujeta a plazo de prescripción, lo cual dependerá del régimen legal que se aplique a la responsabilidad del porteador.

2. Con este trasfondo, la labor del TS en los primeros Fundamentos de Derecho (FD) es difícilmente objetable, pues se limita a constatar cuestiones indiscutidas, como la condición de transitaria o porteadora contractual de Transitex (FD tercero, apartado segundo *ab initium*) y, por ende, su responsabilidad en los mismos términos que para el porteador efectivo de la mercancía (FD tercero, apartado noveno *ab initium*). Más interés muestra el FD tercero, apartado cuarto, donde el TS apunta con exactitud al origen de la problemática: al momento de producción del daño, no existía norma de ningún ámbito que regule la acción de responsabilidad frente al porteador en los transportes multimodales como el presente. En el FD tercero, apartado octavo, el TS señala que, en esos supuestos, debe estarse a la normativa que regula la fase del transporte (en el caso actual, la terrestre o la marítima) durante la que el daño se produce de forma efectiva, asumiendo la vigente tesis del sistema de responsabilidad en red. Así, señala que esos regímenes aplicables serían: las Reglas de La Haya-Visby en su versión modificada por los Protocolos de 1968 y 1979 (las Reglas), vigentes para el transporte marítimo (FD tercero, apartado quinto); y el Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera modificado por el Protocolo de 1978 (CMR), que desplazaba a la ya entonces vigente Ley 15/2009 del contrato de transporte terrestre de mercancías (FD tercero, apartados sexto y séptimo). Y es una divergencia entre estos dos textos convencionales lo relevante.

3. Divergencia que radica en el plazo que cada texto prevé para accionar por responsabilidad del porteador: en las Reglas, el plazo es de un año de caducidad; en el CMR, es un plazo de un año de prescripción. La diferencia es evidente, pues el segundo es un plazo interrumpible, mientras el primero no. Y es evidente que la tesis del recurrente en casación, la transitaria, es que la acción que procede es la primera, la derivada de las Reglas. Sin embargo, la tesis no es aceptada por el TS. Y no lo hace por la imposibilidad que han mostrado las partes de concretar el momento del transporte en el que el daño tuvo lugar, pues ni una ni otra han aportado pruebas de que se produjese durante la fase terrestre del transporte o durante la marítima, ni existía pacto alguno entre ellas que pudiera ser aplicado al problema. Así, es imposible concretar la normativa aplicable según el defendido criterio de responsabilidad en red, por lo que ha de optarse por otro mecanismo. Ante la ausencia de esos criterios, el TS se decanta, en el FD tercero, apartado decimotercero *ab initium*, por uno más favorable al cargador, alegando (FD tercero, apartado decimocuarto) dos razones para ello: por un lado, la necesidad de ser restrictivo en la

interpretación de caducidad y prescripción, optando por la alternativa menos gravosa de las dos; por otro, la mayor dificultad del cargador para establecer por sus medios el momento en que se produce el daño a la mercancía al no tener el control directo de la mercancía. Así, se inclina por estimar aplicable el CMR, con su plazo de prescripción de un año, que habría sido interrumpido por las dos reclamaciones extrajudiciales previas a la interposición de la acción, con lo que esta sería viable.

4. Esta interpretación deja traslucir que el TS se inclina con la tendencia de las últimas décadas de considerar al cargador la parte más merecedora de protección. En todo caso, si bien la sentencia es loable y muestra una sólida argumentación y coherencia, la conclusión resulta, a nuestro juicio, objetable por dos motivos: por un lado, parte de la presunción de que uno de los dos operadores mercantiles (cabe recordar que no se trata de Derecho de consumo, ni Derecho del trabajo ni de ningún sector con una regulación proteccionista o un desequilibrio estructural entre los contratantes) ostenta una posición de debilidad procesal; por otro lado, no es una solución demasiado favorable a un incremento de la seguridad jurídica en el sector, pues la determinación de la ley aplicable dependerá en cada supuesto de cuál será la más beneficiosa para el cargador según los argumentos presentados en el litigio.

5. Estos dos puntos débiles en el corazón de un razonamiento formalmente bien articulado parecen no convertirlo en el más idóneo, pues decanta la determinación de la ley aplicable en favor de una parte que no se puede presuponer como vulnerable en relaciones mercantiles estándar y, a la vez, genera una gran imprevisibilidad por depender la conclusión de qué norma aplicar del hecho de cual favorece más al cargador según las cuestiones ventiladas en un litigio.

En particular, la previsibilidad de la norma aplicable a estos supuestos parecía una preocupación que ya el legislador mostraba previamente a los eventos que dan lugar a este pleito. En esta línea, la Ley 15/2009 de transporte terrestre establece en su art. 68.3 un régimen supletorio para los supuestos de transporte multimodal en los que no se haya determinado el concreto momento de producción del daño, muestra de preocupación por la seguridad del tráfico jurídico, criterio que parece ser secundario para el TS en su resolución presente. A efecto de dar alguna alternativa en esta línea, puede ser interesante valorar el empleo de criterios como el de aplicar la normativa del tipo de transporte preminente en un transporte multimodal, que en este caso sería el marítimo, por cuanto, si el daño no se debe a un accidente aislable y acontecido en un determinado momento, lo más probable es que se produzca durante el desplazamiento que más parte del total ocupe, con lo que sería un criterio previsible y objetivo.

José NÚÑEZ CERVIÑO*

101. EL SERVICIO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS, NO ESTÁ EXCLUIDO DE LAS MATERIAS A LAS QUE SE APLICA LA NORMATIVA SOBRE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE, EN EL ART. 1 DEL REGLAMENTO ROMA I (SAP Madrid 28ª 11 diciembre 2020)

102. ESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA INTERNACIONAL POR INCLUIR EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE UNA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA EN FAVOR DE LOS TRIBUNALES DE LONDRES (AAP Pontevedra 1ª 21 diciembre 2020)

* Investigador predoctoral contratado de la Xunta de Galicia. Universidad de Santiago de Compostela.

Observaciones: 1. El AAP Pontevedra 21 diciembre 2020 aborda el problema de la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de sumisión insertas en conocimientos de embarque. De forma sucinta, el supuesto de hecho es el que sigue. La empresa cargadora (PEVASA) contrata el transporte de unas mercancías con la transitaria (ALTIUS), la cual, en cumplimiento de ese encargo, pacta con una naviera (MAERSK) el efectivo traslado de ese producto en régimen de conocimiento de embarque. En ese conocimiento de embarque, que firmará el cargador a través de un representante (ATUNLO), figura una cláusula de sumisión expresa en favor de los tribunales londinenses. Una vez efectuado el transporte, se verifica que parte de la mercancía ha llegado dañada, con lo que la empresa cargadora es indemnizada por la aseguradora que había contratado (AXA), la cual, subrogándose en su posición, reclama frente a la transitaria ante los tribunales españoles. El nudo gordiano del caso se centra en saber si se le puede oponer la sumisión expresa a la demandante, al subrogarse en la posición de un tercero contractual. Este es el argumento –la subrogación no se produce en la posición de ninguno de los que se vincularon por la cláusula jurisdiccional– que la aseguradora esgrime en sede de apelación frente a la estimación en primera instancia de la declinatoria de competencia en favor de los tribunales ingleses.

2. El razonamiento que fundamenta la pretensión es de todo menos claro. Parece que el argumento central es que el cargador no contrata directamente con la naviera, la entidad que emite el conocimiento de embarque en el que está inserta la cláusula de sumisión expresa. Tal documento es emitido a consecuencia de las gestiones de la transitaria, operador que intermedia con la naviera, por lo que, según el apelante, el cargador y su aseguradora ocupan la posición de terceros, no siéndoles oponible esa cláusula de prórroga de la competencia. No obstante, sorprende la invocación por la parte apelante del art. 468 Ley de navegación marítima (LNM) como fundamento de su apelación. Este precepto hace referencia a la necesidad de negociación separada de los pactos de sumisión insertos en documentos como el conocimiento de embarque, y no a su eficacia frente a terceros, condición alegada para sostener la no oponibilidad de la prórroga competencial. Así, parecería más coherente con el argumento enunciado invocar el art. 251 LNM, relativo a la eficacia traslativa de esos documentos.

La falta de claridad se acrecienta cuando la parte apelante pasa a afirmar que “Pevasa... no es parte del contrato con Maersk ni ha aceptado los términos del mismo mediante la transmisión del documento al no ser el receptor o tenedor del mismo...”. Esta enunciación supone negar la mayor: no existe relación contractual entre las partes del proceso. De ser cierto este extremo no habría pleito, algo absurdo al girar toda la cuestión en torno a la vigencia del contrato de transporte suscrito y las obligaciones que supone para partes y terceros, con lo que este tipo de alegaciones no hacen sino enturbiar el debate presente.

3. A pesar de esta ausencia de un planteamiento claro de la cuestión por parte de los litigantes, la respuesta que da la AP a la cuestión es acertada, si bien la presentación hereda la confusión que previamente se ha señalado. Sería de agradecer un deslinde más claro entre los argumentos que llevan a desestimar la apelación, y no su presentación en un *totum revolutum* de incómoda digestión. Si bien es cierto que no está claro si ese déficit de claridad es causado por el ponente o por la redacción del recurso de apelación, la cuestión es que, independiente de donde se encuentre el origen de este confuso planteamiento, habría sido muy conveniente por parte del tribunal un repudio claro de argumentos espurios (como el de la inexistencia de vínculo contractual) y una refocalización del debate.

4. A fin de proceder con el orden del que, hasta cierto punto, adolece la resolución, es necesario dilucidar, en primer lugar, si la cláusula de sumisión del conocimiento de embarque rige para el cargador, así como en qué términos lo hace. La AP apunta a un elemento determinante para dilucidar esa cuestión: el conocimiento de embarque es firmado por la cargadora a través de una sociedad representante, por lo que no cabe estimar la condición de tercera que se invoca en la apelación, sino que es parte contractual a todos los efectos. A eso se suma que la factura expedida por la transitaria posiciona a Pevasa como cargador obligado al pago del flete. Así, el contrato despliega todos sus efectos directamente para el cargador, en virtud de las disposiciones del art. 247 Com. Esta es la posición que fija la AP, si bien deja pasar la ocasión de evaluar la aplicación del art. 468 LNM, que aquí, a diferencia de en relación con la posición del apelante, sí sería el relevante para determinar la vigencia de la cláusula de sumisión expresa y cuya interacción con el Reglamento 1215/2012 Bruselas I-bis, arroja serias dudas (*vid.* las posturas contrarias de J.C. Fernández Rozas, "Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 362; y M. Cachón Cadenas, "Título IX. Especialidades procesales. Capítulo I. De las especialidades de jurisdicción y competencia", I. Arroyo Martínez, y J.A. Rueda Martínez (dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016, pp. 1402-1403).

5. Además, el tribunal señala que, aún en el supuesto de tratarse de un tercero, la cláusula de sumisión seguiría siendo aplicable al cargador y su aseguradora. Esa afirmación supone desplazar la ley nacional española, en concreto el art. 251 LNM, en favor de la aplicación del Reglamento Bruselas I-bis, interpretando este de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto, de acuerdo con la STJUE *Coreck Maritime*, resolución que establece que los pactos de sumisión insertos en un conocimiento de embarque pueden regir frente a terceros conforme a las disposiciones del Reglamento Bruselas I-bis. Es claro el posicionamiento de la AP en favor de la primacía de la normativa europea, postura discutida por algunos órganos españoles habida cuenta de que el Reglamento Bruselas I-bis no regula el efecto traslativo de forma explícita, como sí hace la LNM (*vid.*, *v.gr.*, AAP Barcelona 15ª de 20 mayo 2020). Se trata de una interpretación arriesgada donde las haya, pues rompe el principio de homogeneidad interpretativa del Reglamento al hacer depender la validez frente a terceros de estas cláusulas exclusivamente de la voluntad del legislador nacional de elaborar una norma que trate de forma específica la cuestión. En el presente caso la AP de Pontevedra se inclina por una interpretación más comedida.

6. A mayores, el tribunal no pierde la ocasión de señalar que la aseguradora no sería, en ningún caso, un tercero contractual. Es cierto que esta cuestión no ha sido planteada en ningún momento por la parte apelante, si bien se trata de un argumento habitualmente empleado en estos supuestos. Como se ha dicho, el tribunal aprovecha para desecharlo, indicando que la aseguradora no es un tercero ordinario, sino que se subroga plenamente en la posición de su asegurado *ex art.* 43.2º de la Ley del contrato de seguro (LCS). Eso supone que ocupa idéntica situación jurídica que la de ese asegurado, siendo o no tercero a efectos contractuales en función de si lo era el sujeto desplazado, y no por no haber negociado la aseguradora el contrato.

José NÚÑEZ CERVINO*

* Investigador predoctoral contratado de la Xunta de Galicia. Universidad de Santiago de Compostela.

DIVORCIO

103. RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA RUMANA RESPECTO DEL DIVORCIO Y MEDIDAS DERIVADAS, SEGÚN SE SOLICITA, PERO NO RESPECTO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS (SAP Valencia 10ª 25 mayo 2020)

104. SE RECONOCE LA EFICACIA EN ESPAÑA DE UNA ESCRITURA PÚBLICA DE DIVORCIO COLOMBIANA POR MUTUO ACUERDO DE LOS CÓNYUGES PUES EN COLOMBIA SE SIGUIERON LOS TRÁMITES PERTINENTES (AAP Pontevedra 6ª 5 junio 2020)

105. NO PUEDEN TENERSE EN CUENTA RESOLUCIONES DICTADAS EN ARGELIA SOBRE DIVORCIO Y MEDIDAS ENTRE LAS MISMAS PARTES PORQUE NUNCA SE HA PEDIDO SU RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA (AAP Huelva 2ª 10 junio 2020)

106. LA DENEGACIÓN DEL EXECUTATUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO ARGELINA EXIGE LA TRAMITACIÓN DEL CORRESPONDIENTE PROCEDIMIENTO (AAP Alicante 4ª 29 junio 2020)

107. NO CABE HABLAR DE COSA JUZGADA EN TANTO QUE, PARA PODER APRECIARLA, LA RESOLUCIÓN DE DIVORCIO DICTADA POR EL TRIBUNAL MARROQUÍ DEBERÁ HABER OBTENIDO EL PREVIO RECONOCIMIENTO DE SU EFICACIA EN ESPAÑA (AAP Barcelona 1 julio 2020)

108. NO PUEDE ACEPTARSE LA INADMISIÓN A TRÁMITE DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO MARROQUÍ POR NO HABERSE DESIGNADO DOMICILIO EN EL QUE EMPLAZAR A LA PARTE DEMANDADA (AAP Cuenca 1ª 7 julio 2020)

109. LA SENTENCIA RECURRIDA APLICÓ CORRECTAMENTE EL DERECHO MARROQUÍ EN RELACIÓN CON LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DEL DIVORCIO (SAP Madrid 22ª 31 julio 2020)

110. LA RESOLUCIÓN DE DIVORCIO DICTADA POR UN TRIBUNAL MARROQUÍ NO ES DEFINITIVA Y DEBERÁ OBTENER EL PREVIO RECONOCIMIENTO DE SU EFICACIA EN ESPAÑA (AAP Tarragona 1ª 30 septiembre 2020)

111. PARA QUE LA SENTENCIA DE DIVORCIO MARROQUÍ TENGA EFECTOS EN ESPAÑA REQUIERE DE EXEQUATUR (AAP Cuenca 1ª 20 octubre 2020)

112. SE DENIEGA EL EXECUTATUR DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO PROCEDENTE DE EL AAIÚN POR NO APORTARSE LAS CERTIFICACIONES QUE ACREDITARÍAN LA FIRMEZA Y EL DICTADO EN REBELDÍA DE LA SENTENCIA (AAP Vizcaya 4ª 22 octubre 2020)

113. LA EJECUCIÓN DESPACHADA NO SE ACOMODA A LO DISPUESTO EN LA SENTENCIA MARROQUÍ DE DIVORCIO PUES LA PARTE EJECUTANTE NO HA ACREDITADO QUE SE DÉ EL PRESUPUESTO PARA EL DEVENGO DE LA 'REMUNERACIÓN DE LA GUARDIA' (AAP San Guipúzcoa 2ª 6 noviembre 2020)

114. RECONOCIMIENTO PARCIAL DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO IRANÍ DE DIVORCIO (AAP Barcelona 12ª 13 noviembre 2020)

115. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES NO SON COMPETENTES AL NO CONSTAR LA RESIDENCIA HABITUAL DE LOS CÓNYUGES AL TIEMPO DE INTERPONER LA DEMANDA NI EL ÚLTIMO LUGAR DE RESIDENCIA HABITUAL DE AMBOS (SAP Zaragoza 2ª 16 noviembre 2020)

116. DADO QUE LOS CÓNYUGES PERUANOS TIENEN SU RESIDENCIA HABITUAL EN ESPAÑA, EL DIVORCIO DE LOS MISMOS ESTÁ SUJETO A LA LEY ESPAÑOLA (SAP Burgos 2ª 19 noviembre 2020)

117. DEBE ATENDERSE A LAS NORMAS DEL REGLAMENTO ROMA III PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE AL CASO, DADO QUE AMBOS LITIGANTES SON RESIDENTES EN EL ESPACIO COMÚN (SAP Barcelona 12ª 7 diciembre 2020)

118. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES CARECEN DE JURISDICCIÓN PARA UN DIVORCIO YA QUE LOS CÓNYUGES TIENEN SU RESIDENCIA HABITUAL EN ESTADOS UNIDOS (AAP Alicante 4ª 22 diciembre 2020)

119. DIVORCIO DE UN MATRIMONIO, CELEBRADO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA AL TENER AMBOS ESPOSOS SU DOMICILIO HABITUAL EN ESPAÑA AL TIEMPO DE LA DEMANDA (SAP León 2ª 13 enero 2021)

120. EL TS SE PRONUNCIA SOBRE LA APLICACIÓN DEL ART. 5 DEL REGLAMENTO ROMA III (STS Civ 1ª 17 febrero 2021)

Observaciones: 1. Realmente, el TS se pronuncia sobre muchos más aspectos y lo hace en una sentencia modélica. Modelo de cualquier otra resolución de las muchas típicas que en un procedimiento de divorcio involucran la disolución del vínculo, aspectos sobre responsabilidad parental relativa a niños, aspectos alimenticios, de régimen económico matrimonial o de pensiones compensatorias. La mera enumeración de los diferentes aspectos a resolver y la conciencia de que cada uno puede tener su propio régimen jurídico no siempre está en la mente ni de los juzgadores ni, como en el presente caso, de las partes.

2. El TS recompone el embrollo argumental que venía desde el juzgado, lo ordena y lo expone de forma didáctica. Separa los problemas de competencia judicial internacional y los analiza en aplicación de cada instrumento o norma concretamente aplicable; separa los problemas sobre determinación de la ley aplicable y los analiza en aplicación de cada régimen jurídico concretamente aplicable. Acierta en todo, incluso en la resolución del poco comprendido problema de la remisión a un ordenamiento plurilegislativo (en este caso el español) y la designación de la concreta ley aplicable.

En este último sentido, atina cuando sin modificar el fondo, es decir, sin alterar la ley que las instancias inferiores consideraron aplicable, les reprende por la argumentación utilizada para llegar a ella. Es la primera vez que veo en una sentencia del TS –la primera vez en cualquier sentencia– que expresamente se censure la consolidada y desviada práctica de aplicar la ley catalana en virtud de su “carácter territorial” (*vid. supra* 128, mis observaciones a STSJ Cataluña CP 1ª 10 febrero 2021). No es que todas las resoluciones de órganos judiciales radicados en Cataluña incurran en tal error. En ocasiones el camino hacia la aplicación de la ley catalana es el correcto. Pero sí es la primera vez que, además de mostrar la vía correcta, se critica expresamente la desviada. En materia de responsabilidad parental se aplica la normativa catalana “... No, como dijo el juzgado, por aplicación del derecho civil autonómico”, señala el TS. En materia de alimentos a los hijos, se aplica la ley catalana... “pero no por la eficacia territorial de esa norma sustantiva, como se dice en las sentencias de instancia...”, continúa el TS, sino por aplicación de la concreta normativa de Derecho internacional privado: en el primer caso, el Convenio de La Haya de 1996 y en el segundo el Protocolo de La Haya de 2007, más todo el proceso que termina en la remisión al art. 16.1º y 9.6º y 9.7º Cc. Se permite el lujo el TS de aludir a problemas teóricos, como el alcance de la remisión del art. 16.1º CC (si es al Derecho internacional privado autónomo o incorpora también a los convenios internacionales), para sentar, sin más, que donde el legislador ha resuelto –como en la modificación del art. 9.7º Cc en 2015– la teoría solo sirve para valorar su decisión, pero no para alterarla (esto lo digo yo). Y por eso aplica sin más el Protocolo de La Haya de 2007 para identificar en concreto la ley española aplicable a los alimentos (FD Quinto 2.vii: sobre su inconveniencia, pero su indefectibilidad, mis valoraciones en “Sobre la aplicación de

convenios internacionales y reglamentos europeos en Derecho interregional", *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 127-161, pp. 131, donde las consideraciones que hago para los conflictos internos son extensibles a la situación que contempla el TS).

3. Es posible hacer alguna matización o plantearse alguna pregunta a partir de la argumentación del TS, pero que en modo alguno desmerece la valoración muy positiva del fallo. Por ejemplo, introduce alguna duda sobre el régimen del control de la competencia judicial internacional que parecía consolidado tras la nueva LEC. El demandado no había utilizado la declinatoria para impugnar la competencia, e introdujo el tema en el trámite de audiencia previa, donde "solicitó que se apreciara por el tribunal de oficio al amparo del art. 416.II LEC". La lectura de esta regla conduciría, precisamente, a la extemporaneidad de la alegación. Y solicitar por parte del demandado que la incompetencia se aprecie de oficio parece un oxímoron de libro. El TS, sin embargo, entra en el fondo del asunto, y cuando resuelve sobre la competencia judicial internacional en materia de alimentos, expresamente admite que el marido (el demandado) habría impugnado dicha competencia.

4. Otra cuestión que merece comentario es el tratamiento que la sentencia da al art. 5 del Protocolo de La Haya de 2007. Dos son los aspectos que me interesan. En primer lugar, y para rebajar el alcance de la observación, hay reconocer que esta norma es una rara avis en el panorama del Derecho internacional privado convencional y comparado: una cláusula de excepción que se activa solo a solicitud de una de las partes. Realmente, en la práctica contenciosa la mayoría de los supuestos en los que se valore excepcionar una ley declarada primariamente aplicable por otra que presente una vinculación más estrecha se apoyarán en una solicitud de parte. Pero lo cierto es que en este caso, la activación de la excepción no puede realizarse de oficio, y de esta idea creo que el TS saca conclusiones que van demasiado lejos. Porque la consecuencia no es, no necesariamente, que el cónyuge que se opone a la aplicación del art. 3 del Protocolo deba soportar la carga de la argumentación (el TS no lo dice con estas palabras pero parece insinuarlo en su FD Sexto 3). Ni la letra de la regla lo exige, ni su interpretación más autorizada lo avala. En el Informe explicativo se lee que "*el juez, tras la solicitud en tal sentido [de no aplicar el art. 3 por existir una ley más estrechamente vinculada] verificará si el matrimonio presenta vínculos más estrechos con una ley distinta a la de la residencia habitual del acreedor*" (*Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Rapport explicatif, établi par Andrea Bonomi*, n° 85: nótese que ni siquiera se refiere a la ley alegada por quien se opone a la aplicación de aquélla); si bien es cierto que también añade que "en presencia de una solicitud en tal sentido, la función de la autoridad se verá generalmente facilitada por los elementos que le proporcionará la parte requirente (*id.*, n° 83). Ninguna de las dos afirmaciones deposita en quien se prevale del art. 5 del Protocolo la exigencia de probar en primera persona (y no se sabe con qué grado de certeza) la existencia de esa ley más estrechamente vinculada.

5. La otra matización, en relación con este mismo precepto es que, aunque especial en el sentido descrito, se trata de una cláusula de excepción basada en la existencia de otra ley más estrechamente vinculada con el matrimonio que la de la residencia habitual del acreedor. El fundamento sigue siendo el de las *cláusulas de excepción* cuyo fundamento no está en cuestiones sustantivas. Cuando el TS justifica su postura señalando que "el recurrente no ha explicado en ningún momento por qué en el caso *resultaba injusto o de aplicación imprevisible* la ley española..." está introduciendo dos elementos que están fuera de la economía de la cláusula de excepción. El primero, la injusticia de la aplicación de una ley, no tiene *nada* que ver. El segundo, la previsibilidad de la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor alimenticio, es más familiar a las descripciones doctrinales que se suelen hacer de las cláusulas de excepción,

pero tampoco es una condición necesaria para su funcionamiento (al menos no en todos los casos, puesto que cada cláusula de excepción puede tener sus propias condiciones particulares de funcionamiento, junto al común denominador de la existencia de vínculos más estrechos). La aplicación potencial de la ley francesa nunca dependería de que la española resultaba *injusta*, sino meramente de que era la más estrechamente vinculada. La aplicación potencial de la ley francesa no dependería de que la española no resultase de previsible aplicación (la ley de la residencia habitual del acreedor es bastante previsible), sino meramente de que era la más estrechamente vinculada. Y todo ello, con independencia de que la solución última pudiera ser la correcta, que doy como hipótesis.

6. Nada de ello empaña mi primera valoración. La STS podría y debería utilizarse como modelo para los muchos supuestos en los que se ventilan los mismos asuntos.

S.A.G.

121. EXIGIR PARA EL DIVORCIO UNA CERTIFICACIÓN LITERAL DE MATRIMONIO EN SANTO DOMINGO EXPEDIDA POR EL REGISTRO CIVIL CENTRAL ES EXORBITANTE (AAP Barcelona 18ª 17 marzo 2021)

DOCUMENTOS

122. EFICACIA PROBATORIA DE DOCUMENTOS REDACTADOS EN IDIOMA EXTRANJERO, APORTADOS INCLUSO SIN TRADUCCIÓN ALGUNA AL CASTELLANO (AAP Ávila 1ª 14 enero 2021)

123. DADA LA ENORME DISTANCIA LÉXICA Y GRAMATICAL QUE MEDIA ENTRE LAS LENGUAS TURCAS Y ESPAÑOLA, EL DESTINATARIO DEL DOCUMENTO SIN TRADUCCIÓN PUDO NO IDENTIFICAR, SIQUIERA, LO RECIBIDO, COMO UNA SENTENCIA JUDICIAL (SAP Madrid 28ª 29 enero 2021)

EXTRANJERÍA

124. EL TS CONFIRMA EL DERECHO DE NACIONAL HONDUREÑO A LA CONCESIÓN DE LA TARJETA DE RESIDENCIA DE FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA, ATENDIENDO A LA INCIDENCIA DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR (STS CA 5ª 16 diciembre 2020)

125. CONSIDERACIÓN DE LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL, BIEN COMO SANCIÓN PREFERENTE POR INCURRIR EL EXTRANJERO EN LAS CONDUCTAS TIPIFICADAS COMO GRAVES, BIEN COMO SANCIÓN PRINCIPAL PARA DICHAS CONDUCTAS (STS CA 5ª 17 marzo 2021)

126. EL TRIBUNAL SUPREMO FIJA QUE EL ARRAIGO LABORAL PARA OBTENER LA RESIDENCIA TEMPORAL EN ESPAÑA PUEDE ACREDITARSE POR CUALQUIER MEDIO DE PRUEBA VÁLIDO (STS CA 5ª 23 marzo 2021)

FILIACIÓN

127. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO DE LA ESPOSA DEL PADRE EN UN SUPUESTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN LLEVADO A CABO EN EL EXTRANJERO (SAP Madrid 22ª 1 diciembre 2020)

Esta sentencia es un magnífico compendio de la problemática relativa a los supuestos de gestación por sustitución que llegan a la práctica judicial española. Un análisis equilibrado,

exhaustivo y convincente del estado de la cuestión (que es manifiestamente mejorable). Muy recomendable.

128. DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD ENTABLADA POR UNA HERMANA DEL PADRE DE UN MENOR NACIDO EN ARGENTINA. LEY APLICABLE (STSJ Cataluña CP 1ª 10 febrero 2021)

Observaciones: El TSJ resuelve sucintamente una cuestión de competencia judicial internacional y otra de ley aplicable a la acción de impugnación de la filiación no matrimonial paterna de un menor argentino residente en Barcelona. La acción se interpuso por la hermana del padre del menor contra el padre y la madre, ambos nacionales y residentes en Argentina. La acción se estimó en primera instancia, pero la apelación revocó el fallo declarando la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles, así como la falta de legitimación de la demandante. El TSJ resuelve en los términos que pasamos a ver.

Uno de los intereses que presenta el caso se refiere a su supuesto de hecho: presunto reconocimiento de complacencia por parte del padre en Argentina; acuerdo entre la madre y el padre por el que la guarda se atribuye a éste; y acuerdo de delegación de las potestades parentales a favor de la demandante (hermana del padre). Todo ello, un entramado para facilitar que el nacido quedase bajos los cuidados de la demandante, que se trasladó a España con el menor.

El otro es lo que viene siendo práctica habitual en muchos órganos judiciales con sede en Cataluña: la afirmación de la aplicación del Derecho catalán sobre la base de su carácter territorial. En efecto, el TSJ liquida el tema de la competencia judicial internacional acudiendo al art. 22 *quater* d) de la LOPJ, cuya cubista redacción merecería algún tipo de reconocimiento cultural: “En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”. En el supuesto debatido, el hijo tiene su residencia habitual en España y tal competencia existe y así es declarada. Y en cuanto a la ley aplicable, con aparente trivialidad el TSJ, acude al CCCat “en virtud de lo dispuesto en el art. 9.4º Cc y art. 111-3.1º CCCat”.

Digamos con igual trivialidad, que el art. 111-3-1 CCCat no pinta nada en este proceso de determinación de la ley aplicable. Esencialmente porque no está en manos de ningún legislador autonómico determinar cuál es la ley aplicable a la filiación en supuestos internacionales, como el que nos ocupa, o meramente interregionales. Por ello, la secuencia lógica sería decir que se aplica el CCCat en virtud de lo dispuesto en el art. 9.4º Cc, art. 12.5º Cc y art. 16.1º y concordantes Cc. Y este razonamiento sería el mismo si la demanda se hubiese interpuesto en Madrid, en el caso de que el padre demandado, hubiera tenido allí su domicilio. Que se arrastre esta mala práctica y que denunciarla sea como predicar en el desierto (*vid.* S. Álvarez González “La “eficacia territorial” del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, nº 3, julio-septiembre, 2017, pp. 35-62) no la justifica. S.A.G.

129. TRAS LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO EN ESPAÑA LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL HA QUEDADO DETERMINADA CONFORME A LA NORMATIVA ESPAÑOLA SI BIEN ENTRA EN CONTRADICCIÓN CON LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD CONFORME A LA LEGISLACIÓN RUMANA (AAP Logroño 1ª 10 marzo 2021)

Observaciones: 1. El supuesto que da origen al AAP Logroño 1^a 10 marzo 2021 es realmente interesante, y resulta una muestra más de que las situaciones privadas internacionales no dejan de serlo por el hecho de que se localicen de forma natural dentro de una ley nacional (y una sola) que les resulte aplicable.

Se trata de la demanda formulada por un nacional rumano con residencia habitual en España para que se declare su paternidad no matrimonial respecto de una menor también rumana y con residencia en nuestro país, donde también vive la madre. La “peculiaridad” del supuesto es que en el Registro Civil español ya consta dicho vínculo de filiación mediante la inscripción del nacimiento más el reconocimiento voluntario del padre. Dicho con otras palabras, se interpone una acción de filiación, que ha de resolverse conforme a la ley española (art. 9.4^º CC) que ya determina de forma fehaciente la filiación pretendida, pues es la inscrita en el Registro civil. Moviéndose siempre alrededor de la normativa contenida en el CC, el juzgado inadmite a trámite la demanda. La paternidad reclamada ya existe a todos los efectos, puesto que la inscripción hace prueba plena. La inscripción tiene el mismo valor que “el documento o sentencia que la determina legalmente, la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado” (art. 113 CC). ¿Cuál es el interés entonces de la demanda? Probablemente conseguir ese medio o título de acreditación “reforzado” que permita combatir la *inscripción contradictoria que figura en el registro rumano*. Efectivamente, allí la menor figura como hija del marido de la madre, por presunción de paternidad marital. Vamos a dar por hecho que dicha presunción no vale para la ley española; es decir, que en aplicación de lo dispuesto en el art. 116 CC, la menor nació después de los 300 días siguientes a la separación de hecho de los cónyuges (el supuesto sólo nos dice que mientras padre, madre e hija tienen su residencia habitual en España, el marido de la madre la tiene en Rumanía).

2. Si bien nos fijamos, en España no es necesaria ninguna actuación para acreditar lo que el demandante pretende. La inscripción contradictoria en Rumanía no afecta a la realidad de la filiación acreditada en España. Y la sentencia que se busca, no cambia automáticamente aquella inscripción rumana. Puestos a especular, y realizando un paralelismo con lo que ocurre aquí, quizá allí una certificación registral extranjera no sirva para modificar la inscripción, pero sí una sentencia extranjera que pueda ser reconocida. Y obtenerla es un *interés legítimo*, en los términos del art. 24 de nuestra Constitución o en los más melifluos del “superior interés de la menor en la concreta determinación de su filiación” a los que alude la AP Logroño. Ello quizá sea la razón por la que la AP estima el recurso y ordena entrar en el fondo al Juzgado, en contra del viejo adagio de “antes que reclamar se ha de reconocer”, que no aparece expresamente indicado en el CC, pero sí, por ejemplo, en el CCCat (art. 235.21-2: “El padre y la madre pueden ejercer, durante toda su vida, la acción de reclamación de paternidad o maternidad no matrimonial, en nombre e interés propios, *si no pueden reconocer a los hijos o si el reconocimiento no ha sido eficaz* por falta de consentimiento de los hijos o de aprobación judicial”).

3. A lo dicho, tan solo añadiría cuatro matices: primero, la eventual sentencia estimatoria no aportaría nada desde el punto de vista de nuestro ordenamiento a la existencia del vínculo de filiación, salvo la añadida fortaleza que posee una sentencia respecto de los otros títulos (art. 764.2^º LEC); segundo, no existe ninguna garantía de que esta sentencia sirva de forma efectiva para modificar la inscripción de filiación contradictoria en el registro civil rumano: dependerá de que allí supere el reconocimiento; tercero, no se entiende para nada la admonición que la AP realiza al Juzgado (o a las partes) sobre la “obligación de acreditación del derecho extranjero conforme a los términos del art. 281 LEC”. El Derecho extranjero solo puede ser el Derecho rumano, que directamente ha sido descartado por nuestra norma de conflicto (art. 9.4^º CC);

cuarto, lo cierto es que una interpretación literal de la letra de la ley le daría al demandante derecho a pedir lo que pide, aunque la sistemática parecería ir más en consonancia con la postura del Juzgado. El art. 767.3º LEC parece abarcar el supuesto: "podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso..." (aunque entiendo que aquí reconocimiento expreso no tiene por qué coincidir necesariamente con el reconocimiento previsto por el art. 120.2º CC).

En definitiva, creo que la solución de la AP se podría encuadrar en eso que antaño se llamó segundo escalón del Derecho internacional privado. No sería un caso paradigmático, pero sí imbuido de la misma filosofía. La ley aplicable a la filiación de esta menor es la española. La ley rumana, que es la otra estrechamente vinculada con el supuesto (todos los implicados tienen esa nacionalidad), ha sido descartada por nuestra norma de conflicto para el caso concreto. Si suponemos la incompatibilidad de los medios de acreditación de la filiación en el sistema del CC, la demanda debería inadmitirse. Pero ahí está la resurrección de la ley rumana como un dato para justificar el interés en que la filiación ya establecida mediante reconocimiento, cuya existencia y validez acredita la inscripción en el Registro civil, sea también declarada mediante sentencia judicial. Se me podrá decir que la ley rumana no tiene por qué intervenir (ni como dato) y que al interesado le compete atacar la filiación contradictoria en Rumanía, en Rumanía (y no es un error de escritura). Pero no sé si ello supondría el respeto escrupuloso de sus derechos e intereses legítimos en los términos del antecitado art. 24 CE. Piénsese, por otro lado, que si se hubiese optado por inscribir la filiación paterna matrimonial, el padre tendría acción para reclamar su filiación impugnando la filiación controvertida (arts. 133 y 134 CC).

S.A.G.

130. CANCELADA LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL QUE LE DEBÍA SERVIR DE BASE, EL RECONOCIMIENTO DE LA SENTENCIA COLOMBIANA QUE DECLARÓ QUE LA MENOR NO ERA HIJA DE LA MADRE GESTANTE, NO PODÍA IR SEGUIDA DE EJECUCIÓN (AAP Barcelona 18ª 17 marzo 2021)

131. ESTIMACIÓN DE LA SOLICITUD DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO EN UN CASO DE NIÑO NACIDO EN CANADÁ MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (SAP Barcelona 12ª 6 abril 2021)

132. 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)

INMUNIDAD

133. INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN UNA ACCIÓN CONTRA MINISTERIO DE ECONOMÍA, CRECIMIENTO Y COMPETITIVIDAD DE LA REPÚBLICA DE CABO VERDE RELATIVA A UN PROYECTO PARA LA CONSTRUCCIÓN EN LAS ISLAS DE BOAVISTA Y MAIO (AAP Alicante 4ª 17 junio 2020)

134. NO SE APRECIA LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN UN ASUNTO DE DESPIDO DE UN EMPLEADO DE LA EMBAJADA DE RUMANIA (STSJ Madrid Soc 2ª 30 junio 2020)

135. LA INMUNIDAD PRETENDIDA POR LA REPÚBLICA ÁRABE DE EGIPTO IMPLICARÍA UNA EXTRALIMITACIÓN EN RELACIÓN A LA CAUSA QUE JUSTIFICARÍA LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES EN UN SUPUESTO DE DESPIDO (STSJ Madrid Soc 2ª 16 septiembre 2020)

136. ARCHIVO DEFINITIVO DE UNA EJECUCIÓN FORZOSA CONTRA E BIENES PROPIEDAD PARTICULAR DE LA EMBAJADA DEL ESTADO DE KUWAIT (AAP Madrid 18ª 19 enero 2021)

137. DENEGACIÓN DE UNA DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN SOLICITADA POR UNA ENTIDAD PÚBLICA EXTRANJERA CONTRA UNA EMPRESA ESPAÑOLA CONCURSADA (AJM Madrid nº 1 marzo 2021)

INSOLVENCIA

138. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES RESPECTO DE UN LITIGIO SOBRE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO INCOADO POR UNA ENTIDAD EN LIQUIDACIÓN POR REFERIRSE A UN BIEN INMUEBLE SITO EN ESPAÑA (SAP Alicante 4ª 8 junio 2020)

139. NO SE HA ACREDITADO QUE EL DERECHO LUXEMBURGUÉS PREVEA QUE TODAS LAS ACCIONES QUE SE DIRIJAN CONTRA EL PATRIMONIO DEL CONCURSADO DEBAN EJERCITARSE ANTE EL TRIBUNAL QUE CONOZCA DEL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO (AAP Alicante 4ª 23 septiembre 2020)

140. FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL AL HABER SIDO DECLARADO EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD EN LIECHTENSTEIN (AAP Barcelona 15ª 25 febrero 2021)

MATRIMONIO

141. EL CONSENTIMIENTO NO SE EMITIÓ CON EL VERDADERO PROPÓSITO DE CREAR UNA COMUNIDAD DE VIDA CONYUGAL SINO PARA APROVECHAR LAS VENTAJAS DE LA APARIENCIA MATRIMONIAL (SAP Barcelona 12ª 16 julio 2020)

142. LA PRUEBA PRACTICADA APUNTA A PRESUMIR LA AUSENCIA DE UN REAL CONSENTIMIENTO Y POR TANTO A LA EXISTENCIA DE UN MATRIMONIO DE CONVENIENCIA (SAP Madrid 9ª 20 julio 2020)

143. DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS DIBUJAN UN ESCENARIO ALEJADO DE LA PRESTACIÓN DE UN VERDADERO CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL (SAP Madrid, 22ª 2 octubre 2020)

144. LA INTERPRETACIÓN DE LA NULIDAD MATRIMONIAL DEBE TENER UN CARÁCTER RESTRICTIVO Y VALORAR EL PRINCIPIO DEL *FAVOR MATRIMONII* (SAP Ciudad Real 1ª 5 noviembre 2020)

145. COMO TODO FRAUDE, LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA RARA VEZ PRESENTAN UNA PRUEBA DIRECTA DE SU COMISIÓN, PUES SIEMPRE SE REVISTEN DE UNA APARIENCIA DE LEGALIDAD (SAP Cádiz 5ª 23 noviembre 2020)

146. EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL PRESTADO NO SE EMITIÓ CON EL VERDADERO PROPÓSITO DE CREAR UNA COMUNIDAD DE VIDA CONYUGAL SINO PARA APROVECHAR LAS VENTAJAS DE LA APARIENCIA MATRIMONIAL (SAP Barcelona 12ª 27 noviembre 2020)

147. NO EXISTE VERDADERO CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL PUES LA DIFERENCIA DE EDAD DE LOS CONTRAYENTES ES DE 23 AÑOS Y EXISTEN CUATRO MATRIMONIOS PREVIOS DEL RECURRENTE, SIENDO LOS DOS ÚLTIMOS CON CIUDADANAS EXTRANJERAS CON MUY Poca DURACIÓN (SAP Burgos 2ª 21 diciembre 2020)

148. LA EXISTENCIA DEL DOCUMENTO EXTRANJERO DE INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO NO ES OBSTÁCULO PARA APRECIAR EL CARÁCTER DE CONVENIENCIA DEL MATRIMONIO (SAP Madrid 10ª 20 enero 2021)

149. NO CABE ADVERTIR QUE EL MATRIMONIO SE HUBIERA CONTRAÍDO EN FRAUDE DE LEY PUES LA VOLUNTAD DE AMBOS CONTRAYENTES, DE ORIGEN Y CULTURA COMUNES, FUE ASUMIR LOS DERECHOS Y LAS OBLIGACIONES DIMANANTES DEL MATRIMONIO (SAP Tenerife 3ª 12 febrero 2021)

150. LA DECISIÓN DEL ESTADO ESPAÑOL DE DENEGAR LA INSCRIPCIÓN DE UN MATRIMONIO CONTRAÍDO EN REPÚBLICA DOMINICANA IMPIDE EL EJERCICIO DEL DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA (SAP Burgos 3ª 12 mayo 2021)

MENORES

151. GUARDIA Y CUSTODIA DE UNA MENOR PAKISTANÍ Y PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL TERRITORIO NACIONAL (SAP Valencia 10ª 9 junio 2020)

152. LA AUDIENCIA DE BARCELONA CONFIRMA LA NO DEVOLUCIÓN DE UN MENOR A SINGAPUR EN UNA EXTENSÍSIMA SENTENCIA (SAP Barcelona 18ª 12 junio 2020)

153. EL INTERÉS DEL MENOR ACONSEJA QUE NO SE AUTORICE EL RETORNO A ARGENTINA, VISTO QUE EL MISMO SE ENCUENTRA PERFECTAMENTE INTEGRADO EN VALENCIA (SAP Valencia 10ª 29 junio 2020)

154. ILICITUD DEL MANTENIMIENTO DE UN TRASLADO DEL MENOR A PORTUGAL, PUES NO CABE ENTENDER QUE HAYA EXISTIDO NINGÚN TIPO DE CONSENTIMIENTO NI EXPRESO NI TÁCITO (AAP A Coruña 6ª 30 junio 2020)

155. SE AUTORIZA EL TRASLADO A HUNGRÍA DE UNA MENOR SIEMPRE QUE SE ACREDITE AL JPI EL LUGAR DE RESIDENCIA Y SU ESCOLARIZACIÓN (SAP Ciudad Real 1ª 2 julio 2020)

156. RESTITUCIÓN DE UNA MENOR A CHILE DONDE RESIDE EN COMPAÑÍA DE SU MADRE (SAP Madrid 22ª 20 julio 2020)

157. PARECE QUE LOS DOCUMENTOS APORTADOS POR EL ACTOR PARA ACREDITAR SU MINORÍA DE EDAD SON INOCUOS PUES OFRECEN DUDAS MÁS QUE SUFICIENTES PARA TENER POR ACREDITADO ESE HECHO (SAP Madrid 14ª 27 junio 2020)

158. EL TRASLADO DEL MENOR DESDE AUSTRALIA HASTA LA CIUDAD DE LOGROÑO FUE ILÍCITO, ASÍ COMO SU RETENCIÓN, Y POR ELLO PROCEDE EL RETORNO DE DICHO MENOR A SU MADRE (SAP Logroño 1ª 13 julio 2020)

159. SEAN O NO DEFINITIVAS LAS MEDIDAS ACORDADAS POR EL TRIBUNAL FRANCÉS, HAY CUESTIONES RELATIVAS A LA MENOR QUE NO HAN SIDO RESUELTAS Y QUE DEBERÁN SERLO POR EL JUZGADO ESPAÑOL (AAP Barcelona 12ª 23 julio 2020)

160. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES TIENEN COMPETENCIA POR SER UN PROCEDIMIENTO DIRIGIDO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS URGENTES, PESE A TENER LA RESIDENCIA EN INGLATERRA (AAP Valencia 10ª 23 julio 2020)

161. LA SENTENCIA ECUATORIANA NO INVALIDA NI CONDICIONA LA EFICACIA DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO DICTADA EN ESPAÑA RESPECTO A LA ATRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL HIJO MENOR DE LOS LITIGANTES (SAP Barcelona 12ª 4 septiembre 2020)

162. ES RAZONABLE QUE LA MADRE, QUE OSTENTA LA GUARDA Y CUSTODIA, PUEDA DISPONER DEL PASAPORTE ITALIANO DEL HIJO ANTE LA NEGATIVA DEL PADRE A FIRMAR LA SOLICITUD (AAP Barcelona 18ª 9 septiembre 2020)

163. LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA PLANTEA AL TJUE UNA SERIE DE CUESTIONES PREJUDICIALES SOBRE CÓMO DEBE INTERPRETARSE EL CONCEPTO DE “RESIDENCIA HABITUAL” DEL ART. 3 DEL REGLAMENTO BRUSELAS II (AAP Barcelona 18ª 15 septiembre 2020)

Observaciones: 1. El AAP Barcelona suspende un procedimiento que versa sobre un divorcio entre una española y un portugués, residentes en Togo, que trabajan para la delegación de la Comisión Europea en dicho país y plantea una cuestión prejudicial compuesta al Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE). La demanda de divorcio, presentada ante los tribunales españoles por la esposa, en la que también se solicitan medidas de responsabilidad parental y alimentos de las hijas menores, así como disolución del régimen económico matrimonial, es recurrida por el padre que impugna la jurisdicción de los tribunales españoles. Mediante el presente se ponen de manifiesto las características principales del sistema de Derecho de familia internacional: la complejidad que suscita la coordinación del entramado normativo coexistente en la materia y las incertidumbres que genera la ausencia de un concepto determinado de residencia habitual como criterio de vinculación sobre el que pivota dicho entramado.

2. En efecto, la ordenación de la estructura familiar a nivel internacional se halla condicionada por una especial sensibilidad que ha derivado en un desarrollo legislativo heterogéneo y que, dentro del proceso de armonización europeo, se ha producido a distintas velocidades. Ello ha supuesto una reglamentación compartimentada y fragmentada en múltiples instrumentos de distinto origen obligados a coordinarse y aplicarse conjuntamente en supuestos de crisis matrimoniales que involucran a menores y que requieren una nueva organización de la familia. En estos casos la determinación de la competencia exige un esfuerzo previo de delimitación de la normativa aplicable que no siempre encuentra su reflejo en las decisiones judiciales y que, además, puede derivar en la disociación de la competencia en distintos foros. De hecho, todavía es habitual que las partes basen sus pretensiones en normas de origen interno, prescindiendo de las europeas y obviando su primacía jerárquica, tal y como se refleja en la SAP Granada 5ª 25 septiembre 2020 reseñada en esta misma jurisprudencia (nº 154) referida a la competencia de los tribunales españoles para conocer de una demanda de responsabilidad parental y alimentos planteada en España en virtud de las normas de origen interno (art. 760.6º LEC) y del último domicilio común de los progenitores. Pero, también, es habitual encontrar una significativa parte de las decisiones dedicada a dilucidar la relación entre los Reglamentos coexistentes (2201/2003, 4/2009 y 2016/1103) como sucede en el presente Auto y en el de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), de 16 noviembre 2020, también reseñado en esta recopilación (nº 162) sobre modificación de medidas de responsabilidad parental y alimentos de una menor residente en España pero que ha cursado estudios en Rumania. En el caso que nos ocupa la potencial disociación de la competencia entre los tribunales españoles y los tribunales de Togo lleva a la Audiencia a realizar una compleja labor de conciliación entre los instrumentos europeos que le lleva a plantear una cuestión prejudicial en torno a la introducción del *forum necessitatis* del art. 7 del R4/2009. Si los tribunales españoles fueran competentes para conocer de las medidas de responsabilidad parental en virtud del art. 22 *quater* c) de la LOPJ (aplicable mediante la cláusula residual de la nacionalidad de la madre) no lo serían para conocer el divorcio, y no se podría justificar la competencia de los tribunales españoles para fijar alimentos a favor de los hijos en función del art. 3.d) Reglamento 4/2009, pero quizás se consiguiera a través del foro de necesidad.

3. Aunque si es menester resaltar un común denominador en la reciente jurisprudencia de los tribunales españoles en supuestos de disolución del vínculo matrimonial, responsabilidad parental y alimentos es, sin duda, la incertidumbre derivada de la característica ausencia en los Reglamentos europeos de una definición específica de residencia habitual. A pesar de constituir el elemento clave de vinculación elegido para señalar la competencia internacional en el Derecho de familia, se ha optado por un concepto abierto y adaptable dirigido a abarcar los diferentes escenarios resultantes de la creciente movilidad intraeuropea que, a su vez, ha de gozar de un significado autónomo, uniforme y específico de cada instrumento. La ponderación entre ambas necesidades nos lleva a indagar en una sustancia de la noción dinámica y perfilada por el TJUE a golpe de una jurisprudencia que deber ser aplicada por los tribunales autónomos.

4. En ese iter hemos de diferenciar entre la residencia habitual de los cónyuges utilizada en materia de divorcio y la residencia habitual del menor en materia de responsabilidad parental. Sobre la residencia habitual de los cónyuges para determinar la competencia en materia de divorcio y alimentos en esta decisión, la Audiencia pregunta al TJUE si el hecho de que la indudable habitabilidad en Togo de la pareja resulte de su condición de trabajadores de la Unión Europea podría constituir un elemento determinante para considerar que realmente no tienen allí su residencia. La ausencia de nacionalidad común le lleva a cuestionar esta posibilidad para acudir al foro español antes de atender a la cláusula residual de los arts. 7 y 14 y a plantear su relación con el art. 6 del Reglamento 2201 en un supuesto similar al asunto *Sundelind*, C-68/07, pero en el que el demandado es nacional de un Estado miembro.

5. Respecto a la residencia habitual del menor, la jurisprudencia refleja un difícil equilibrio entre la interpretación teleológica basada en la protección del interés del menor y en el criterio de proximidad y la interpretación sistemática que atiende a las particularidades de cada caso. El TJUE ha establecido varios elementos indicadores de la integración familiar o social del menor en un Estado miembro entre los que destacan como indicios positivos de la estabilidad o regularidad de la residencia la escolarización, el conocimiento del idioma y la nacionalidad de los menores. De hecho, tales circunstancias son tenidas en cuenta en el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 25 de septiembre (nº 154 de esta recopilación) en el que además cobra especial relevancia el momento en que se debe atender a esta integración. Así, en dicho supuesto, aunque las menores tienen su residencia habitual en España en el momento de interposición de la demanda, prevalece el poco tiempo que llevan residiendo allí y el desfase temporal de los informes que relevan su integración para estimar el recurso y dar la razón al padre que apela a su vinculación con el Reino Unido y recurre la competencia de los tribunales españoles. El momento para determinar la residencia también es crucial en el AAP Barcelona 18ª 14 de octubre (nº 157 de esta recopilación) mediante el que se desestima el recurso de apelación contra una decisión en la que se establece como medidas cautelares vinculadas a un procedimiento de divorcio la prohibición de salida del territorio nacional de las menores residentes en Barcelona frente al padre que quiere que vayan y se queden con él en Túnez.

6. La interpretación sistemática también tiene su protagonismo como se extrae del AAP Barcelona 18ª 16 de noviembre (nº 162 de esta recopilación) que incide en que la presencia estable o duradera en un Estado en el momento en el que se presenta la demanda refleja un vínculo real pero no es un valor definitivo y subraya la importancia de la voluntad para asentar su centro de intereses de manera estable en el caso de una menor que, a pesar de cursar sus estudios en Rumania, se ha instalado con su madre en España donde se solicita la modificación de las medidas de responsabilidad parental y alimentos conforme al art. 8 Reglamento 2201 y al art. 3 Reglamento 2009.

7. El AAP Barcelona que ha dado lugar a esta nota hace ostensible la relevancia de mantener un concepto abierto y adaptable de residencia, y la dificultad de establecer una definición más precisa dadas las múltiples variantes que pueden surgir; está vez las dudas se plantean a través de una cuestión prejudicial que gira en torno a la potencial consideración de trabajadores de la Unión Europea de los progenitores como elemento determinante para no reparar en que los menores tienen su residencia habitual en Togo a pesar de que de los indicios establecidos así se podría evidenciar.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI*.

164. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DEBE SER VERIFICADA EN CADA CASO PARTICULAR Y BAJO LA PERSPECTIVA DEL SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR, EN EL MOMENTO EN QUE SE PROMUEVA UN PROCEDIMIENTO (SAP Granada 5ª 25 septiembre 2020)

165. NO ES PRECISO PARA ACORDAR LA RESTITUCIÓN QUE EL ESTADO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR HAYA ADOPTADO MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LAS QUE SE REFIERE EL ART. 11.4º DEL REGLAMENTO BRUSELAS II (SAP Barcelona 18ª 6 octubre 2020)

166. EL TS DESESTIMA UN RECURSO DE CASACIÓN CONSIDERANDO QUE SU ÚNICA FINALIDAD ES LA DECLARACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN UN SUPUESTO DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES (ATS Civ 1ª 7 octubre 2020)

167. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ACORDAR MEDIDAS PROVISIONALES DERIVADAS DE UN DIVORCIO EN RELACIÓN CON DOS MENORES (AAP Barcelona 14 octubre 2019)

168. LA SUSTRACCIÓN DE LA MENOR POR LA MADRE RESULTÓ ILÍCITA Y ÉSTA TIENE QUE SER RESTITUIDA A SU PADRE EN VENEZUELA (SAP Pontevedra 1ª 20 octubre 2020)

169. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES CARECEN DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS MEDIDAS EN RELACIÓN LAS HIJAS MENORES POR HABERSE RESUELTO SU DEVOLUCIÓN A NICARAGUA (AAP San Sebastián 2ª 9 noviembre 2020)

170. DETERMINACIÓN DE LA EDAD A LOS EFECTOS DE LA PROTECCIÓN QUE LA LEY DISPENSA A LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS (SAP Asturias 1ª 11 noviembre 2020)

171. EL REGLAMENTO BRUSELAS II DISTINGUE ENTRE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL DIVORCIO Y LO RELATIVO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS SOBRE LA PERSONA Y BIENES DE LOS MENORES (AAP Valencia 10ª 12 noviembre 2020)

172. EL LUGAR DE RESIDENCIA DE UN MENOR NO VIENE DETERMINADO POR EL LUGAR EN EL QUE TEMPORALMENTE REALIZA SUS ESTUDIOS EN UN LITIGIO SOBRE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS (AAP Barcelona 12ª 16 noviembre 2020)

173. LA FALTA DE PRUEBA DE QUE CONCURREN LAS EXCEPCIONES RECOGIDAS EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 DETERMINAN EL RETORNO INMEDIATO DE LAS MENORES A POLONIA (SAP Madrid 24ª 18 noviembre 2020)

* Profesora Investigadora Ramón y Cajal. UPV/EHU.

174. EN APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996 LAS RELACIONES DEL MENOR CON SUS PROGENITORES, DEBEN SER REGULADAS POR LAS AUTORIDADES DE ECUADOR (SAP Madrid 22ª 23 noviembre 2020)

175. NO HAY RETENCIÓN ILÍCITA CUANDO EL TITULAR DEL DERECHO DE CUSTODIA HAYA CONSENTIDO EL TRASLADO O LA RETENCIÓN (AAP Barcelona 18ª 25 noviembre 2020)

176. INADMISIÓN DE UNA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN DE UN MENOR, PUES SU TRASLADO DE MARRUECOS A ESPAÑA SE REALIZÓ SIN INFRINGIR RESOLUCIÓN JUDICIAL ALGUNA (AAP Bilbao 4ª 4 diciembre 2020)

177. NO EXISTE NI UNA SOLA PRUEBA QUE ACREDITE QUE LA RESIDENCIA HABITUAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA ANTE UN SUPUESTO DE TRASLADO Y RETENCIÓN PRESUNTAMENTE ILÍCITOS (SAP Madrid 24ª 14 diciembre 2020)

178. PROCEDE LA RESTITUCIÓN DE LA MENOR NO ADMITIÉNDOSE EL CRITERIO DE CONDICIONES DE VIDA MÁS MODESTAS EN EL ESTADO DE RESIDENCIA HABITUAL (SAP Asturias 4ª 12 enero 2021)

179. LA FINALIDAD DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 ES CLARA: LA ILICITUD CONCURRE CUANDO EL TRASLADO O RETENCIÓN SE PRODUCE CON INFRACCIÓN DEL DERECHO DE CUSTODIA (SAP Barcelona 18ª 16 enero 2021)

180. NO CONCURREN LOS REQUISITOS LEGALES PARA CONSIDERAR QUE SE HA PRODUCIDO UN TRASLADO ILÍCITO DEL MENOR Y NO HA LUGAR AL RETORNO Y RESTITUCIÓN DEL MENOR A RUSIA, LUGAR DE NACIMIENTO (SAP 1ª 28 enero 2021)

181. EL TRASLADO INICIAL FUE AUTORIZADO Y NO HUBO TRASLADO ILÍCITO PORQUE AMBOS PROGENITORES ACORDARON AUTORIZAR A LA MADRE EL TRASLADO DEL DOMICILIO A ESPAÑA (SAP Barcelona 18ª 3 febrero 2021)

182. NO HABIENDO OBTENIDO EL PADRE EL CONSENTIMIENTO DE LA MADRE PARA EL TRASLADO DE LAS MENORES, DE ACUERDO CON EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980, PROCEDE DECLARAR EL TRASLADO ILÍCITO (SAP Barcelona 12ª 10 febrero de 2021)

183. DE ACORDARSE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR AL REINO UNIDO ES LÓGICO SOSTENER QUE DICHA CIRCUNSTANCIA AFECTARÍA A LA ESTABILIDAD PSÍQUICA Y EMOCIONAL DEL MENOR (SAP Murcia 4ª 11 febrero 2021)

Observaciones: 1. En una gran parte de las resoluciones tendentes al retorno de menores presuntamente trasladados de forma ilícita de un Estado a otro se agolpan todo tipo de argumentos que emborronan la razón por la que el órgano falla en un sentido o en otro. La SAP Murcia 4ª 11 febrero 2021 es un ejemplo claro. Se rechaza el retorno de un menor trasladado desde el Reino Unido a España por no considerar el traslado ilícito, razón suficiente para justificar la decisión, pero que, quizá por la inseguridad del juzgador ante las peculiaridades del caso, se completa con consideraciones que nada tienen que ver con las exigencias legales.

Dichas peculiaridades derivan del caso concreto: un matrimonio entre el padre, doble nacional brasileño e italiano, y la madre, de nacionalidad brasileña. Ambos residían en Reino Unido cuando se produjo el traslado de la madre con el hijo común a España y ambos estaban divorciados en Brasil. Aunque en el concepto de traslado ilícito, tanto en el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores como en el Reglamento 2201/2003, aplicable según los datos temporales que derivan de la sentencia,

anclan su referencia territorial en el Estado de la residencia habitual del niño inmediatamente antes del traslado, el razonamiento de la AP se fija esencialmente en la sentencia de divorcio brasileña, cuyo reconocimiento no consta ni en el Reino Unido ni en España. También hay que señalar, que el propio demandante de retorno (el padre) se ampara en la legislación brasileña para defender que la atribución de la custodia a la madre no se traduciría en la posibilidad de elegir el lugar de residencia, aspecto que, sin embargo, la AP descarta en su razonamiento.

Con independencia de la corrección o incorrección de la solución alcanzada, las peculiaridades del caso suscitan algunas cuestiones que paso a analizar.

2. En primer lugar, el hecho de que la sentencia brasileña no estuviese reconocida (al menos no consta) en el Reino Unido (ni en España) plantea una ruptura de la plantilla natural de estos casos, basada en la situación jurídica y fáctica en el Estado de la residencia habitual de los menores antes del traslado, que el art. 14 del Convenio de La Haya resuelve –aparentemente– de forma, a mi juicio, poco satisfactoria. Me explico. La AP da por hecho que la madre tenía la custodia en el Reino Unido porque una sentencia brasileña se la había otorgado. La idea de que basta cualquier sentencia (con independencia de su reconocimiento o no en el país de la residencia habitual del menor: art. 14 del Convenio) para integrar el supuesto de hecho (en forma positiva o negativa) del art. 3 del Convenio no me parece convincente. ¿Quid si la sentencia hubiese sido pronunciada sin el respeto de las garantías debidas? ¿Sin conocimiento de la parte contra la que se dictó? ¿Sin escuchar al menor cuando hubiese sido necesario? Ciertamente no es el caso que se resuelve por la AP, en el que se trataba simplemente de una sentencia que homologaba el acuerdo de los cónyuges. Pero eso solo atenúa los potenciales efectos nocivos de la interpretación común de dicho art. 14 (cuya letra poco equívoca ratifica el Informe Explicativo de la profesora E. Pérez Vera). El carácter facultativo de dicho artículo podría servir de bálsamo a los potenciales problemas que he descrito..

3. En segundo término, si la sentencia brasileña determina el punto de partida de la licitud ¿no sería preceptivo interpretarla conforme al ordenamiento jurídico que la determina? Los arts. 2.9º Reglamento 2201/2003 y 5.a del Convenio de La Haya definen como contenido propio del “derecho de custodia” en particular, el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor. Esto significa que no todo “derecho de custodia” está cualificado para interpretar la licitud o ilicitud de conformidad con los arts. 3 del Convenio y 2.11º del Reglamento, sino aquél que proporciona a su titular dicho derecho. No es de recibo, alterar, como hace la AP, el orden del razonamiento: “como la madre tiene el derecho de custodia, puede fijar el lugar de residencia del menor”, porque así lo dice el art. 5 del Convenio de La Haya; cuando lo propio es “el derecho de custodia que tiene la madre ¿le permite fijar unilateralmente el lugar de residencia del menor y poder ser equiparado al concepto de custodia del Convenio?”. Y, en el caso que comentamos, esta verificación no se hizo; se despreció. Eso es lo que significa la interpretación autónoma del concepto convencional; lo contrario es la imposición de un concepto uniforme a todos los Estados parte, que no es objetivo del Convenio. En la base de datos Incadat –de www.hcch.net– pueden encontrarse ejemplos de cómo esta situación (palabra clave *ne exeat*, o meramente *exeat*) ha sido tratada por los tribunales de los distintos Estados parte en el Convenio.

4. De nuevo, no cuestiono la solución última, sino el proceso que la determina. De una simple consulta de unos minutos realizada en Internet deriva que no es descartable que la posición del padre fuese real: que la normativa brasileña (Código civil brasileño, Ley de alienación parental brasileña...) en virtud de la que se realizó el acuerdo luego homologado judicialmente no permita, sin más, a quien ostenta la custodia exclusiva (guarda unilateral, según la normativa de aquel

país) mudar la residencia del menor, ni siquiera dentro del mismo país. Si esta visión trata de contrarrestarse con la apelación a la ley de la residencia habitual *británica*, estaríamos ya en otro nivel de razonamiento, que la AP no sigue.

Mas, declarado el traslado como lícito, ¿qué sobra? Que el traslado del menor a España no es perjudicial, porque tenía diez meses y no tenía arraigo en el Reino Unido; que tiene arraigo en España, porque está empadronado, va a la guardería y vive con una hermana de vínculo sencillo; que su vuelta al Reino Unido afectaría a su estabilidad emocional porque se le apartaría de la hermana; que el traslado de la madre a España estaba justificado porque no se adaptaba a la vida en el Reino Unido; que la hermana del menor no tenía permiso de residencia en el Reino Unido; que la madre deja que el padre se comunique con su hijo. Motivos todos ellos de conversación de terraza, algunos perfectamente discutibles, y todos sobrantes.

S.A.G.

184. EL RECURRENTE PRESENTÓ CERTIFICADO DE NACIMIENTO EN VÍA JURISDICCIONAL, DOCUMENTO NO IMPUGNADO, POR LO QUE DEBEMOS RECONOCER QUE ERA MENOR DE EDAD CUANDO LLEGÓ A ESPAÑA (SAP Barcelona 18ª 24 febrero 2021)

185. PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL TERRITORIO NACIONAL ESPAÑOL DE LOS HIJOS COMUNES DE LAS PARTES, SIN HABER OBTENIDO PREVIAMENTE EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS DOS PROGENITORES O DEL ÓRGANO JUDICIAL (AAP Barcelona 18ª 28 abril 2021)

186. NO HAY NINGÚN RIESGO FÍSICO NI PSICOLÓGICO PARA LA MENOR POR EL HECHO DE QUE LA MISMA SEA RESTITUIDA A ITALIA JUNTO CON SUS ABUELOS PATERNOS (SAP Tarragona 1ª 5 mayo 2021)

187. NO HAY ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CONSTRUIR UNA SOSPECHA DE SUSTRACCIÓN QUE CONDUZCAN A LIMITAR LA SALIDA DE LA NIÑA DE ESPAÑA (AAP Barcelona 18ª 11 mayo 2021)

188. EL RECURRENTE ERA MENOR DE EDAD CUANDO SE DICTÓ LA RESOLUCIÓN DE TUTELA CUESTIONADA, LO QUE LE OTORGABA EL DERECHO A QUEDAR BAJO LA PROTECCIÓN QUE LA LEY DISPENSA A LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS (STS Civ 1ª 24 mayo 2021)

189. LA DOCUMENTACIÓN ES COINCIDENTE CON LA DECLARACIÓN DEL MENOR POR LO QUE SE REFIERE A SU EDAD Y NO ES RAZONABLE CONSIDERARLO COMO INDOCUMENTADO Y QUE PREVALEZCAN UNAS DUDAS QUE SON DESPEJADAS POR DICHA DOCUMENTACIÓN (STS Civ 1ª 18 junio 2021)

190. EL MENOR DE EDAD EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO ESTABA DOCUMENTADO Y LE CORRESPONDÍA LA ATENCIÓN QUE DISPENSA LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA E INTERNACIONAL ASUMIDA POR ESPAÑA (STS Civ 1ª 21 junio 2021)

NACIONALIDAD

191. NO SE PUEDE CONSIDERAR QUE EL INTERESADO FUERA ESPAÑOL DE ORIGEN POR HABER NACIDO EN EL SAHARA OCCIDENTAL, CUANDO ESTE TERRITORIO ERA COLONIA ESPAÑOLA, POR LO QUE NO PROCEDE RECONOCERLE EL DERECHO A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN (SAP Madrid 10ª 8 junio 2020)

192. EL TS CONFIRMA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA SOLICITADA POR UN ARGELINO A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL (STS CA 5ª 9 julio 2020)

193. GUINEA, SAHARA OCCIDENTAL E IFNI, SI BIEN ERAN TERRITORIOS ESPAÑOLES, NO FORMABAN PARTE DEL TERRITORIO NACIONAL, DE AHÍ QUE SE NIEGUE LA CONDICIÓN DE ESPAÑOLES DE ORIGEN A LOS NATURALES DE DICHAS COLONIAS (STS Civ 1ª 20 julio 2020)

194. AL NO DETERMINARSE LA FILIACIÓN DEL ACTOR, SAHARAUI NACIDO ANTES DE 1975, NI TAN SIQUIERA ACREDITADO SU LUGAR DE NACIMIENTO EN FORMA SUFICIENTE, NO PUEDE ACCEDERSE A LA INSCRIPCIÓN DE SU NACIMIENTO (SAP Madrid 21ª 9 junio 2020)

195. NO CONSTA QUE LA DEMANDANTE, DE ORIGEN SAHARAUI, NO NACIDA EN ESPAÑA PARA LA APLICACIÓN DEL CITADO ART. 17.3º CC) HAYA ADQUIRIDO LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA (SAP Tenerife 4ª 8 octubre 2020)

196. SAHARAUIS IMPOSIBILITADOS DE EJERCER EL DERECHO DE OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA CONTEMPLADO EN EL RD DE 10 AGOSTO 1976 (SAP Bilbao 5ª 9 diciembre 2020)

197. SE DEJA SIN EFECTO UNA SENTENCIA PRONUNCIADA POR LA AUDIENCIA POR SU INCONGRUENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA NACIONALIDAD POR UNA CAUSA CON RESPECTO A LA CUAL NO ERA COMPETENTE (STS Civ 1ª 25 enero 2021)

198. LA DGRN INCUMPLE LA NORMATIVA EN CUANTO AL EXPEDIENTE DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD Y EN LO TOCANTE A LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE (SAP Logroño 1ª 26 febrero 2021)

199. DENEGACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN CON FUNDAMENTO EN HABER NACIDO EN TERRITORIO DEL SAHARA OCCIDENTAL ANTES DE 1976 Y SER HIJA DE ESPAÑOLES (ATS Civ 1ª 10 marzo 2021)

NOMBRE

200. PARA DETERMINAR LOS APELLIDOS, SE CONJUGA LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA CON LA TRADICIÓN O COSTUMBRE Y LA LEGISLACIÓN DE BRASIL Y SE DA CABIDA A LA LEGISLACIÓN DEL TERCER PAÍS –IRLANDA–, DEL QUE EL MENOR TAMBIÉN ERA NACIONAL (SAP Madrid 20ª 16 diciembre 2020)

Observaciones: 1. La SAP Madrid a la que se refiere la presente nota presenta varios aspectos de interés que merecen ser destacados. Por un lado, el régimen del nombre en casos de múltiple nacionalidad y la interpretación o aplicación de una de las leyes en presencia. Por otro, la tensión entre una aproximación en clave de ley aplicable y una en clave de reconocimiento, mediando las exigencias del Derecho de la Unión. Analizaré por separado ambas perspectivas a efectos meramente clarificadores, aun siendo consciente de que en el supuesto de hecho se entreveran inextricablemente.

2. Dicho supuesto se refiere a la inscripción en el Registro civil español de un niño con triple nacionalidad, española, brasileña e irlandesa, cuyos apellidos, ya inscritos tanto en Brasil como en Irlanda son el primero de su madre (española) y el tercero de su padre (brasileño). La vieja DGRN rechaza la inscripción y el juzgado que conoce del recurso también. Del magro relato que figura en la SAP de Madrid, deriva que el Juzgado rechazó el recurso porque no se acreditó que ni la ley brasileña ni la ley irlandesa permitieran atribuir el tercer apellido del padre como segundo

del hijo. Ello, aparentemente, hubiera afirmado la legitimidad de las inscripciones extranjeras. También adujo que los apellidos habrían sido una situación de hecho creada por el interesado y que los establecidos conforme a la ley española no le ocasionaba graves inconvenientes. El recurso de apelación contra esta sentencia es estimado con base en la aplicación de la ley irlandesa a la luz de la Sentencia *García Avello* (STJ 2 octubre 2003, Asunto C-148/02).

3. La Audiencia sigue, en este sentido, la aproximación apuntada por el juzgado: hay que ver cuál es la ley aplicable. Es cierto que el juzgado lo hizo de forma nada clara: una acumulación de leyes entre las que en ningún momento eligió, si bien parece que en su trasfondo la prioridad sería de la ley española. ¿En virtud de qué criterio? Ningún indicio. Entre la ley brasileña y la española sí podría haber preferido ésta en virtud del art. 9.9º Cc, aunque, la verdad, la letra del precepto no nos conduciría a ningún resultado claro: ambas se ostentan desde el momento del nacimiento *iure sanguinis* y la residencia habitual del hijo está en Irlanda (interpreto que ambas nacionalidades son previstas por la ley española, desde el art. 11.3º CE). En todo caso, esta posibilidad es incluso discutible, pues discutible es que el art. 9.9º Cc sea operativo en el marco del Convenio de Múnich sobre ley aplicable a los nombres y a los apellidos, de 5 septiembre 1980 (S. Álvarez González y M.P. García Rubio, “El nombre de las personas físicas”, *Tratado de Derecho de la persona física*, coord. por María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Judith Solé Resina, Vol. 1, 2013, pp. 469–521, p. 505; más detalladamente en S. Álvarez González, “Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario”, *Diario La Ley*, año XXIV, nº 5876, 22 octubre 2003). Por su parte, la prioridad de la ley española sobre la irlandesa ya se movería en el marco de las exigencias del Derecho de la Unión y, en la interpretación más extendida de la doctrina *García Avello*, de la voluntad de las partes. Esto es lo que resuelve la AP: que el interesado es un doble nacional comunitario, que puede elegir cualquiera de las leyes de un Estado miembro para regir el régimen de su nombre y apellidos; que ha elegido la irlandesa y que la irlandesa le permite tener los apellidos que pretende. Nada que objetar. Tan solo puede añadirse que el resultado es perfectamente asumible y que el orden público (ni siquiera en su exorbitante interpretación por la Instrucción DGRN de 23 mayo 2007) sería operativo.

4. Sí creo, sin embargo, que en esta aproximación conforme a la ley aplicable debe destacarse una dimensión que, no habiendo sido relevante en función de la opción seguida por la AP, sí podría haberlo sido de no mediar el “factor europeo”; es decir, eliminando de la ecuación la nacionalidad irlandesa. Pienso que incluso en el supuesto de que fuese efectivamente la ley española la aplicable (por cualquier vía) la inscripción de los apellidos conforme a la preferencia de los solicitantes debería ser aceptada. Este supuesto es paradigmático de lo que en otra época se llamó el *segundo escalón* de DIPr o, si se quiere, de la evidencia de que una situación privada internacional no deja de serlo por el hecho de que pase a ser regida por una ley nacional (desarrollo esta propuesta, precisamente en relación con dobles nacionales españoles y portugueses o brasileños, en “Régimen de los apellidos...”, *cit.*), pues la ley o leyes descartadas por la norma de conflicto no desaparecen definitivamente y pueden pasar a integrarse en la interpretación de la ley efectivamente aplicable. En definitiva, que en aplicación de la ley española un doble nacional hispano portugués o hispano brasileño tenga el primer apellido de su madre española y el tercero de su padre, portugués o brasileño (o el tercero de su madre brasileña o portuguesa), me parece una proposición totalmente aceptable. Incluso, podría justificarse, aunque el hijo fuese meramente español, aunque el espacio de esta nota no nos permita desarrollarlo.

5. La dimensión desechada por la AP es la del reconocimiento. Al contrario que en el caso García Avello, aquí no se trataba simplemente de una solicitud de inscripción (o de cambio de apellidos) sin ninguna historia registral previa. Aquí ya existían inscripciones tanto en el registro brasileño como, lo más relevante, en el registro irlandés. No sé si la AP recurrió a la vía ley aplicable para huir de las complicaciones de la vía del reconocimiento, tal cual interpretó la DGRN la doctrina Grunkin Paul (STJ 14 octubre 2008, Asunto C-353/06) en su Instrucción DGRN 24 febrero 2010. Pienso que habría sido más limpio defender que el hijo había sido inscrito en Irlanda con tales apellidos y que el resultado no vulneraba el orden público español (sobre la inidoneidad del resto de las exigencias de la citada Instrucción, S. Álvarez González y M.P. García Rubio, *loc. cit.*, pp. 519-520).

6. El resultado final es aceptable. Por supuesto, la dimensión del nombre como derecho de la personalidad, como suele ser costumbre, estuvo totalmente ausente.

S.A.G.

PROPIEDAD INTELECTUAL

201. DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE UN DIBUJO PROTEGIDO LEGALMENTE POR LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL MEXICANA (STS Civ 1ª 22 marzo 2021)

RELACIONES ENTRE CÓNYUGES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

202. LAS DUDAS SOBRE LA TITULARIDAD DE LAS VIVIENDAS ADQUIRIDAS EN ALEMANIA HA QUEDADO DESPEJADA CON EL OTORGAMIENTO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES (SAP Palma de Mallorca 4ª 4 noviembre 2020)

203. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES CARECEN DE COMPETENCIA EN UNA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL AL NO CONCURRIR LOS FOROS DEL ART. 22 QUATER LOPJ (AAP Alicante 4ª 22 diciembre 2020)

204. EJERCITADA UNA ACCIÓN LIQUIDATORIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL LA OBTENCIÓN DEL EXECUÁTUR DEL DIVORCIO ES INNECESARIA PORQUE SE TRATA DE UNA SENTENCIA MERAMENTE DECLARATIVA (AAP Barcelona 18ª 16 febrero 2021)

205. LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE UN MATRIMONIO CONTRAÍDO EN UCRAINA (SAP Valencia 10ª 28 abril 2021)

206. ACCIONES VINCULADAS A LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DERIVADO DE UN DIVORCIO Y ACCIONES PATRIMONIALES GENERALES (AAP Barcelona 12ª 18 junio 2021)

Observaciones: 1. En una primera aproximación al Auto que comentamos ya se advierte que el tribunal aprecia y diferencia, de manera nítida, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles de su competencia funcional, en aplicación de las reglas de ordenación procesal interna. Para el caso concreto, ello supone que no cabe una extrapolación de los criterios de la LEC para extender, por derivación, la competencia del tribunal del divorcio para conocer de demandas “conexas” que pudieran estar sometidas a normas de competencia judicial internacional diferentes.

El caso es el siguiente: se planteó, ante un Juzgado de 1ª Instancia de Barcelona, una demanda de divorcio a la que se acumulaba una demanda de extinción y liquidación de condominio de un bien inmueble situado en Londres. Frente a ello, la cónyuge demandada planteó una declinatoria de competencia judicial internacional de nuestros tribunales para conocer de esta última pretensión, que fue admitida por el Juzgado y ratificada por la Audiencia Provincial de Barcelona en apelación. El recurso frente a la declinatoria pretendía justificar la competencia de nuestros tribunales con base en el criterio de la accesoriidad establecido en el art. 5 del Reglamento (UE) nº 2016/1103, sobre regímenes económicos matrimoniales (Reglamento REM), utilizando el procedimiento fijado en los arts. 806 a 811 LEC para la liquidación del REM. Tal planteamiento es rechazado por la AP distinguiendo entre la acción de liquidación del régimen matrimonial (incluida en el Reglamento REM) y la acción de división de cosa común, en régimen de copropiedad ordinaria, que quedaría sometida a las reglas de competencia judicial internacional generales en materia patrimonial, esto es, a Bruselas I bis. El análisis ha de partir, en consecuencia, del ámbito material de aplicación del Reglamento REM y del alcance de la competencia judicial internacional por accesoriidad prevista en dicho Reglamento.

2. La fundamentación específica en el régimen matrimonial sirve para delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento REM tanto en el sector de la competencia judicial internacional (en relación con Bruselas I bis y el Convenio de Lugano de 2007) como en la ley aplicable (en relación con los Reglamentos Roma I y Roma II). No obstante, la identificación del instrumento aplicable no se establece exactamente de la misma manera según estemos en uno u otro sector.

Para determinar el tribunal competente, el elemento clave es la calificación de la pretensión principal, al margen de la cuestión previa que la justifique. De este modo, quedarían incluidas dentro del régimen general patrimonial (esto es, Bruselas I bis) aquellas pretensiones en los que el REM funcione únicamente como cuestión previa. Así, en un caso en el que la demanda principal sea la liquidación del REM, la competencia se determinará por el Reglamento REM. Sin embargo, si la demanda principal es la revocación de un contrato celebrado por un cónyuge con un tercero, la competencia se determinará, si se cumplen las condiciones espaciales, por el Reglamento Bruselas I bis, aunque la causa de la revocación tenga su base en el REM.

Cuando se plantea la cuestión de la ley aplicable, la consulta previa de la ley rectora REM será necesaria en un primer momento para verificar si existen normas de REM que introducen alguna especialidad en las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Si tal especialidad no existe, se aplicarán las normas de conflicto generales en materia patrimonial. La inclusión (o no) de la demanda en el Reglamento REM dependerá, por tanto, de la fundamentación de la demanda principal: solo cuando la fundamentación y el objeto central del debate se base en el REM, entrará en el ámbito de aplicación del Reglamento REM. Como se indica el propio Auto, no plantea especial problema la inclusión en el Reglamento REM de los litigios que versen sobre “la declaración del régimen matrimonial, la formación del inventario y la adjudicación de bienes y deudas, así como la validez de capitulaciones matrimoniales y acuerdos en previsión de ruptura”. Ahora bien, quedará excluida una pretensión patrimonial sobre la que el matrimonio no interfiera.

En el caso concreto aquí planteado, la cuestión previa de la identificación del REM debiera haberse hecho conforme a las reglas de Derecho aplicable pertinentes (art. 9.2º Cc, para matrimonios celebrados antes de 29 enero 2019; Reglamento REM, para matrimonios posteriores) lo que, de llevarnos al Derecho inglés (presupuesto del que parte la AP) determinaría un régimen de separación de bienes, considerando la inexistencia, como tal, de un régimen

económico matrimonial en aquella legislación. Por su parte, la presencia de otro REM (gananciales, participación en las ganancias ...) no hubiera determinado necesariamente una calificación matrimonial de la pretensión si existe, sobre los bienes litigiosos, un régimen de copropiedad ordinaria. Así lo recuerda la AP Barcelona. Tampoco estarían en principio sometidos al Reglamento REM los pactos de *joint tenancy*, propios del Derecho inglés y americano, que permiten establecer una titularidad conjunta sobre un bien que se separa, para caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, de la masa hereditaria. Supone una cotitularidad sobre el 100% del bien. La *joint tenancy* no está habitualmente vinculada al REM y se someterá, por tanto, a las reglas generales sobre formas de transmisión de los bienes con el límite sobre la naturaleza de los derechos reales dependiente de la ley de su situación. Por el contrario, una acción declarativa de dominio vinculada a gananciales sí implicaría una pretensión relativa al REM que obligaría a dilucidar el litigio al amparo de los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento matrimonial.

En consecuencia, no existiendo en el caso concreto, una comunidad de bienes matrimonial, el régimen de división de la propiedad no está vinculada a la liquidación de un régimen matrimonial sino a una división ordinaria de la copropiedad. Para resolver la cuestión previa, ha tenido que utilizarse la ley aplicable al REM; resuelta esta, la pretensión principal queda sujeta a las reglas de competencia judicial de Bruselas I bis.

3. En relación con la competencia por accesoriedad de los tribunales del divorcio, es conocido que, precisamente en estos procesos, el Reglamento REM permite cierta acumulación de demandas, en aras a un principio de economía procesal. En este contexto, y solo una vez verificada ésta, podremos acudir a las normas procesales internas sobre competencia funcional, y no a la inversa. De este modo, la competencia funcional establecida en el art. 437.4.4ª LEC, que permite la acumulación ante el juez del divorcio de la acción de división de bienes de los esposos en comunidad ordinaria indivisa, debe quedar supeditada a la constatación previa de la competencia judicial internacional.

El art. 5 del Reglamento REM permite la extensión de la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado del divorcio, pero debe tratarse de demandas con vinculación espacial (solo cuando los tribunales del Estado del divorcio pertenezcan a un Estado participante del Reglamento) y material. El litigio sobre el REM debe estar vinculado al proceso matrimonial y entran aquí los litigios que se refieran a la disolución y liquidación del REM como consecuencia de la ruptura matrimonial. Al igual que el resto de las normas de competencia del Reglamento, el art. 5 solo determina la competencia judicial internacional, ni la territorial ni la objetiva. Ello supone que mantiene plena operatividad el art. 807 LEC de modo que, al menos en lo que a nuestro sistema se refiere, la concentración de la competencia se produce directamente ante el mismo Juzgado de primera instancia competente para el proceso sobre la crisis matrimonial. También implica, para el caso del Derecho español, que el Reglamento regula la competencia internacional de los notarios, quienes, cuando intervienen en el divorcio, tendrán la cualidad de los órganos jurisdiccionales. Esto obliga a interpretar el art. 54 de la Ley del Notariado como criterio de competencia territorial que debe adaptarse a los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento.

Por el contrario, si se plantea un proceso de divorcio que no causa la disolución del REM, porque ya estuviera disuelto o porque no exista régimen a disolver (*v.gr.*, una separación de bienes), dicho tribunal no puede extender su competencia. Calificada la demanda como patrimonial, el Reglamento Bruselas I bis tampoco establece (ni era pensable que lo hiciera) una

posible competencia derivada respecto de tribunales competentes para un proceso matrimonial. En cualquier caso, esta separación entre acciones vinculadas a la liquidación del REM derivado de un divorcio y acciones patrimoniales generales no evita que puedan darse supuestos de conexidad relevantes para el tratamiento de la competencia judicial internacional en el sentido de los arts. 30 o 34 de Bruselas I bis: puede ser necesario un proceso de determinación del régimen económico matrimonial previo (inventario y clasificación de los bienes) antes de proceder a la acción de división en régimen de copropiedad ordinaria. Solo cuando se haya determinado la titularidad de este bien (vinculado a un proceso matrimonial) se podrá proceder a abrir un procedimiento de copropiedad ordinaria (incluido en Bruselas I bis).

En el caso que comentamos, la extensión de la competencia de los tribunales españoles no podría lograrse ni siquiera sobre la base de una eventual sumisión tácita del demandado, dado que la demanda versa sobre un derecho real sobre un inmueble y, por tanto, la incompetencia de nuestros tribunales debería apreciarse de oficio (art. 27 de Bruselas I bis). Adicionalmente, dada la situación del inmueble en Londres, un planteamiento post Brexit abriría aquí el sempiterno problema del efecto reflejo y el impacto de competencias exclusivas de un tercer Estado (en la medida en que el Convenio de Lugano esté operativo).

En definitiva, compartimos el pronunciamiento de la AP Barcelona tanto en lo que se refiere a la determinación del ámbito de aplicación material del Reglamento REM, como en su apreciación sobre el alcance de las normas de competencia funcional interna. Ciertamente, la atomización inicial por Reglamentos se ha intentado compatibilizar con la coherencia y economía procesal a través de diversos mecanismos que permitan extender la “competencia natural” de un tribunal a materias vinculadas. Sin embargo, esa competencia derivada no está prevista cuando la calificación de la demanda sea puramente patrimonial, aunque esté planteada entre dos cónyuges.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO*

RESPONSABILIDAD

207. CÁTEL DE LOS CAMIONES. UNA REGLA COMO LA DEL ART. 7.2º DEL REGLAMENTO BRUSELAS I QUE PERMITEN OTRO FUERO COMPETENCIAL EN MATERIA DELICTUAL O CUASI DELICTUAL, FIJANDO EN TAL SUPUESTO, EL LUGAR DONDE SE HAYA PRODUCIDO O PUEDA PRODUCIRSE EL DAÑO, DEBEN INTERPRETARSE BAJO EL AUSPICIO DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD (SAP Bilbao 4ª 4 junio 2020)

208. LEY APLICABLE A UN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN PARTIENDO DE QUE EL ÚNICO ELEMENTO DE CONEXIÓN CON LA LEY ESPAÑOLA ES EL LUGAR DEL ACCIDENTE (AP Tarragona 1ª 9 septiembre 2020)

Observaciones: 1. Un vehículo de matrícula francesa sufre un accidente en España al salirse de la calzada, sin intervención de ningún otro vehículo. Todos sus ocupantes son residentes en Francia y de nacionalidad francesa, marroquí y argelina, aunque no queda totalmente probado. El Auto que aborda lo sucedido es de interés por su tratamiento de la ley aplicable: en primer lugar, por su tratamiento procesal y, en segundo lugar, por la diferenciación entre ley aplicable a la responsabilidad del autor del daño y ley aplicable a la cobertura que debe prestar la aseguradora.

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

2. En efecto, se trata de la discusión de la ley aplicable en fase de ejecución de un auto dictado en las diligencias previas penales por un juzgado de instrucción, en concepto de cantidad máxima reclamable por hechos cubiertos por el seguro obligatorio de responsabilidad civil (art. 517.2.8 LEC). El problema que pone de relieve el Auto es que podemos encontrar en la LEC un vacío legal respecto de la cuestión de la ley aplicable en este tipo de resoluciones dictadas en procesos penales y que se controlan en el procedimiento ejecutivo. La LEC pretendió introducir un mecanismo rápido de indemnización en el marco de un proceso penal relacionado con la circulación, que se podía discutir posteriormente en el procedimiento ejecutivo sin necesidad de un proceso declarativo. Pero esta agilidad deja dudas en relación con el Derecho internacional privado y lleva a forzar la literalidad con dos posibles interpretaciones: la incorrecta determinación de la ley aplicable bien como defecto procesal, bien como defecto de fondo.

La primera interpretación, y seguida en primera instancia, es que una incorrecta determinación de la ley aplicable se convierte en la falta de un presupuesto procesal esencial y en una inadecuada motivación; por esa razón, se tramita como defecto procesal. Efectivamente, el representante de la aseguradora en España plantea un incidente de nulidad de actuaciones, al considerar que existe una nulidad radical del despacho de ejecución según el art. 559.1.3º LEC. Esto origina la apertura de una pieza separada por defectos procesales para pronunciarse sobre la ley aplicable. A mi juicio, esta interpretación es dudosa, ya que la discusión sobre la ley aplicable no es un defecto formal. Difícilmente este planteamiento tiene encaje en la nulidad radical por no contener la decisión pronunciamientos de condena, como exige la LEC. Tampoco por la falta de requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución.

Si no es un defecto procedimental, cabe preguntarse por la excepción de incorrecta ley aplicable como oposición por razones de fondo, como segunda interpretación. Pero tampoco tiene fácil encaje en la LEC, que se refiere a causas de oposición relacionadas con el cumplimiento, la caducidad de la acción o pluspetición (arts. 556 ss). De hecho, en el caso, la oposición por defectos procesales en primera instancia convive con la oposición por motivos de fondo, que se trata en otra pieza separada y que no entra en la cuestión de la ley aplicable. En esta segunda pieza, se abordó la culpa exclusiva de la víctima y la compensación de culpas entre víctima y condenado, así como la pluspetición en las sumas reclamadas, de conformidad con el art. 556.3º LEC.

Esta segunda interpretación que considera a la incorrecta determinación de la ley aplicable un defecto de fondo en el marco del despacho de ejecución parece más congruente, pese al silencio de la LEC. Cuando hay una oposición de fondo referido a cuestiones de concurrencia de culpas, la LEC presupone la aplicación de la ley española, pero en nada obsta discutir previamente y, en esa misma pieza, la ley aplicable a la responsabilidad. En este sentido se pronuncia correctamente la AP, con mejor fundamento que la primera instancia, al señalar que la determinación de la ley aplicable *“no es una cuestión formal, sino claramente material o sustantiva”*. Añade que ello se justifica en que la ley aplicable establece la responsabilidad en sí misma, las causas de exoneración, la índole de los daños y las modalidades de indemnización, entre otras cosas. Señala, por tanto, que el Juzgado no debió abrir una pieza como defecto procesal.

Con este razonamiento, la AP soluciona otra cuestión problemática: si este tema se había tratado en un incidente por razones procesales, ¿puede volver a alegarse en una oposición por cuestiones de fondo o hay efecto de cosa juzgada? La interpretación de la AP es sencilla: como la ley aplicable no debió analizarse en el incidente por defecto de forma, no puede considerarse que

el auto dictado en este incidente precluye su posterior alegación en una oposición por razones de fondo.

3. Analizado el tratamiento procesal de la ley aplicable, la AP se pronuncia sobre la determinación de la ley aplicable. Para ello recurre correctamente al Convenio de La Haya de 1971, sobre ley aplicable a los accidentes de circulación, norma de DIPr de referencia para los tribunales españoles que desplaza, como apunta el Auto, al Reglamento (CE) nº 864/2007 sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II). Este Reglamento de la UE, que *a priori* podría tener aplicación preferente, da prioridad a los convenios suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la adopción de dicho Reglamento (art. 28). En el momento de aplicar el Convenio, el tribunal acierta al señalar que la ley aplicable es la francesa. Esta ley es la del Estado de la matrícula del único vehículo implicado, respecto de pasajeros que no residen en el lugar del accidente (España), razón por la que la ley española no es aplicable al caso [art. 4.a)]. Debe repararse, además, en una cuestión más o menos oculta pero que queda bien resuelta en el Auto. Aunque estemos ante un trámite del despacho de ejecución de un auto, la discusión es de fondo y no procedimental. En consecuencia, debe aplicarse la norma de conflicto sobre la responsabilidad por daños, sin que, en modo alguno, quepa invocar la aplicación de la ley española como ley del foro que rige el proceso ejecutivo.

Sí que puede observarse algún error en el razonamiento. Sobra, a mi juicio, dar protagonismo en la Resolución al art. 10.9º Cc, que ya no tiene ninguna aplicación en estos casos de responsabilidad por accidente de tráfico. Además, la AP recurre a la ley francesa porque se trata de “*víctimas con residencia en el mismo Estado de matriculación del vehículo*”, es decir, parece referirse a un requisito positivo: residencia de las víctimas coincidente con el Estado de matrícula. Ello no es exacto. Cuando se trata de pasajeros que viajaban en el mismo vehículo, debe exigirse un requisito negativo: que el ocupante del vehículo no resida en el Estado del accidente. En otras palabras, lo relevante no es que los pasajeros residían en Francia, Estado de matrícula del vehículo. Lo relevante es que los pasajeros no residían en España, lugar del accidente. Esto significa que, si hubieran residido en Argelia o Marruecos, de donde eran nacionales, persistiría la aplicación de la ley francesa y no de la española.

Derivadas de lo anterior, pueden destacarse otras inexactitudes. No se trata de hacer primar la *lex personae*, sino la ley de la matrícula. Y no se trata de que esta coincida con la ley de residencia, sino que el pasajero no resida donde ocurre el accidente. Tampoco se trata de que la ley de la matrícula o la ley de la residencia coincidan con la ley del contrato de seguro, como señala la Audiencia. Es verdad que hay muchas probabilidades de coincidencia entre ley de la matrícula y ley del seguro obligatorio exigido por el Estado de estacionamiento habitual. Pero la probabilidad en modo alguno significa que el Convenio dé relevancia a la ley del contrato de seguro, que, además, tiene una regulación en el Reglamento (CE) nº 537/2008 (“Roma I”).

Determinada la aplicación de la ley francesa, finalmente se da por no probada y, por tanto, de forma subsidiaria se recurre a la ley española. Se evidencia aquí una práctica bastante extendida, que, además, resulta cómoda para los tribunales españoles tan familiarizados con la ley española como alejados de Derecho extranjero. Pero que se trate de una práctica extendida no debe ocultar que la Ley 39/2015 de cooperación jurídica internacional se refiere a que “podrá” aplicarse la ley española “con carácter excepcional”, cuando no se haya podido acreditar por las partes el contenido y la vigencia del Derecho extranjero (art. 33). Referirse a “numerosa jurisprudencia” sobre la aplicación de la ley española no es otra cosa que negar el “carácter excepcional” de la aplicación de la ley española que quiere la Ley. A mayor abundamiento, se ha señalado que las

normas de DIPr de un convenio deberían ir acompañadas de una labor activa de prueba del Derecho extranjero por un juez, para cumplir con el mandato de las obligaciones de fuente internacional. Algo que no ha calado en la práctica española, quizá por la misma razón que la imperatividad de la norma de conflicto de origen estatal (art. 12.6º Cc) no se entiende motivo de prueba de oficio del Derecho extranjero.

4. La última cuestión de interés es la relacionada con la posición de la aseguradora y la ley rectora de esta. Aunque sin un razonamiento especialmente rematado ni pulido, la senda que traza el Auto debe considerarse positiva. No muy pulido porque no se cita la raíz del problema: que el Convenio de La Haya de 1971, aplicable a la ley de la responsabilidad por accidente, no se aplica a “las reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros” (art. 2.5º), salvo el derecho a ejercitar la acción directa contra la aseguradora (art. 9). Que no es un razonamiento totalmente exacto también se evidencia en frases un tanto enigmáticas y de no fácil entendimiento: “de ahí que toda indemnización fijada por un tribunal español ya sea con arreglo a los límites de cobertura españoles o no, deberá pasar por el filtro del sistema de baremización español tanto cuando beneficien como cuando perjudiquen derechos de víctimas con residencia en España o fuera de ella”. No es una cuestión de pasar por el “filtro” de la baremación de la ley española, ni mucho menos cuando perjudique los derechos de las víctimas, sino una cuestión de distinguir entre responsabilidad por accidente y cobertura por la aseguradora. La responsabilidad fija el techo máximo de indemnización a recibir por los perjudicados; la cobertura, qué cuantía dentro de ese techo máximo debe ser pagada por la aseguradora.

Esta cobertura puede ser de menos del cien por cien de la responsabilidad e incurriría de una situación de “infraseguro”. Puede ser del cien por cien de la responsabilidad (pleno seguro). Pero nunca esa cobertura podrá ser del más del cien por cien, pues incurriríamos en una situación de “sobreseguro”. Esta realidad está bien explicitada en el Derecho material español y a ello se refiere con acierto el Auto. El art. 4.3º LRCSCVM es claro: se refiere a la responsabilidad (“*la cuantía de las indemnizaciones*”) y a la cobertura del seguro (“*importe de la cobertura del seguro obligatorio*”) para regular que, si la primera es superior a la segunda, el montante total de la indemnización no cubierto por el seguro obligatorio quedará a cargo del responsable del siniestro o de un seguro voluntario, si lo hubiera.

El problema es que esta correcta descripción del infraseguro en Derecho material no está bien articulada en las normas de DIPr y esto dificulta la actuación de nuestros tribunales. La responsabilidad como techo máximo está pacíficamente fijada por el Convenio de La Haya de 1971. Pero la cobertura por la aseguradora ya no está regulada en dicha norma, sino en el Derecho de la UE (y en las normas nacionales de transposición) en casos de seguros del EEE. Y es aquí donde corresponde al tribunal exigir a la aseguradora la mayor de las coberturas previstas, bien por la ley del lugar del accidente, bien por la ley de estacionamiento habitual (art. 4.4º LRCSCVM). Por tanto, se trata de favorecer al perjudicado y, en ningún caso, de perjudicarlo, al contrario de lo que llega a señalar el Auto. Llevado al caso, el Convenio de La Haya de 1971 fija el cien por cien de la responsabilidad. Si la ley española como ley del accidente exige una cobertura del seguro del 50% de la cuantía total y la ley francesa, como ley de estacionamiento, del 90%, debe estarse a la cobertura de la ley francesa. Se trata de aplicar la ley más favorable al perjudicado en situaciones de infraseguro. Pero debe quedar claro que nada de esto justifica un sobreseguro. Si la ley española fija una cobertura del 100% de la indemnización total, no debe aplicarse la ley francesa si la cobertura es del 120%, porque excedería la responsabilidad asegurada.

5. En resumen, pese a algunas inexactitudes y titubeos, se trata de un Auto que contribuye a un mejor tratamiento procesal de la determinación de la ley aplicable y a su diferenciación entre ley de la responsabilidad por el accidente y ley de la cobertura de la aseguradora. Algo que se echa en falta en nuestro DIPr, que no resuelve claramente las situaciones de sobreseguro e infraseguro.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ*

209. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA ABOGADA EN LA GESTIÓN DE SUS SERVICIOS PROFESIONALES EN UN PLEITO SUCESORIO EN ALEMANIA (SAP Gran Canaria 5ª 23 septiembre 2020)

210. EL HECHO DAÑOSO SE HAYA PRODUCIDO EN TERRITORIO ESPAÑOL AL ADQUIRIRSE UN VEHÍCULO EN TERRITORIO NACIONAL DE MODO QUE ES ADMISIBLE EL CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA (AAP Bilbao 4ª 19 octubre 2020)

211. LA LEY APLICABLE AL LITIGIO DERIVADO DE ACCIDENTE DE TRÁFICO OCURRIDO EN LA AUTOPISTA A-10 DE FRANCIA ES LA LEY FRANCESA Y NO LA ESPAÑOLA (SAP Barcelona 16ª 23 diciembre 2020)

212. NO CABE INTEGRAR EL DERECHO EXTRANJERO APLICABLE AL CASO CON EL DERECHO ESPAÑOL EN RELACIÓN LOS INTERESES MORATORIOS RECLAMADOS POR ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN OCURRIDO EN MARRUECOS (STS Civ 1ª 1 febrero 2021)

213. AL NO HABER ACREDITADO LA RECURRENTE SU RESIDENCIA HABITUAL EN FRANCIA ES APLICABLE LA LEGISLACIÓN DEL LUGAR EN QUE TUVO LUGAR EL ACCIDENTE, POR TANTO, LA LEGISLACIÓN CATALANA, QUE PREVÉ UN PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE UN AÑO (STS Civ. 1ª 5 mayo 2021)

RESPONSABILIDAD PARENTAL

214. APRECIACIÓN DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL RESPECTO DE UN MENOR QUE RESIDA HABITUALMENTE EN UN ESTADO MIEMBRO EN EL MOMENTO EN QUE SE PRESENTA EL ASUNTO (AAP Córdoba 1ª 16 julio 2020)

215. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PERDIERON LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL POR EL TRANSCURSO DE TRES MESES DESDE EL DICTADO DE LA SENTENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL CUYA MODIFICACIÓN SE PRETENDE (AAP Madrid 24ª 6 noviembre 2020)

Observaciones: 1. Los dos autos que anteceden estas observaciones se refieren a una situación común en el ámbito de la competencia en materia de responsabilidad parental, cual es el cambio de residencia habitual de los menores sobre los que versan los procedimientos. En ambos casos, el resultado final puede aceptarse (respectivamente, incompetencia y competencia de los órganos judiciales españoles) si bien ambos presentan deficiencias: de argumentación el primero y de fondo, el segundo (aunque en este caso es una cuestión más valorativa que de sistema).

2. El AAP Madrid 24ª 6 noviembre 2020 determina que los tribunales españoles son incompetentes para pronunciarse sobre una demanda de modificación de medidas definitivas, interpuesta en 2019, en relación con la hija de la demandante y el demandado. Tales medidas

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

habían sido pronunciadas en Sentencia de 1 octubre de 2009, la hija había nacido en 1984 y había trasladado su residencia habitual a Bélgica (aparentemente tras la sentencia de 2009).

Llaman la atención los datos temporales derivados del Auto (que pudieran hacer pensar en algún tipo de error). ¿Modificación de medidas respecto de una hija de 36 años? Aun partiendo de que alguna fecha debió bailar, lo cierto es que el AAP termina aludiendo sin ambages a la mayoría de edad de la hija, eso sí, después de maltratar el Reglamento 2201/2003, en virtud del cual declara la incompetencia de los tribunales españoles, por haber trasladado la hija su residencia habitual en los términos vistos y pasado más de tres meses desde que se dictó la sentencia cuya modificación se pretende, en virtud del art. 9 del mencionado Reglamento. Es muy breve el Auto, pero acierta a consensar múltiples errores. El más grosero, la aplicación del Reglamento; en segundo lugar, la aplicación del art. 9 del Reglamento que contempla un muy específico supuesto vinculado exclusivamente a la modificación del derecho de visita; en tercer término, la incorrecta comprensión del *dies a quo*, que no es el del dictado de las medidas cuya modificación se pretende, sino el del cambio de la residencia habitual del hijo. Pocos comentarios adicionales pueden hacerse. Tan solo, que el tema surge como consecuencia de un conflicto de competencia entre dos juzgados españoles (el que había dictado la sentencia primitiva y aquél a que le tocó por reparto el caso), algo que no es infrecuente en nuestra práctica. Para mayor sorpresa, la residencia de la hija se hallaba efectivamente en España. Algo que no cambia en absoluto la solución última, pero que aún arroja más dudas sobre el razonamiento de incompetencia basado en el art. 9 del Reglamento.

3. Por su parte, la AAP Córdoba 1ª 16 julio 2020 aborda un tema especialmente importante y respecto del que hay cierta controversia. Es el del alcance del principio de la *perpetuario fori* en materia de responsabilidad parental y, en concreto, en aplicación del Reglamento 2201/2003. Los hechos no tienen por qué ser infrecuentes, y, sin embargo, constituyen un caldo de cultivo propicio para el problema que resuelve la AP. El 1 mayo 2018 se presenta demanda de solicitud de derecho de visita por parte de la abuela de dos menores con residencia en España en el momento de presentación de la demanda, menores que trasladan su residencia habitual a Alemania, en algún momento de 2018 no fijado en el Auto, con acuerdo de padre y madre.

La AP Córdoba se apoya en el tenor literal del art. 8 Reglamento 2201/2003: “Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro *en el momento en que se presenta el asunto* ante el órgano jurisdiccional” y en los arts. 410 y 411 LEC, para afirmar la competencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Córdoba. Dos años después.

4. Es evidente los beneficios que el principio de *perpetuatio fori* lleva aparejados, desde el punto de la seguridad jurídica, desde la perspectiva de evitar el fraccionamiento de procesos, de proteger una cierta economía procesal, de evitar maniobras del demandado alterando los elementos determinantes de la competencia (y el resto de los hechos determinantes de la estimación o no de la acción)... pero tales ventajas no sé si han de prevalecer sobre los intereses que justifican la competencia de los órganos judiciales de la residencia habitual del menor en casos de responsabilidad parental. La materia desactiva aquellas virtudes, como se puso de manifiesto en la elaboración del art. 5 del Convenio de La Haya de 1996. Las soluciones de este convenio, que se han querido ver como precedente de las del Reglamento 2201/2003, parten también de la competencia general de las autoridades de la residencia habitual del niño. Sin embargo, la discusión sobre si lo dispuesto en su art. 5 (“1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para

adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes. [...] 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual") determinaba una *perpetuatio fori* a su favor, se saldó con un resultado negativo. Cuando el cambio de residencia habitual del niño de un Estado a otro se produce en un momento en el que las autoridades de la primera residencia habitual son requeridas para la adopción de una medida de protección, la *perpetuatio fori* no debe ser operativa. La Conferencia rechazó esta posibilidad por una fuerte mayoría. En este sentido, frente a quienes defendían que este debía ser un tema a resolver por el derecho procesal interno (al modo de lo que hace la AP Córdoba), parece que lo más razonable es pensar en que la *perpetuatio fori* resulta hostil a la propia materia de responsabilidad parental (así Informe Explicativo P. Lagarde, párrafos 42 y 43).

Pero lo cierto es que el art. 8 Reglamento 2201/2003 dice lo que dice; y que su homólogo art. 7 del Reglamento 2019/1111, llamado a sustituirlo, sigue diciendo prácticamente lo mismo, a pesar de que en el proceso de modificación se valoró cambiar la solución (B. Campuzano Díaz, "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 sobre responsabilidad parental", *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 97-117, pp. 108-111). La situación no resulta muy convincente, máxime si tenemos en cuenta que, en una situación como la que resuelve el AAP, es posible que padre y madre no tengan ningún problema entre ellos, e incluso pudieran convenir que los tribunales de la residencia habitual alemana fuesen los más apropiados (de hecho, los hijos viven en Alemania junto a la madre, mientras que el padre lo hace en Suiza). Pero es la demanda de la abuela la relevante (*vid.* STJ 31 mayo 2018, Asunto C-335/17, *Neli Valcheva contra Georgios Babanarakis*) y el art. 15 Reglamento 2201/2003 ha mostrado suficientemente lo complejo que resulta ponerlo en práctica para poder solventar esta situación.

S.A.G.

216. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ADOPTAR MEDIDAS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL EN UN PROCEDIMIENTO DE GUARDA, CUSTODIA O ALIMENTOS DE HIJOS MENORES NO MATRIMONIALES NO CONSENSUADOS (SAP Barcelona 18ª 12 noviembre 2020)

217. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER SOBRE MEDIDAS RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL (AAP Barcelona 18ª 28 enero 2021)

218. INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL RESPECTO DE UN MENOR QUE RESIDE HABITUALMENTE FRANCIA. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES FRANCESES PARA EL CONOCIMIENTO DE LA PRETENSIÓN DE DIVORCIO (AAP Barcelona 12ª 1 febrero 2021)

Mientras que la incompetencia para conocer de las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental sobre la hija común no planteaba ningún problema de interpretación al amparo del Reglamento 2201/2003 (su residencia habitual se encontraba en Francia y no había ningún otro foro derivado del Reglamento que la habilitase), la inhibición para conocer del divorcio se hace depender no de la fecha de interposición de la demanda (que fue anterior en España que en Francia) sino de aquella en la que se aportaron los documentos que le habían sido requeridos a la demandante para subsanar el defecto de no haberlos aportado con el escrito de la demanda. Tal es la interpretación que la AP hace de los arts. 19 y, esencialmente, 16 del Reglamento 2201/2003.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

219. DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA BRASILEÑA POR HABER SIDO DICTADA CON MANIFIESTA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE DEFENSA (AAP A Coruña 4ª 23 junio 2020)

220. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DEL REGLAMENTO BRUSELAS II (AAP Madrid 24ª 25 junio 2020)

221. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE CUATRO RESOLUCIONES JUDICIALES AL AMPARO DEL CONVENIO ENTRE ESPAÑA Y RUSIA DE 1990 (AAP Girona 1ª 14 septiembre 2020)

222. DE LA PRUEBA DOCUMENTAL APORTADA CON LA DEMANDA RECTORA SE ACREDITA Y PRUEBA QUE LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE ECUADOR ES EJECUTORIA (AAP Alicante 4ª 7 octubre 2020)

223. AUNQUE LA PARTE EJECUTANTE DE UN TÍTULO JUDICIAL EUROPEO NO IMPUGNADO NO HAYA PRESENTADO INICIALMENTE LA CERTIFICACIÓN PREVISTA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA, DICHA AUSENCIA PUEDE SUSTITUIRSE POR DOCUMENTOS EQUIVALENTES (AAP Málaga 5ª 4 noviembre 2020)

224. SON DIVERSAS LAS CLASES DE REBELDÍA EN QUE PUEDE CALIFICARSE LA AUSENCIA DEL DEMANDADO EN EL PROCEDIMIENTO DE EXECUÁTUR (AAP Barcelona 18ª 13 noviembre 2020)

225. A TENOR DE LA DOCUMENTAL APORTADA A LAS ACTUACIONES, NO ES POSIBLE CONSIDERAR QUE LOS JUZGADOS ARGELINOS TUVIESEN COMPETENCIA PARA DICTAR LA RESOLUCIÓN CUYO RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA SE PRETENDE (SAP Valencia 10ª 4 diciembre 2020)

226. EN LA DEMANDA DE EXECUÁTUR SE PRETENDE EJECUTAR TRAS EL RECONOCIMIENTO Y ELLO NO ES POSIBLE AL NO APARECER LA ÚLTIMA SOCIEDAD MENCIONADA EN LA RESOLUCIÓN ORIGEN O CAUSA DE LA EJECUCIÓN (AAP Zaragoza 4ª 11 diciembre 2020)

227. NO ES POSIBLE EJECUTAR TRAS LA DECISIÓN MARROQUÍ AL NO APARECER LA ÚLTIMA SOCIEDAD MENCIONADA EN LA RESOLUCIÓN ORIGEN O CAUSA DE LA EJECUCIÓN (AAP Zaragoza 4ª 15 enero 2021)

228. PESE A LOS REQUERIMIENTOS EFECTUADOS POR EL JUZGADO DE INSTANCIA NO SE HA APORTADO EL ORIGINAL DE LA SENTENCIA MARROQUÍ DE DIVORCIO CUYO RECONOCIMIENTO SE SOLICITA (AAP Madrid 24ª 21 enero 2021)

229. DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE UNAS SENTENCIAS SOBRE SUBSANACIÓN DE ERROR DE CARÁCTER SUSTANCIAL DICTADAS EN CUBA (AAP Madrid 24ª 21 enero 2021)

230. DENEGACIÓN DE UN EXECUÁTUR DE MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS POR ENCONTRARSE PENDIENTE EN ESPAÑA UN PROCESO ENTRE LAS MISMAS PARTES Y POR EL MISMO OBJETO (AAP Barcelona 12ª 2 febrero 2021)

231. SE ADMITE LA DEMANDA DE EXECUÁTUR PUES DE LAS SENTENCIA DE PRIMERA Y DE SEGUNDA INSTANCIA SE DESPRENDE QUE EL PROCEDIMIENTO NO FUE SEGUIDO EN REBELDÍA DEL DEMANDADO (AAP Cádiz 6ª – Ceuta– 15 febrero 2021)

232. NO HA LUGAR AL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA RUSA SOBRE CONDENA DE CANTIDAD POR NO HABERSE SEGUIDO EL TRÁMITE PREVISTO EN EL ART. 22.1º DEL CONVENIO ENTRE ESPAÑA Y LA URSS DE 1990 (AAP Girona 1ª 22 febrero 2021)

La peculiaridad de la solución dada por el AAP Girona no es ya que se apoye en una interpretación maximalista de lo dispuesto en el Convenio entre el Reino de España y la Unión de

Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid, el 26 octubre 1990 (hoy aplicable en las relaciones hispano-rusas), muy alejada de la normalidad del procedimiento ordinario y a todas luces reñida con los derechos del demandante, sino que la misma sala, unos meses antes, en AAP Girona 14 septiembre 2020, no había tenido en cuenta las exigencias convencionales que aquí maneja, y había estimado el reconocimiento de cuatro sentencias dictadas por tribunales rusos, también en aplicación del mencionado convenio.

En el presente caso, del escueto texto del AAP se deduce que se rechazó el reconocimiento de una sentencia dictada por un tribunal de Moscú porque el demandante de reconocimiento no tenía ni el domicilio ni la residencia habitual en España. En tal supuesto, a decir de la AP Girona, la solicitud de reconocimiento de la sentencia rusa habría de haber sido tramitada a través de los órganos del Estado donde haya sido dictada (Rusia), “los cuales enviarán su solicitud al órgano competente de la otra Parte Contratante” (art. 22 párrafos segundo y primero del Convenio hispano ruso).

Poco hay que añadir a esta explicación, salvo quizá el hecho de que en tales términos se desarrolló la litis, sin aportar más argumentos por parte del demandante. No es nueva la cuestión de cómo abordar las relaciones entre un convenio internacional sobre cooperación y la normativa nacional más favorable a esa cooperación o, en este caso, al reconocimiento de la sentencia extranjera, precisamente por una cuestión procedimental más que de fondo. Posturas formalistas versus sustantivas y principio de *favor recognitionis* han sido defendidas en el pasado desde diferentes puntos de vista. Pero, incluso desde una perspectiva estrechamente positivista, quizá incidir en el art. 24.5º del Convenio podría haber cambiado la solución: curiosamente establece que al permitir la ejecución de la resolución extranjera el Tribunal del reconocimiento se limitará a determinar que se han cumplido las condiciones previstas en los arts. 19, 19, 20 y 23 (y no del art. 22 utilizado aquí como razón de rechazo del reconocimiento).

233. EL TS RESUELVE QUE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA ACREDITÓ TRAS LA VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA QUE EL EMPLAZAMIENTO FUE REALIZADO CORRECTAMENTE EN UN PROCESO DE EXECUÁTUR (ATS Civ 1ª 10 marzo 2021)

234. CONCESIÓN DEL EXECUÁTUR A UNA DECISIÓN NOTARIAL COLOMBIANA DE DIVORCIO (AAP Lleida 2ª 5 mayo 2021)

SEGURIDAD SOCIAL

235. PENSIÓN DE VIUDEDAD PARA UNA PAREJA ITALIANA HOMOSEXUAL QUE FORMÓ UNA UNIÓN CIVIL UN MES ANTES DEL FALLECIMIENTO (STSJ Madrid Soc 2ª 10 febrero 2021)

SUCESIONES

236. NINGUNA DUDA CABE DE QUE ES LA LEY ESPAÑOLA Y NO LA NORUEGA LA APLICABLE AL PROCESO DE INVENTARIO DE ACTIVO Y PASIVO HEREDITARIO AL TRATARSE DE UNA SUCESIÓN INTESADA (SAP Gran Canaria 3ª 15 julio 2020)

De forma sucinta la AP recuerda que la ley aplicable a la sucesión de un causante fallecido en 2016 se rige por lo dispuesto en el Reglamento 650/2012 –y no por el art. 9.8º Cc–, afirmando que la sucesión intestada se someterá a la ley española de la última residencia habitual del causante (pone demasiado énfasis la AP en el hecho de ser intestada la sucesión, cuando, en principio, la solución sería la misma si se tratase de sucesión testada, salvo que hubiera habido *professio iuris*). Y que esta ley se extiende también a la “la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios” (art. 23.2º.i, del Reglamento), lo que afecta a la donación efectuada por el marido fallecido a favor de su esposa supérstite. La misma ley española determina la suerte de los alegados créditos de la sociedad de gananciales contra los bienes privativos del difunto.

237. APLICACIÓN DEL ART. 50 DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES A LA ESCRITURA DE DONACIÓN CON DEFINICIÓN DE LEGÍTIMA OTORGADA POR LA ACTORA, DE NACIONALIDAD FRANCESA (SAP Palma de Mallorca 3ª 30 diciembre 2020)

238. AL NO HABERSE ACREDITADO EL CONTENIDO Y VIGENCIA DEL DERECHO EXTRANJERO RESULTA APLICABLE AL CASO EL DERECHO ESPAÑOL DONDE EL ALBACEA TAMPOCO TIENE LA CONDICIÓN DE REPRESENTANTE DE LOS HEREDEROS (SAP Palma de Mallorca 3ª 12 febrero 2021)

En esta sentencia, respondiendo a una demanda sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual presuntamente imputable a los letrados encargados de determinadas gestiones en relación con la herencia de un alemán, se suscita el tema de la alegación y prueba del Derecho extranjero a propósito de la cualidad de albacea de quien había realizado el encargo a los demandados.

El tema no ocupa un lugar principal en el fallo, pero es de reseñar que la SAP acoge una interpretación tradicional sobre la aplicación y prueba del Derecho extranjero (en este caso en materia sucesoria) que, por ser una de las posibles, no debería merecer tacha alguna. Considera que no ha habido suficiente prueba del Derecho alemán, ley nacional del causante fallecido en 2013 (ley aplicable en virtud del art. 9.8º Cc y no del Reglamento 650/2012) y en aplicación del art. 281.2º LEC y 33.3º LCJIMC, aplica el Derecho español, en concreto el Cc, rechazando que el albacea pueda ser considerado como representante del causante.

El tema tiene su interés. ¿Podría tratarse de igual manera en aplicación del Reglamento 650/2012? La pregunta vale, obviamente, para cualquier reglamento que nos conduzca a la aplicación de una ley extranjera. Mandato que se ha de confrontar con lo que los reglamentos no regulan, o no de forma expresa: ese régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero.

239. APLICACIÓN DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES, A LA ESCRITURA DE DONACIÓN CON DEFINICIÓN DE LEGÍTIMA OTORGADA POR LA ACTORA, DE NACIONALIDAD FRANCESA (STS) Baleares CP 1ª 14 mayo 2021)

Observaciones: 1. El culebrón a que dio origen la Resolución DGRN de 24 mayo 2019 cuenta con una última entrega –quizá la última entrega, aunque no es seguro– con la STSJ Baleares CP 1ª 14 mayo 2021. En la Jurisprudencia del anterior número ya se dio cuenta de los términos del problema general que venía planteando el pacto de definición mallorquín en supuestos internacionales, a la luz de la AAP Palma de Mallorca 4ª 31 octubre 2019 (*AEDIPr*, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 574–576, con cita de otras resoluciones y de una sentencia dictada precisamente en el caso que ahora resuelve el TSJ). Por ello ahora me limitaré a comentar cómo el TSJ resuelve el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, contra la sentencia dictada el 30 diciembre 2020 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. En esta se estimaba íntegramente la demanda y declaraba aplicable el art. 50 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, en su parte sustantiva, a la escritura de donación con definición de legítima otorgada por la actora, de nacionalidad francesa, considerando inaplicable el inciso del mismo precepto legal que señala que el pacto sucesorio conocido como definición es aplicable cuando los descendientes que renuncian a sus derechos lo hacen con respecto a ascendientes “de vecindad mallorquina” y, en consecuencia, se reconoce la validez, en aplicación del derecho vigente en la isla de Mallorca, del pacto con definición celebrado entre una nacional francesa con residencia habitual en Mallorca y sus hijos.

La SAP había desechado la exigencia de que el donante tuviera vecindad civil mallorquina como condición necesaria del pacto de definición en los supuestos internacionales en los que el Reglamento 650/2012 llevaba a la aplicación de la normativa mallorquina a la validez del pacto sucesorio de definición y dicho donante era extranjero y, consecuentemente, carecía de cualquier tipo de vecindad civil. Dicha solución, con un trasfondo fiscal más que evidente –y, quizá, principal razón de la posición de la administración ante este problema– ya había sido propuesta sobre la base de diversos razonamientos en clave estrictamente constitucional y de Derecho internacional privado (S. Álvarez González, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín? El Reglamento 650/2012 y la RDGRN de 24 mayo 2019”, *La Ley: Unión Europea*, nº 74, de 31 octubre 2019).

2. El TSJ ratifica la posición de la Audiencia y lo hace, a mi juicio, con un razonamiento híbrido, en el que la parte sustantiva del análisis de la definición sobra. Quizá los largos razonamientos que dedica a refutar la posición de la abogacía del Estado sobre el origen y el carácter de privilegio de la definición mallorquina, así como el alcance y significado de la exigencia de que el donante posea la vecindad civil mallorquina (FD Sexto) formen parte de lo que es genuinamente un recurso de casación ante un Tribunal Superior de Justicia autonómico. La forma de presentar el recurso y la propia legitimación del TSJ explican este devenir. Pero, lo cierto es que, a mi juicio, el problema no es tanto un problema de interpretación del Derecho sustantivo balear, sino una cuestión de aplicación del Derecho sustantivo balear a situaciones internacionales. Un problema capital y clásico del Derecho internacional privado que no tiene soluciones apriorísticas: aplicar una norma concebida para una situación local a una situación que es intrínsecamente internacional. De hecho, me parece significativo el pasaje en el que el TSJ reconoce que “Lo cierto es que, abordar y resolver ahora semejante problema interpretativo no resulta estrictamente necesario para decidir la controversia examinada” (también en el mismo FD. Desde este punto de vista, quizá la casación no habría debido ser llevada al TSJ sino al TS, puesto que lo que está principalmente en juego es el alcance de reglas de Derecho internacional privado y, singularmente en este caso, de normativa europea: el Reglamento 650/2012 y otros principios del Derecho de la UE. Pero, al fin y al cabo, es a las partes a las que corresponde definir los límites

de su pretensión. Y en este caso, el recurrente prefirió focalizar el tema en una cuestión de Derecho civil balear.

3. El TSJ es consciente de todo ello y así lo resume en uno de los párrafos de su FD Séptimo. En ningún momento ni en ninguna instancia se puso en tela de juicio ni la aplicación del Reglamento 650/2012, ni que a su través la ley aplicable era la balear y concretamente la mallorquina. El TSJ, en el párrafo al que aludo, señala que “...cabe insistir en que la mención sobre la vecindad civil mallorquina de los ascendientes, inserta en el art. 50 de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares, trata de cumplir una función meramente aclaratoria, que si es entendida como norma de carácter conflictual resulta superflua e irrelevante [sobre esta idea *vid.* mis observaciones en el artículo citado]; y que aun considerándola norma de carácter material tampoco afectaría a la validez del pacto sucesorio en cuestión, puesto que no regula la exigencia de vecindad civil mallorquina para los ascendientes, sino que intenta aclarar que los descendientes no necesitan tener esa misma vecindad civil y, en consecuencia, tampoco podría conducir a entender inválida la que fue otorgada por la parte opuesta al recurso, quien –como ciudadana de nacionalidad francesa y residente en Mallorca– donó y dispuso válidamente aquella definición junto con sus hijos donatarios y definidores” (sobre esta segunda, también mis observaciones en el sentido de no poder considerarla, hoy, en nuestro sistema constitucional un genuino requisito material o sustantivo).

4. Así pues, la aplicación del Derecho mallorquín llamado por el Reglamento 650/2012 no impide que un extranjero pueda donar con pacto de definición, a pesar de no tener la vecindad civil mallorquina que “exige” el art. 50 del a Compilación. ¿No resulta paradójico que un francés con residencia habitual en Mallorca pueda hacerlo y un gallego con residencia habitual en Mallorca no? Con esta pregunta, concluía mi comentario a la Resolución DGRN de 24 mayo 2019. Y también con su correspondiente respuesta. El TSJ parece recoger este guante que, dicho sea de paso, se me arroja en numerosas ocasiones por quienes no ven clara esta diferencia o no la ven justificada. Y el TSJ en este caso resuelve el tema de forma simple y convincente: son situaciones distintas “y no cabe establecer una comparación viable a partir de elementos o términos heterogéneos, en el sentido de que la residencia habitual impuesta por el derecho de la Unión Europea, de un lado, y de otro la vecindad civil exigida por el Código civil español, responden a normas que en este caso resultan exclusivamente aplicables a cada uno de sus respectivos ámbitos, pero sin posibilidad de conjugación, o mejor de cruce, porque en este caso la norma prevista para cada uno de esos dos ámbitos no es susceptible de producir su correspondiente efecto en el otro”. El resultado al que llega es, dice, la simple aplicación de las normas del Reglamento 650/2012, pues lo contrario, adereza el TSJ, supondría una vulneración de la libre circulación de personas y del principio del Derecho de la UE de no discriminación por razón de nacionalidad.

5. Pienso que estos dos últimos argumentos no están suficientemente explicados por la STSJ, ni en esta escueta nota pueden ser analizados en profundidad. El planteamiento de base de la distinta normativa aplicable es suficiente. Cosa distinta es que esté justificado desde el punto de vista de política legislativa. Probablemente sea más fácil entender y defender esa paradoja (el francés puede el gallego no) cuando estamos aplicando el Reglamento *frente a* –simplemente– el sistema de Derecho interregional. Y menos fácil cuando estamos aplicando el Reglamento *junto a* el sistema de Derecho interregional como consecuencia de la llamada efectuada por el art. 36.1 del Reglamento. Pero, de nuevo, eso es una cuestión de opción, en la que la llamada remisión indirecta que dicha regla consagra puede ser más fuente de problemas que de soluciones (como ejemplifico en “El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema

plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 4, 2015, pp. 7-28).

S.A.G.

TRANSPORTE

240. COBERTURA DE LA ASEGURADORA CUANDO EL TRANSPORTE EN EL QUE LA MERCANCÍA RESULTO PERJUDICADA NO ERA NI NACIONAL NI INTERNACIONAL, SINO DE CABOTAJE, ES DECIR TRANSPORTE INTERIOR EN UN PAÍS QUE NO ES ESPAÑA (SAP Córdoba 1ª 30 junio 2020)

241. EL TRANSPORTISTA SOLO CUMPLE SU PRESTACIÓN SI LA MERCANCÍA LLEGA EN TIEMPO Y EN PERFECTO ESTADO AL DESTINATARIO (SAP Pontevedra 1ª 27 julio 2020)

242. APLICACIÓN DEL CONVENIO DE MONTREAL A UN SUPUESTO DE PÉRDIDA DE LA MERCANCÍA EN EL ALMACÉN DE DEPÓSITO TEMPORAL DEL AEROPUERTO DE DESTINO (STS Civ 1ª 28 septiembre 2020, nº 492/2020)

243. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR DE TRANSPORTE MULTIMODAL INTERNACIONAL (STS Civ 1ª 28 septiembre 2020, nº 495/2020)

244. LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA ES COMPETENTE, PUES HAY UN ITINERARIO AÉREO COMPLETO, CON SALIDA Y LLEGADA EN BILBAO, QUE SE CONTRATA COMO UN TODO (AAP VIZCAYA 4ª 6 NOVIEMBRE 2020)

